

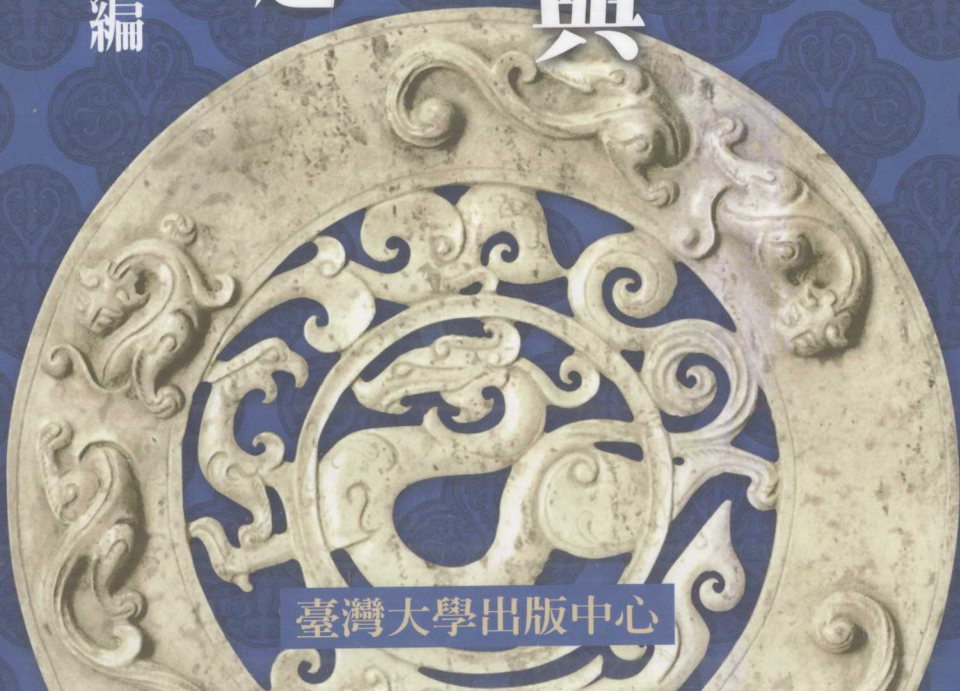
東亞文明研究叢書 35

東亞傳統教育與 法制研究(二)

唐律諸問題

高明士◎編

臺灣大學出版中心



東亞文明研究叢書 35

東亞傳統教育與
法制研究 (二)

唐律諸問題

高明士◎編

臺灣大學出版中心

國家圖書館出版品預行編目資料

東亞傳統教育與法制研究（二）唐律諸問題／高明士編。
--初版二刷--臺北市：國立臺灣大學出版中心 2008〔民 97〕
371 面；15 * 21 公分。（東亞文明研究叢書；35）
含名詞索引及人名索引
ISBN: 978-986-00-1877-6 (平裝)

1. 法制史 - 中國 - 唐(618-907) - 論文, 講詞等

580.924

94014664

統一編號 1009402345

東亞文明研究叢書 35

東亞傳統教育與法制研究（二）唐律諸問題

編 者：高明士

策 劃 者：國立臺灣大學人文社會高等研究院

「東亞經典與文化」研究計畫 (<http://www.eastasia.ntu.edu.tw>)

出 版 者：國立臺灣大學出版中心

發 行 人：李嗣涔

發 行 所：國立臺灣大學出版中心 (<http://www.press.ntu.edu.tw>)

法律顧問：賴文智律師

展 售 處：國立臺灣大學出版中心

10617 臺北市羅斯福路四段 1 號

電話：02-23659286 傳真：02-23636905

E-mail：ntuprs@ntu.edu.tw

國家書店松江門市 電話：(02) 2518-0207

國家網路書店 <http://www.govbooks.com.tw>

五南文化廣場 電話：(04) 2226-0330

責任編輯：魏千鈞

出版時間：2008 年 11 月初版二刷

定 價：新臺幣 450 元整

GPN: 1009402345

ISBN: 978-986-00-1877-6 (平裝)

著作權所有・翻印必究

序

《大戴禮記·禮察篇》說：「禮者，禁於將然之前；而法者，禁於已然之後」（參看《漢書·賈誼傳》）這是漢以來常被引用說明禮刑合一的名言。到後漢更有所謂「禮之所去，刑之所取，失禮則入刑，相為表裏者也。」（《後漢書·陳寵傳》）這意思是說一個人的行為，在禮刑約束下，是無所逃於天地之間。禮刑交互為用的規範，的確影響此後二千年間的國家社會秩序。其間的變化，只是在於禮刑二者的輕重而已。但無可否認的，漢以來在儒術獨尊的潮流下，理論上顯然是以禮主刑輔作為主流，誠如《唐律疏議·名例律》《疏議》序說：「德禮為政教之本，刑罰為政教之用，猶昏曉陽秋相須而成者也。」本用說與主輔說是相近的用法，所謂「本」者，更具體以「德禮」並稱，其典故來自《論語》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。」可見從《論語》到《唐律疏議》，都以為國家在推行政教時，德禮政刑四要素的運用是不能偏廢，只是在具體實施時宜有本用之分，也就是以德禮為本，政刑為用。簡稱為曰德主刑輔或禮主刑輔，所以將德禮政刑視為傳統文化的基本內涵，並不為過。

自古以來，國家在推動政教時，其趨勢是逐漸走向中央化、法制化。德禮者，有賴公私教育事業的教導，以美化人生；政刑者，則由政府頒行成文法典，以建秩序。春秋到戰國時代是樹立中央化、法制化的雛形時期；隋唐時代是完備時期，乃

ii 東亞傳統教育與法制研究(二)

至推廣至東亞世界；清末則為崩解時期（含東亞世界）。自十九世紀末葉東亞傳統文化崩解以來，已有百年歷程，迄今似仍未建立穩定的新國家社會秩序。其關鍵何在？言人人殊，莫衷一是。在未找到滿意答案以前，首先恐宜探求傳統文化的內涵為何，其次才進一步追問今後致力之道。這樣的課題，並非限於中國，東亞諸國恐皆當如此。

基於此故，由臺灣大學東亞文明研究中心與玄奘大學合辦、中國法制史學會協辦，於2004年5月22、23日，假東亞文明研究中心召開「東亞教育與法制研究的新視野」研討會。藉由東亞傳統教育與法制的探討，試圖掌握德禮政刑的某些問題。本次研討會共發表十七篇論文，歸納而言，論法律教育者三篇（陳惠馨、朱浚源、高明士），論華文教育者一篇（夏誠華），論儒家教育思想一篇（黃俊傑），法律與政治社會方面五篇（甘懷真、宋德熹、何永成、陳俊強、翁育瑄），唐律諸問題七篇（黃源盛、賴亮郡、桂齊遜、陳登武、劉馨珪、李淑媛、劉燕儷）。可謂具有多角度探討傳統教育與法制諸問題。

關於法律教育，從古到近代現代，其發展過程是由一般官學而私學（含家學）而專業官學；到近現代，這種法律的專業性教育反而逐漸喪失，最後以考試（高考）來決定一切。所以從法律教育的歷史發展過程而言，傳統的專業教育，仍有值得重視之處，只是我們今日對傳統法律教育瞭解不夠而已。儒家教育思想當中的儒教倫理是維繫秩序之主軸，而《四書》所反映的倫理思想，尤其朱子學，更是主導東亞儒學的詮釋，在東亞教育思想史上是很值得注意的問題。至於中國文化在東亞世

界的普遍性問題，歷來也是眾所關心的課題，但是對於越南方面的研究，一向缺乏成果展現，此次提出越南的華文教育，一般也是較少注意的問題，值得一讀。關於政治社會秩序的運作，透過王權、錄囚運作、諡號處理，乃至俠者與王法的緊張關係等，可看出王權的優越性。而王權除律令法所給予的權力外，另有神權要素，日本古代統治集團的運作，即利用中國的儒教理念及相關的知識，在既有的神話傳統基礎上，創造了天皇制神話。由王權延伸至尊長，也就是律令對家父長制下的尊長，給予加重權責，就不孝問題的處罰而言，仍以孝道與尊長的權責為優先原則，作為裁決方針。但從實例看來，此類家庭訴訟，官員多不依律斷刑，而以教化民眾為目標，作柔性勸導和解，所以鮮少釀成社會大事件。

唐律諸問題方面，除有「不應得為罪」與刑度計算等二篇作總則性的探討外，其餘著重於〈職制律〉、〈衛禁律〉所規範的政治社會問題，包括宮禁制度、上書奏事、地方官考課、叛逆緣坐下的婦女處置，以及私賤民的夫妻關係等。關於「不應得為罪」條，見於〈雜律篇〉，其設置的用意，本來在於克服法律條文不足以規範時，「量情為罪」，使禮、刑原理交互為用，以維持秩序。但不免會產生濫刑亂法之流弊，有違今日所謂「罪刑法定」原理。易言之，藉禮、刑原理來維持傳統秩序，具有一定的作用，但亦有其限度。只是與今日唯賴法律解決一切相較，猶較具彈性。

百年來，東亞地區均行用西方法，但社會秩序未必較傳統穩定，就此觀點而言，如何對傳統與現代社會特質，取長補短，

依然是有待解決的課題。此次研討會所提出諸課題，處在今日，仍值得回顧一思。惟諸篇所論，難免不週或謬誤，敬請方家指正。

筆者執教於臺灣大學三十六寒暑，自 2004 年 8 月起奉准退休。此次研討會之召開以及此書之出版，承蒙摯友、弟子們厚意，尤其是「唐律研讀會」成員們，以它兼作本人退休紀念，此情此意，倍感溫馨，謹此特申謝忱。是為序。

高明士 謹識於臺大東亞文明研究中心

2005.2.6.

東亞傳統教育與法制研究（二）

—唐律諸問題—

目錄

序	高明士	i
法制篇（二）：唐律諸問題.....		1
壹、唐律不應得為罪的當代思考	黃源盛	3
貳、唐律的加刑基準數及其相關刑度計算.....	賴亮郡	67
參、唐代宮禁制度在政治與法律上的意義與作用	桂齊遜	109
肆、唐律對於「上書奏事」的相關規範——兼論 唐代的「欺君罔上」.....	陳登武	185
伍、從生祠立碑談唐代地方官的考課	劉馨珪	241
陸、唐代的緣坐——以反逆緣坐下的婦女為核心 之考察——	李淑媛	285
柒、唐律私賤階層的夫妻關係與實態之探討.....	劉燕儷	333
人名索引		359
名詞索引		365



法制篇(二)

唐律諸問題



壹、唐律不應得為罪的當代思考

黃源盛*

一、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。

* 國立政治大學法律學系教授。

「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，

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」の存否をも巡って〉，《金沢法學》，26:1(1983年)。岩崎二郎：〈罪刑法定主義 不應為及 援引比附〉，《神奈川法學》，5:2(1976年)。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.

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。

二、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，其刑臚；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，

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年)。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：《沈寄蓀先生遺書——甲編·下冊》(臺北：文海出版社，1964年)，其中〈漢律摭遺八〉：「所不當得為」，頁658。

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

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

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》（臺北：洪氏出版社，1976年）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〉。

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。

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

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

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：「加仁無愆，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，薄刑用鞭撻。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

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