

133452

徐道鄰著

唐代
叢文
書文

唐

律

通

論

中華書局印行

敘

余草唐律疏議補注畢，意有未盡；乃更就其微旨要義，粗爲闡發，遂成此卷。困牘之暇，難云思藻；而山居僻塞，典籍渺然，因亦罕所參稽。敢云託志文章，效古人惜寸陰爾。大雅不棄，匡其訛謬，則幸甚矣！

民國三十二年七月徐道鄰識於重慶之歌樂山

唐律通論

目錄

- 一 讀唐律有四益說……………一
- 二 唐律之與中國法制史……………六
- 三 唐律之與現代法……………一〇
- 四 唐律之與東亞諸國……………一七
- 五 唐律之與羅馬法……………二〇
- 六 禮教中心論……………二八
- 七 家族主義論……………三六
- 八 論尊君……………四二

九	論崇官……………	四六
十	唐律獄訟制度特點……………	五一
十一	論唐律之不罰未遂罪及其自首之制……………	五七
十二	唐律無自衛說……………	六〇
十三	唐律中之新穎思想……………	六三
十四	讀唐律札記……………	七五—九四

唐代文
化叢書

唐律通論

蕭縣徐道鄰學

一 讀唐律有四益說

唐律疏議一書，世人但知其爲一中國古代刑法典，視之如宋刑統元典章然，能以之與明清律等觀者已希矣。而余則有意上書政府，定唐律爲大學生必讀之書，尤願當世之士，能人人皆一取而讀之，其理有四：

一、我國積弱者近百年，其原因固在於科學不發達，而尤病於政治太落後。而人民之政治程度如何，則又全視其守法之精神爲斷。我國之漢唐，普魯士之建國，日本之明治維新，方其國勢發揚之

頃，蓋無不有全國上下守法精神爲之基礎。我國人民法治觀念之薄弱，已不止百年，如不能於今急有所更張，即據有全世界最多最新之武器及機械，軍旅不能堅精，工業不能發達，而富強無從而致也。而現代之法律學，淵源於羅馬法系者也。重權利，偏箇人，務形式，其對於社會之影響，大可懷疑，西洋近代論法律哲學者，已久病之矣。唐律本於禮教，合乎道德，以社會爲本位，以義務爲原則，合乎輓近所謂公法觀念者也。故讀唐律可以培養合乎現代理想之法律觀念，此其一。參下第六章

二、不平等條約之成立，中國司法制度，實爲列強口實。一九〇二年中英續訂通商條約：『中國深欲整頓本國律例，以期與各西國律例改同一律。……一俟中國律例情形……皆臻妥善，英國即允棄其治外法權。』浸淫漸久，國

人亦遂自以爲中國法典無系統，思想太頑固，刑罰慘酷，法官濫預。殆皆將盡棄其所學矣。今之刑曹俊彥，法學師儒，侈談羅馬法，德國法，瑞士法，英美法，如數家珍，而了然於官當之制，減贖之法，容隱之屬，科比之用者，有幾人乎？不知中國歷代立法，無不以唐律爲宗。而唐律者：十二律隱括三典，其系統精嚴，無異優帝法典。其說難問答，論斷深刻，不遜羅馬諸賢。參下第十四章第一目而笞杖不過二百，非有站籠夾棍之刑，流不過三千里，無充軍烟瘴之制。役不過四年，無終身獄禁之說。死刑不出絞斬，不聞凌遲磔屍。緣坐限於父子，不聞族誅孥戮，此外朝廷歲取明法之士，州府員定法曹之官。徒囚蓋皆經覆審，大獄每取議三司。參下第十四章第二目及第十章。其制度 謹嚴精慎，實不遜近代最新學說。國人一

般對中國法律之誤解，一讀唐律，當可恍然大悟。此其二。輕刑慎殺一節，唐律大勝明律。此亦余所以取唐而棄明也。

三、我國現行法制，多接受外國法，而於中國法源，未甚措意。以故實施有年，終未能盡適國情。如債權法不及「會」，物權法不言「老佃」，及「先買」。商法不言「鋪底」。且土地登記未行，物權法之規定皆虛設，戶籍登記未廣，行爲能力何從稽考？法院不遍設，宣告禁治產，皆屬具文。江翊雲語，見楊鴻烈中國法律發達史，頁一千五十七。故求我國法治發達，其現有法典，或尙須有待於調整。一國之法律成就，絕不能由外鑠而來，亦非可一蹴而就，各國之法制史，皆不鮮明例。且我國幅圓之廣，宗族之衆，習慣之殊，宗教之別，豈以一外國成法所能籠括？而唐律者，爲制於中國者，千有餘年，影響所及者，

遍及東亞諸國，不僅達於邊隅遼遠已也。參下第二章及第四章。我國苟欲從事改良法典，必先於唐律，努力研究。此其三。

四、我國過去學風，皆重詞章而忽經濟，而欲習經濟之學，必從典章制度入手。中國之典制，唐稱尙矣。然兩書諸志，六典，會要，及三通者，卷帙浩繁，從何入手？唐律者，諸法令格式之總匯精選也。『有違於令及格式者，皆斷於律』。見新唐書刑法志。故言征人卽及府兵之制，言漏口卽知戶籍之法，因貢舉而明乎考銓之制，以博戲而知其習射之風。讀此一書，唐代一切政治經濟文化社會情形，歷歷在目，絕非一外國古代刑法典所可比擬也。此其四。

依上所述，讀唐律，一舉可得四益。然讀古書者，貴會通其精神，而不拘泥乎文字。探求其思想，而不局囿於制度。此則存乎其

人矣。

二 唐律之與中國法制史

唐律在全部中國法制史中，據最高之地位。實以其上集秦漢魏晉之大成，下立宋元明清之軌範。故歷朝法典，無與比倫。茲分言之如下：

一、承先之唐律 中國自有史以來，論法之著者，首推李悝法經。其後漢有蕭何九章之律。魏晉北齊，皆號明法。而此千餘年來之法律思想制度，皆自唐而得一總匯。觀唐律各律篇首之疏，對秦漢魏晉間各篇之增損因革，既敘述綦詳，而律內各律之因襲於前代者，亦多可借他書考證。名例律之篇首疏不云乎？「遠則皇王妙

旨，近則蕭賈遺文，沿波討源，自枝窮葉。』自敍尤明。則秦漢魏晉之律雖無存，實已假唐律而存矣。唐律之承用漢律者，沈家本有漢律撫遺二十二卷，考證甚詳。承用其他前代律者，尙待考證。

二、啟後之唐律 唐律自永徽疏成後，遂爲歷代制律之準繩，其脈傳之迹，較其所以集前代之大成者尤顯。蓋五代六十年，率皆沿用唐律；後梁之大梁新定律令格式，後周之同光刑律統類，其律皆仍唐之舊，後周之刑統，亦止「申畫一規，」別無創作，後晉後漢尤無論。宋初沿用後周刑統，見之史冊。建隆四年，重定刑統，全部實爲唐律。後雖以勅代律，而律實未見更改。故終宋之世，其律未嘗離唐律範圍。元初循用金律，而金律者多承於遼，遼律卽唐律也。其後頒至元新格式，爲目二十，其面目始稍變，而猶同於

唐者九。其異者十一，大體在命名分章，至八議十惡官當之制，皆仍唐也。明律尤直承唐律。李善長等議律，謂「今制宜遵唐舊。」見明志。蓋太祖尤傾心唐律，洪武元年，命儒臣四人，同刑官講唐律，日進二十條也。明律初以六部爲依歸，名例居後；繼又援用唐篇目。而最後修訂，洪武二十二年。仍以六部爲綱，而以舊律各目，分屬其下。其內容十之七八，無改唐律。清律屢經修校，其篇目一同明律，而損益尤微。故明清兩代之律，其形式固有異於唐，待詳考其實，則唐律之規模，蓋依然也。以上參陳顧遠中國法制史，頁三七—四暨清末變法，民國制典，西洋法之影響遂著，然史地之環境不移，唐律之迹，終不至蕩然無存，詳見下章。耶士卡勒(Escara)有言：「從唐律起，中國的法理專門學問，和法律的準則與解釋，方才開

始發展。」又言：「中國司法制度的進化，起始於西曆六百五十年，至一千九百一十年。經過一千二百六十年，都進步的很緩慢，並祇有輕微的改訂而已。」見楊鴻烈中國法律發達史頁三四三。持論雖非盡當，然其於唐律之所以啟後開來，所見固甚明也。

綜上所述，唐律在中國法制史上之價值，灼然甚明。蓋研究中國法者，苟非專攻某一代以爲長者，如不能盡取歷代法典而詳讀之，惟有讀唐律，可以知歷代法制之常之正，而他律可略。不知唐律，但習明律清律，則僅見其變其偏而已。劉孚京沈刻唐律義疏敘：「蓋自余釋褐，備官刑部，尋釋律意，四十年於茲。至於義有所不瞭，文有所不明，考之羣書，遍及故牘，猶未曉徹。及求諸唐律，而後因革之迹，變通之意，昭昭明矣。大抵明以來所變革，雖因世爲輕重，要其經常，一當以唐律爲正」。不知其淵源本末，未

識其刑罰之中。尙無論焉。關於歷代制法經過及法典內容，參閱程樹德，朱方，陳顧遠各家之中國法制史，楊鴻烈之中國法律發達史及黃秉心之中國刑法史。

三 唐律之與現代法

唐律之爲後世法律準繩，迄於明清，略見上述。及清末鼎革之際，如宣統元年頒行之大清現行刑律，民國元年頒行之暫行新刑律，仍多取法唐律。淵源所自，亦理之常。然即國民政府統治下現行法律，在編製時未嘗不銳意規摹西洋成法，然在刑法中，固未能全脫唐律範圍。即在民法中，與唐律不謀而同之處，亦正不少。茲試就兩法中略舉數例如左：

甲、民法部份依民國十八年十九年公佈民法。

一、期間 民法第一百二十條：以日定期間者，其始日不算入」。此唐律所謂稱日者以百刻也。名例五十五稱日者以百刻條。第一百二十三條：每年爲三百六十五日，乃唐律「稱年者以三百六十日」同上條。之異詞。

二、定婚自由 民法第九百七十三條：男未滿十七歲，女未滿十五歲者，不得訂定婚約。唐律：「嫁娶違律……。男年十八以下，及在室之女。主婚獨坐」，戶婚四十六嫁娶違律條。亦以幼年人訂婚之權，付其尊親屬也。

三、離婚 民法第一千零四十九條：夫妻兩願離婚者，得自由離婚。唐律：「夫妻不相安諧，而和離者不坐」。戶婚四十一。義絕離之條。

四、七出 民法第一千零五十二條：夫妻得請求離婚……，

二、與人通姦者。……四、妻對於夫之直系尊親屬爲虐待，……致

不堪爲共同生活者。……七、有不治之惡疾者。即唐律七出中二淫

佚，三不事舅姑七惡疾之遺意也。戶婚四十。妻無七出條。

五、父權 民法第一千零八十五條：父母得於必要範圍內懲

戒其子女。唐律：『違犯教令，依法決罰，邂逅致死者無罪』鬥訟

二十，毆詈祖父母條疏：『依法決罰』，即當時必要之『範圍』也。

六、扶養 民法第一千一百一十四條：直系血親相互間，互

負扶養之義務。唐律：『子孫供養有闕者徒二年』。鬥訟四十七子孫

違犯教令條。即此條之所本也。

七、家長 民法第一千一百二十三條：家置家長。唐律：凡

是同居之內，必有尊長。戶婚十三卑幼私輒用財疏，卽家長之義。故脫戶漏口，皆「家長」坐其罪也。戶婚一、脫戶條。

乙、刑法部份

依民國二十四年一月公佈刑法。

一、論刑從輕

刑法第二條：行爲後法律有變更者，適用裁判時之法律。但裁判前之法律，有利於行爲人者，適用最有利於行爲人之法律。唐律：有官犯罪，無官事發，有蔭犯罪，無蔭事發，無蔭犯罪，有蔭事發，並從官蔭之法。名例十六無官犯罪條。又：犯罪時未老疾，事發時老疾，依老疾論。……犯罪時幼小，事發時長大，依幼小論。名例三十一犯時未老疾條。並此條淵源所自也。

二、重傷

刑法第十條：稱重傷者謂左列傷害……云云。略同唐律：以佗物毆傷人內損吐血爲「傷重」之義，門訟十八九品以上毆