漢唐法制與儒家傳統

增订本



黄源盛 著

犁斋法史文丛

GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS
广西师范大学出版社

黄源盛

1955 年生于台湾云林。台湾大学法学博士，日本京都大学法学部研究员、东京大学东洋文化研究所客座研究员。先后供职于台湾政治大学、辅仁大学、“中央研究院”历史语言研究所等教研机构，现任福州大学法学院特聘教授、中南财经政法大学“文澜学者”讲座教授。研究专长为法史学与刑法学。著有《中国传统法制与思想》《民初法律变迁与裁判》《法律继受与近代中国法》《中国法史导论》《晚清民国刑法春秋》及《汉唐法制与儒家传统》等书；纂辑有《大理院民事判例辑存》《大理院刑事判例辑存》《晚清民国民法史料辑注》《晚清民国刑法史料辑注》等法制史料。

漢唐法制與儒家傳統

增订本

黄源盛 著

GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS
广西师范大学出版社
·桂林·

图书在版编目（CIP）数据

汉唐法制与儒家传统 / 黄源盛著. —增订本. —桂林：广西师范大学出版社，2020.9
（犁斋法史文丛）
ISBN 978-7-5598-3083-8

Ⅰ. ①汉… Ⅱ. ①黄… Ⅲ. ①法制史－思想史－研究－中国－汉代 ②法制史－思想史－研究－中国－唐代
Ⅳ. ①D929.34②D929.42

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2020）第 144562 号

广西师范大学出版社出版发行
（广西桂林市五里店路 9 号　邮政编码：541004
网址：http://www.bbtpress.com）
出版人：黄轩庄
全国新华书店经销
湖南省众鑫印务有限公司印刷
（长沙县榔梨街道保家村　邮政编码：410000）
开本：635 mm × 965 mm　1/16
印张：33.75　　字数：365 千字
2020 年 9 月第 1 版　　2020 年 9 月第 1 次印刷
定价：98.00 元

如发现印装质量问题，影响阅读，请与出版社发行部门联系调换。

目 录

序 一 / i

序 二 / v

增订本序 / x

原 序 / xiii

导 言 / 1

上篇 经义折狱与儒家法学

第一章 春秋折狱的当代诠释

壹、序说 / 9

贰、春秋折狱盛行的时代背景 / 12

一、律令繁琐 / 14

二、经学风尚 / 18

三、利禄外诱 / 22

四、礼教传统 / 24

叁、春秋折狱的几个研究面向 / 25

一、历史的考察 / 26

二、法学的阐释 / 27

三、经义的探索 / 28

肆、结语 / 29

需要全本请访问 www.ertongbook.com

第二章　两汉春秋折狱案例探微

壹、序说　/ 33
贰、董仲舒春秋折狱案例　/ 35
案例一、拾儿道旁　/ 39
案例二、误伤己父　/ 46
案例三、私为人妻　/ 50
案例四、加杖所生　/ 54
案例五、大夫纵麑　/ 58
案例六、盗武库兵　/ 61
叁、董仲舒以外的春秋折狱案例　/ 64
案例一、徐偃矫制　/ 65
案例二、薛况之狱　/ 70
案例三、卫太子案　/ 74
案例四、擅杀继母　/ 78
案例五、淮南王案　/ 81
案例六、诽谤妖言　/ 85
案例七、坐臧增锢　/ 88
案例八、造意首恶　/ 92
案例九、复仇之议　/ 95
案例十、妄刊章文　/ 100
案例十一、赦事诛意　/ 104
案例十二、罪止首恶　/ 107
肆、结语　/ 110

第三章　春秋折狱的方法论与法理观

壹、序说　/ 111
贰、董仲舒的折狱方法论　/ 112
一、天人感应的经权理论基础　/ 112
二、自然法论的折狱理念　/ 117
叁、春秋折狱与法律的儒家化　/ 120

一、从儒法之争到儒法合流 / 121
二、法律儒家化的形态 / 124
肆、春秋折狱论评 / 127
一、关于董仲舒的春秋折狱 / 127
二、春秋折狱的流变、批判及其再思考 / 133
伍、结语 / 146

第四章 春秋折狱“原心定罪”的刑法理论

壹、序说 / 149
贰、刑法史上主观主义与客观主义的论争 / 151
一、欧陆近代刑法史上的主客观流派之争 / 152
二、古代中国法上的主观说与客观说 / 157
叁、公羊学派影响下春秋折狱罪刑适用的特色 / 165
一、动机论与结果论的对立——其心可诛乎？其行可诛乎？ / 165
二、伦理义务与法律责任的牵混——未然之罪应如何论处？ / 174
肆、春秋折狱罪同异论的理论基础与方法 / 184
一、“原心定罪”刑罚适用的理论基础 / 184
二、罪同异论的评判基准及其流弊 / 188
伍、结语 / 196

下篇 《唐律》法意与儒家伦理

第五章 《唐律》中的礼刑思想

壹、序说 / 203
贰、礼本刑用思想的形成与时代背景 / 205
一、源于天道的人文秩序精神 / 206
二、儒学法律化思想的支配 / 208
三、外儒内法与泛道德思想现实政术的运作 / 211

叁、礼本刑用观的确立及其具体内容　/213
一、罪刑因身份而异　/214
二、据礼释律的运用　/221
肆、礼本刑用观的基本精神与特质　/224
一、义务本位　/224
二、家族主义　/226
三、男权中心　/228
四、道义责任　/230
伍、礼本刑用观评述　/231
一、道德·礼与刑的纠葛　/232
二、积极面与再反思　/238
陆、结语　/244

第六章　《唐律》中的“不应得为”罪

壹、序说　/247
贰、“不应得为”罪的历史渊源及其理论基础　/249
一、律条溯源　/249
二、处罚根据　/252
叁、《唐律》“不应得为”罪的义理与适用事例　/255
一、律文释义　/256
二、律疏定例举隅　/258
三、运用实态　/275
肆、从近世刑法原理联想《唐律》“不应得为”罪　/280
一、从“不应得为”罪透视《唐律》罪刑法定的虚与实　/281
二、从“不应得为”罪考察《唐律》罪与礼、理、刑三者间的关系　/286
三、从“不应得为”罪探究《唐律》的立法技术　/292
伍、结语　/298

第七章　《唐律》责任能力的规范与理论

壹、序说　/303

贰、责任能力在刑法史上的发展 / 304
一、古代欧陆法制 / 305
二、唐代以前的中国法制 / 308
叁、《唐律》关于老小疾病的规定及其实例 / 316
一、老小疾病的种类及其优遇 / 318
二、认定老小疾病的时间标准 / 325
三、其他特例 / 327
肆、《唐律》责任能力的理论基础 / 332
一、当代责任能力的本质学说 / 332
二、《唐律》责任能力的性质 / 334
伍、《唐律》责任能力的影响及其演变 / 337
一、影响 / 337
二、演变 / 341
陆、结语 / 344

第八章 《唐律》“轻重相举”条的法理及其运用

壹、序说 / 347
贰、传统中国旧制中的比附 / 349
一、唐以前比附法制的源流 / 350
二、《唐律》中的比附实态 / 353
叁、《唐律》“轻重相举”条释义及其运用 / 357
一、“轻重相举”应用例的态样 / 357
二、“轻重相举”的运用实例 / 361
肆、“轻重相举”条的法理性质辨析 / 370
一、学说争议 / 371
二、从当代法解释学观点论“轻重相举”条之性质 / 378
三、“轻重相举”与《唐律》法的确定性问题 / 383
伍、结语 / 387

第九章　《唐律》中的“错误”规范及其法理

壹、序说　/ 393
贰、“错误”在古中国法制文献上的溯源　/ 395
一、《周礼》三宥中的“不识”　/ 396
二、西汉董仲舒春秋折狱中的“错误”案例　/ 398
三、晋张斐《进律疏表》中的“误”与“失”　/ 402
叁、《唐律》中关于“错误”规范的类型与律疏　/ 404
一、构成要件错误的态样及其处断方式　/ 405
二、违法性认识错误及其刑责　/ 416
肆、唐以降历代刑律有关“错误”规范的衍化　/ 420
一、从《宋刑统》到明清律的变与不变　/ 421
二、从继受欧陆法的《钦定大清刑律》到民国刑法　/ 426
伍、当今刑法与《唐律》中的“错误”立法比较　/ 432
一、主观抽象立法乎？客观具体立法乎？　/ 432
二、古今有关“错误”立法技术的异同　/ 435
陆、结语　/ 442

第十章　《唐律》与《龙筋凤髓判》

壹、序说　/ 445
贰、张鹭《龙筋凤髓判》其人其书　/ 448
一、张鹭其人　/ 448
二、《龙筋凤髓判》内容要义　/ 452
叁、《龙筋凤髓判》判词问目的真实性问题　/ 454
一、拟判乎？　/ 455
二、实判乎？　/ 457
肆、《龙筋凤髓判》案例解析举隅　/ 461
一、关于泄漏机密罪案　/ 462
二、关于崔暹奏事口误罪案　/ 465
三、关于奏状误失罪案　/ 467
四、关于知制敕书有误罪案　/ 469

五、关于贪渎罪案 / 471
六、关于收受贿赂罪案 / 472
七、关于犯夜罪案 / 474
八、关于违犯纲常名教罪案 / 477
九、关于合和御药有误罪案 / 479
伍、《龙筋凤髓判》的评价 / 482
一、官定判例的经典之作 / 482
二、堆垛故事的浮判之词 / 484
三、个人观点 / 488
陆、结语 / 494

结 论 / 499

本书各章论著初出一览表 / 507
名词索引 / 509
人名索引 / 513

需要全本请访问 www.ertongbook.com

序　一

黄源盛教授是法史学、刑法学的知名学者，戴炎辉先生在台大法律系所的关门弟子，也得其真传。戴先生名著《唐律通论》一书就是在黄教授与戴东雄教授辛苦整理校订之下，出版修订本（2010年二版一刷）。

数十年来，台湾法律系学生学习乃至从事研究中国法制史的已是凤毛麟角，将它作为研究志业，更是异类。在历史系，以中国法制史领域，作为研究志业者，亦是绝少。也就是说，近数十年来，“中国法制史”已落入冷门学科。我在台大讲授“隋唐史”，曾和学生研读《刑法志》《唐六典》等法制史料；在研究所亦曾研读《唐律疏议》。1994学年，开始以“唐律研读会”名义正式向“教育部”申请补助，印象中这是当局第一个补助读书会的案子，从此持续不断，直至晚近。我们的研读方式，起初是学生随

其个人喜好，选择条文研读，但自该学年起，改从第一条依序研读，同时欢迎他校学生加入，成为校际性质的读书会。1995年，很荣幸邀请到政治大学法律系黄源盛教授莅临指导。其后，也邀请到政大陈惠馨教授指导。1999年到2001年，我更邀请黄教授到台大历史系所讲授“比较刑法史”、“比较民法史”等课程，同时也到场旁听。我们治史者，对现代法学知识的认识是浅薄的，经过多年学习，我和学生才逐渐进入情况，甚至出现以法史研究作为学位论文者，成为今日法史学研究的一批新力军。这些学术研究历程，有点拓荒的意味，其间冷暖，点滴在心头。

中国史上的光辉时代，前有汉唐，后有明清，因此论者常以汉唐、明清作为同一时代性来探讨。黄源盛教授著《汉唐法制与儒家传统》即是汉唐并论的代表作。其“导言”最后一段，指出：“汉代以礼入律及引经决狱，导引了传统法制‘儒法合流’、‘礼刑合一’的先河；到了李氏长安政权，礼律详备，《唐律》是‘礼本刑用’最典型的代表作，……一千多年来的旧律始终浸润于儒家传统之中。”此段已扼要道出本书之主旨。其后，黄教授之立论，大致亦沿着此一主轴发挥，从事法史研究者，若关心汉唐一段，此书为必备之作。

以汉唐作为时代分段来探讨，史学界为数甚夥。但以儒家传统为主轴来探讨汉唐法制，在学界当以黄教授此书为首部。全书分上下两篇，上篇“经义折狱与儒家法学”，有四章，下篇“《唐律》法意与儒家伦理”，有六章，合起来共有十章。论各章撰成时间，前后三十年（1982—2012），治学之艰难，于此亦可窥知一斑。虽是如此，本书各章，铿锵有声，其论汉代的春秋折狱及张鹭《龙筋凤髓判》，更可视为法史基础研究的经典之作。

上篇四章都是探讨汉代的春秋折狱，第二章检讨董仲舒春秋折狱六个案例，以及汉代其他十二个案例，每个案例，分事实、分析、评论，解说详尽。第四章解析“原心定罪”的刑法理论，尤其对董仲舒所谓“《春秋》之听狱也，必本其事而原其志”，即首要重视行为人的主观心念，论罪须分清故意与过误、首恶与随从等。这样的理论，《尚书》已见其端倪，至汉儒始作系统阐发，并纳入春秋折狱。此章之解说，甚为精彩，读者可细嚼品味。

下篇共有六章，都是从唐律分别探讨礼刑思想、“不应得为”罪、责任能力的规范与理论、“轻重相举”的法理、“错误”规范及其法理、《龙筋凤髓判》等。黄教授的法制史定义，包括法制的思想，所以讨论礼刑思想，正是此书所要表达的法制史重要内涵。下编各章，无非借唐律较重要的规定，来阐明礼主刑辅或礼本刑用的法思想，尤其恤刑精神，即使在律令无文，但违礼犯义的行为，仍应予以惩处。推原其法意，是在补救法条之不足，只是容易成为擅权滥刑之闸门。至于张鹭《龙筋凤髓判》，收录七十九道判例，另有附录二道逸文，共有八十一道判，涉及五十个政府机构单位，其中与唐律令有关者约有三十五道，黄教授特择其中九道与唐律有关者作诠释，每一道分由案由、判、解析三部分作说明，凡是关心唐判者，诚为必读之论著。

《龙筋凤髓判》究竟是拟判抑或实判？学界说法不一，黄教授倾向拟判。张鹭判文中的人名虽为虚拟，根据研究，有可能是集录安西都护府官文书案件而成，可列为杜佑《通典》所称三阶段演变的第一阶段判例，即集州县案牍而成，有较高的史料参考价值。但因“辞溢乎理”，也就是藻饰（骈文）掩过事理、法理，凸显只有文采，后世褒贬不一。黄教授以为张鹭处在初唐、盛

唐文风的环境下，这是无法避免的。其结论指出：《龙筋凤髓判》的精妙处，既在文采与法理，也在儒术与法律的结合；它所向往的，是一个能够兼通文采、法理、经术的司法者。这是很重要的提示，确实如此。

此处稍作一点补充，即较完整的七十八条判文当中（扣除一条有缺文，另二条逸文亦不全），粗略统计，依“理”而断者，有二十一条，看来大多能兼顾事理、法理，如曰：“准犯既非初害，原情理或可容，何者？‘宁失不经，宥过无大。’”（卷一“门下省二条”之一）“法有正条，理须明典。”（卷二“少府监二条”之一）“法有正条，理宜科结。”（卷二“将作监二条”之二）等。所以笔者指出唐律的断罪，是以“理”作为律令之外的第三法源，张鷟《龙筋凤髓判》判辞虽多藻饰，仍能充分显示此“理”。

我和黄教授因缘际会，促使史学界与法学界交流，欣见年轻学子投入此一行列，但愿薪火相传，期使法史领域不再寂寞。最后借黄教授最近研究的一段话，作为此序结尾：“无论其所根据的理据为何，均应回归历史事实，以历史事实为基础来解释历史，中国法史也不例外。”诚哉斯言！

是为序。

高明士 序于明月斋

2020年5月17日

序　二

台湾地区著名中国法律史专家黄源盛教授，既早已饮誉学林，也是一位备受学生崇敬的老师。他不仅穷二十年之学力，整理出版数十卷本的《大理院民事判例辑存》《大理院刑事判例辑存》《平政裁决录存》等巨册史帙，而且最近几年，他的个人专著《中国法史导论》也被大陆学界日渐称赞的广西师范大学出版社推出简体中文版。今又欣闻这家颇负盛名的学术出版社准备再次推出他的另一本大作《汉唐法制与儒家传统》(以下简称《传统》)，遂不胜欢欣，蹈之舞之，援笔以序。

中华法制文明，仁恕为本，追求等差基础上的正义与公平。自汉武以来，治道崇儒，隆礼重法。礼与律既为一体之两面，援情入法也实乃从汉至清两千余年古典中国司法之所宗。

纵观简册，遍览经史，学界通常以为：儒家法制文明经义为

本，别尊卑、序贵贱，身份等级制下难有与现代法治文明相通之处。其实这只是一叶障目的偏颇之见，难免流于世俗。

黄先生的大作告诉我们，儒家法制文明其实还有着可与现代法治精神沟通的另一面。这就是：中国是一个有两千多年法典编撰传统的成文法国家，立法、司法固然崇尚等差贵贱之礼制精神，但即便是等差的法，也有着以法作为客观标准，划一社会行为、追求公平正义的一面。而这一面，则通常为人们所忽视乃至遗忘。

不仅如此，《传统》一书还告诉我们，从汉之“春秋决狱”到唐律“一准乎礼，得古今之平”，中国古典之法律虽充斥着儒家伦理道德之话语，但其立法、司法之原理的背后，仍有着可与今日之法相沟通的地方，这急需学者深入经史简册之中，探赜索隐，加以解说。因为这恰是中华法理数千年智慧与学思的结晶。事实上，从古至今，立法、司法都会面临一些共同的难题，中华法理则为之提供了富有中国智慧的解决方案。

譬如，法条有限，情势万端，当有限之法不能满足社会形势发展需要，抑或在法无明文或法条之意隐而不显的情况下，立法与司法怎么面对此种难题？古典中国的解决方案是“经义决狱”、“比附类推”、“轻重相举”，其中的功能以及原理与今日的法律解释、漏洞填补、价值续造十分接近。

又如，今日的刑法理论，强调行为人的主观心理状态与罪责之间的关系。在古典中华法理中，数千年来，都有着因行为人系过失、不审、误犯而减轻处罚，乃至免责的传统。“错误”的法律规范及其法理，从西周到明清一直都在儒家法典及司法的视野中。

需要全本请访问 www.ertongbook.com