

第一講 中華法系與特質

2020年3月5日 下午 04:51

一、中華法系

「每個人看一個東西的特質，都會有其異處。」

- 世界五大法系：大陸法系(*現今台灣)、英美法系(*香港)、伊斯蘭法系、印度法系、中華法系。
- 形成於秦，成熟於**隋唐**，崩解於晚清。
 - 唐朝以前的法典未被完整留下，第一本完整法典—《**唐律**》。
 - 唐律(7,8世紀)被視為是中國法典中的重要成就。歐洲要達到唐律層級，被估為19世紀。
- 隋唐時期，中國武力繁盛，征服東亞地區(朝鮮半島)，使得其文化覆蓋、拓展至**東亞區域**。
(白江口一役：發生於唐高宗時期，擊退日本軍陣，直至晚明，日本才再次挑戰中國)

二、中西法律來源

- 盤古開天闢地(中) vs 基督教上帝創造世界(西)
 - 誰創造上帝？**自有永有**。
 - 根本差異：中國文明之開天闢地，是否有創造意涵？是個變化的故事？
 - 出埃及記：以色列人摩西被埃及人領養長大，成年後受上帝指示帶以色列人離開，上帝降七大罪使法老同意釋放以色列人，摩西劈紅海脫離埃及追兵。上帝賜迦南地給以色列人，摩西及其眾人無法尋及迦南，以色列人鑄金牛奉為信仰，上帝批十誡給以色列人。—戒律法律規範來源。
(*不能作偽證，須將手至於聖經宣誓)
 - 上帝具不可動搖 vs 中國**倫理道德理性化**，具其合理性，不須造物主(《論語陽貨篇》，宰我問三年之喪，孔子責其不仁)
- 西方古代將法律視為神的旨意，有極高神聖性，人需要符合規範生活。
- 西方文字中的法，拉丁文ius和lex，英文的law，法文的droit，德文的Recht都有「公平」、「正義」、「權力」含意，是**人類社會最高生活準則總稱**。
*數字在不同文明中有不同的重要性，例如顏色(五色、七彩)、音樂(宮商角徵羽、DoReMiFaSoLaSi)、方位：
 - 中國最重要的數字：五。
- 《慎子》「法非從天下，非從地出，發自人間，合乎人心而已」
《漢書·刑法志》第一篇刑法誌，有一半篇幅紀錄如何用兵打仗，可看出其刑法和戰爭之關聯性，兵刑合一。刑法誌紀錄當代刑責法規、重大刑案。群→爭→亂→離
*漢朝時荀子重要性高於孟子，至宋朝因理學發展，提高孟子重要性。
- 中國法律脫離上帝而存在，失去作為人類社會終極目標，世俗化成統治者維繫統治的工具。
中國〈懼怕〉 vs 西方〈尊敬〉

三、獬豸與正義女神

- 不同國家對法律的圖像符號。
- 中國：
 - 「法」字，古體寫作「灋」，始見於周代金文。
 - 《論衡》「獬豸者，一角之羊也，性知有罪。皋陶治獄，其罪疑者，令羊觸之。有罪者處，無罪則否。」
 - 《異物誌》
- 睜眼的獬豸 vs 矇眼的正義女神：
 - 人治法治的區別？
 - 正義女神矇眼持天平—機械式公正客觀的評斷
 - 獬豸分別只有孰對孰錯，女神持天平有比較、相對差異

四、以刑為主

- 「法律」一詞，於二十世紀出自日本輸入的新名詞。
 - 現代的社會學 Socialology 原本翻為「群學」。
 - 「經濟」一詞也由日本輸入，傳統含義應為「食貨」。
 - 「國會」Parliament，中國原譯為「巴力門」。
- 古籍具法律或法典含意之字：刑、法、律。
 - 「刑」起源很早，由「井」字延伸，原意模型，是鑄器之範的象形。周代衍申出「遵循」、「楷模」，甚至「法律規範」之意。
 - 「法」始見於周代金文。「灋，刑也，平之如水，從水；廌，所以觸不直者去之，從去」，藉神力來判正義。
**神判不只是判斷孰對孰錯，更會直接給予刑責。中國人相信惡有惡報，人力有限，故須借助神力。*
 - 「律」「律，均布也。」清代段玉裁注：「律者，所以范天下之不一而歸於一，故約均布也。」具有將不和諧規範為協調、統一之意。
**起源於「音律」，具規範意義，中國音樂最主要重要性與治國統治相關。Ex有殺伐之音、聽治國之有道/無道。*
**史記無形法誌，存在律書，談音律、含治國及法治。*
 - 「律」字由「聿」字構成，持筆刻劃貌。
**文字最早的作用—區隔你我的族徽，衍生為標誌、楷模、範例。*
- 刑、法、律可以互訓，核心為「刑」。法律背後就是刑罰，因此法律使人恐懼。

五、民刑不分？民刑有分？

- 中國無獨立民法典。
- 有人認為中國法典為刑法典，幾乎每條條文皆附刑罰，即使婚姻、繼承皆無例外。
- 張晉藩認為中國民刑問題宜如下解釋：
 - 編撰體例：諸法合體，民刑不分。
 - 法律體系：諸法並用，民刑有分。

***文化霸權的存在？為何要質疑中國法典體例之不同—以西方文化本位看中國。**

遠東、東亞、中東、西域的描述，本位差異

- 〈名例〉律—唐律總綱，歷代法典皆有總綱之設計。

***我國刑法總則，由德國法律沿襲而來，並非長期以來皆有。**

〈廐庫〉—牲畜、畜產業相關規制。

〈戶婚〉—類似民法親屬篇，規範親人關係之事。

〈賊盜〉—規範竊盜之事，賊關乎生命財產，盜與財富有關。

〈鬥訟〉—打鬥、訴訟之事。

〈雜律〉—無法歸類之條文，歸於雜律。

〈斷獄〉—審判之事。

六、律以外的法律形式

- 律受其他法律形式的**補充和制約**。

- 刑律以外，有禮、鄉約、族規.....。—地緣、血緣關係。

***宗教戒律、家法、行規等。**

- 禮禁於未然，律禁於已然。—禮沒有罰則。

- 「官員犯法」之優待—若官員犯律之懲處，可能少於官員犯禮？

***違禮之事可能被清議至於免職。理由：未守孝、未門當戶對。**

七、君在法上

- 法律來自**皇帝**：***皇權來自祖靈/天命**

- 以皇帝名義頒布法律。

- 可創制/取消法令。

- 制敕有法律效力。

- ***漢朝酷吏：張湯、杜周**

〈酷吏·杜周傳〉杜周曰：「三尺安出哉？前主所是著為律，後主所是疏為令，當時為是，何古之法乎！」

- 皇帝是**最高層級**。—握有生殺大權

- 對特殊身分者，皇帝可**特別處理**。

***唐朝「覆奏」制度，死刑案須反覆奏請、稟奏皇上。**

—執行死刑時，仍需叮囑皇上，避免禮樂活動、戒葷（空飯）。

八、儒學為宗、諸家合流

（一）以晉唐律為藍本的**儒家化法典**

***瞿同祖最早提出此觀念**

***晉律最早出現儒家化思想**

1. **德禮為主，政刑為輔**—法典從未改變之核心思想、治國之本

- 《論語·為政》：「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。」
- 《唐律疏議·卷首》：「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。」
- 《後漢書·陳寵傳》：「禮之所去，刑之所取，失禮則入刑，相為表裡者也。」
- 具體實施：以禮入律、以禮解律、失禮入刑、**五服**。
 *五服：晉朝入律，喪服律，規範喪期長度和喪服穿著。五服：斬衰(3年)、齊衰(1-3年)、大功(9個月)、小功(5個月)、緦麻(3個月)、袒免。
 *十惡罪之首：謀反罪。《春秋公羊傳》「君親無將，將而必誅」
 *居喪犯法(生子、聽樂、嫁娶)，有罪，自行像衙門請報，得以免罪。一較具宣示意義。

2. 維護**三綱**：君為臣綱，父為子綱，夫為妻綱。

*最早提三綱者：韓非子。

(二) 陰陽思想：天人感應的法律基礎論—**賞在春夏，刑在秋冬**。

- 《唐律疏議》：易曰：「天垂象，聖人則之。」觀雷電而制威刑，睹秋霜而有肅殺。
- 董仲舒《春秋繁露·四時之制》：慶為春，賞為夏，罰為秋，刑為冬。慶賞刑罰之不可不具也，若春夏秋冬之不可不備也。
- 具體表現：秋冬行刑

(三) 佛道的影響

- 佛教的「斷屠月」(正、五、九月)。
- 道教的「十直日」(一日、八日、十四日、十五日、十八日、二十三日、二十四日、二十八日、二十九日、三十日)。唐律中稱為斷屠日。
- 斷屠月和斷屠日都禁止執行死刑。
 *唐朝處決死囚之限制多：不能為節慶，不能下雨，雨不得未停、不得為上弦月、下弦月。
- 十惡之名源自佛教。一佛教以十作為圓滿。
 *中國酷刑和佛教有關(地獄觀念)，中國刑之減緩亦和儒、佛、道思想有關。
 *儒、道忌滿，故陽數之極訂於九，陰數之極訂於八。故常以72表其數字之大，如孫悟空七十二變。

九、重視**身分階級**

- **社會階級**：貴、良、賤。
 - 賤民：只要法律規定社會地位不如一般良民者，皆列名賤籍，稱作賤民。
 - 賤民不得考科舉，與良民不可通婚。
 - **良賤相犯，待遇不同**。

- 《唐律·鬥訟律》「部曲奴婢良人相毆」條云：
 - 諸部曲毆良人者，加凡人一等。奴婢，又加一等。若奴婢毆良人折跌支體及瞎其一目者，絞；死者，各斬。
 - 其良人毆傷他人部曲者，減凡人一等；奴婢，又減一等。若故殺部曲者，絞；奴婢，流三千里。
- 《唐律·鬥訟律》「主殺有罪奴婢」條：
 - 諸奴婢有罪，其主不請官司而殺者，杖一百。無罪而殺者，徒一年。
- 《唐律·鬥訟律》「部曲奴婢過失殺傷主」條：
 - 諸部曲、奴婢過失殺主者，絞；傷及詈者，流。

「中國法律缺乏平等觀念，關鍵來自貴賤、尊卑、長幼、親疏。」

- 先秦「刑不上大夫」—貴族犯罪可無法無天？
不使貴族施肉刑，犯罪遭輿論譴責或流放。
- 貴族、官人犯法：議、請、減、贖、官當。
 - 「議」。《唐律·名例律》「議章」條：諸八議者，犯死罪，皆條所坐及應議之狀，先奏請議，議定奏裁；流罪以下，減一等。—引自周禮。
 - 八議：議親、故(皇帝故舊)、賢(德行高尚)、能(有能力)、功(建功勳者)、貴(三品以上)、勤(苦勞)、賓(前朝皇族後裔)
 - *日本僅有六議，無勤、賓。日本朝政世襲，無前朝皇族之分。
 - 「請」：皇太子妃親人以及五品以上的官員，倘若犯了死罪，法司不可逕行判決，而應把他們犯罪情節和觸犯法條，一併奏請皇帝裁決。流罪以下減一等。
 - 「減」：七品以上官員犯了流刑或以下的刑罰，減刑一等。
 - 「贖」：九品以上的官員，只要犯流刑以下的罪，可以納銅贖罪，並不需要真的服刑。
 - 「官當」：五品以上，一官當徒二年；九品以上，一官當徒一年。
*職事官、散官涉及官僚體系之階級。勳官、衛官，唐朝有多不同階級官稱。

十、家族本位

- 孟子：天下之本在國，國之本在家。
- 家齊而後國治。
漢朝標榜以孝治天下。漢朝皇帝在其帝號前加一孝字。
- 家有多大？
中西方對家族定義有所差異，中國人定義家之範疇如漣漪，無有效範圍，可使用五服觀念來界定。
- 《孝經》：「君子之事親孝，故忠可移於君。」「故以孝事君則忠」
- 維持家的穩定，強調家長威權。

家長的權力：財產分配權、教育權、婚姻支配權

- 亦強調家長責任。

脫漏戶口：沒有申報戶口之人—家長的責任

十一、行政與司法合一

- 沒有獨立司法機構。
- 地方行政首長同時擔任法官。行政層級變動，審級亦會變動。
—可能會使案件因層級變動而一再重審
- 行政和司法合一有其好處嗎？—統合資源較有效率、節省人力成本

十二、父母官型的訴訟型態

- 強調人倫關係，忽略個人權益
- 競技型訴訟？父母官行訴訟？
- 官府不再判別是非曲直，追求矛盾和糾紛的平息。*小民細故*
〈良吏傳〉持孝經予以母子訴訟者之子，以孝感其。兄弟爭訟，欲其弟喊數次其兄名，感動落淚，忘其糾紛。
- 終極精神：追求無訟。「訟則終凶」