

第五講 中華法系的最高峰及其崩解

2020年5月7日 下午 03:35

一、大明律的制訂

- 明代的刑典稱作《大明律》。
- 洪武六年(1373)，劉惟謙等奉命修律，次年完成由宋濂奏上。
- 這部律的篇名卷數(30卷)完全同於唐律，但條數606條，多於唐律。
*清朝許多制度皆沿襲明朝。—滿族刑制不易適用於中原。
- 洪武後期因刑部建議，乃對洪武七年律展開全面修訂。
- 新律在三十年(1397)完成，從此**不再修改**，成為一朝大典。「群臣有稍議更改，即坐以**變亂祖制**之罪。」
- 《大明律》共7篇，30卷，460條。
- 《大明律》第一篇是〈名例律〉，與《唐律》相同，但以下六篇卻是以**中央六部**編目，即分為〈吏律〉、〈戶律〉、〈禮律〉、〈兵律〉、〈刑律〉、〈工律〉等篇。
- 這樣的結構是吸收了宋以來對**法典分門別類**的經驗，特別是參照《元典章》的編制體例而來。
- 《大明律》在卷首增加了「五刑圖」、「獄具圖」、「喪服圖」。
- 內容上，《大明律》將《唐律》配置欠妥的條文拆解重組，顯得統一完整。
- 《大明律》與《唐律》比較，量刑是「**重其所重，輕其所輕**」。
- 有關風俗教化之事，**明律輕於唐律**；**賊盜錢糧**等犯罪，明律則較唐律為**重**。明律專立「受贓」一篇，對官吏贓罪嚴加打擊。
- 《唐律·戶婚律》「和娶人妻」條：
 - 諸和〈彼此同意〉娶人妻及嫁之者，各徒二年。
- 《大明律·刑律·犯姦》「縱容妻妾犯姦」條：
 - 若用財買休賣休，和娶人妻者，本夫、本婦及買休人，各杖一百。〈減三等〉
- 《唐律·賊盜律》「劫囚」條：
 - 諸劫囚者，**流三千里**。
- 《大明律·刑律·賊盜》「劫囚」條：
 - 凡劫囚者，皆**斬**。〈加兩等〉

二、條例

- 明代自洪武朝以降，歷朝皇帝都有頒布條例，直到明神宗朝已達382條。
- 明代將條例以附注的形式附於律典相關條文之後，正式確立律例合編的法典編纂體例，清代便直接繼承這樣的法律形式。
- 《大明律·刑律·犯姦》「犯姦」條：
凡和姦，杖八十。有夫者，杖九十。刁姦者，杖一百。強姦者，絞；未成者，杖一百，流三千里。姦幼女十二歲以下者，雖和，同強論。其和姦、刁姦者，男女同罪。
*刁姦介於和姦和強姦間，類似誘姦，如常見之神棍以女信徒中邪等要求其進行性行為。
*唐朝以格形式增刪，否則一罪一刑。
- 一、萬曆十五年十二月二十日題奉欽依：以後審究強姦人犯，果以兇器恐嚇而成，威力

制縛而成，雖欲掙脫而不可得，而又有顯證有實跡者，方坐以絞。其或未強而應和，或始強而終和，或因人見而返(反)和以為強，或懼事露而詐強以飾和，及獲非姦所，姦有指摘者，毋得概以強擬。欽此。

- 條例與之前法律形式的異同

- 明代的「**條例**」與唐代的「**格**」、「**格後敕**」，宋代的「**編敕**」一樣，都是以皇帝制敕的方式頒佈，作為**補充和修訂刑律的特別法**。
- 大部分的條例來源於判例，但判例一經升格為條例，就變成制定法的一部分。

- 為何需要條例？

- 隨著國家逐漸安定，人口滋長，經濟繁榮，區區四百多條《大明律》，顯然無法囊括全國各地不同形式的犯罪。
- 律典作為經久長行的大法，一經制定，往往**長期不可更動**，但是，社會現象瞬息萬變。
*法律應具有性質：條文少、易懂、眾所周知，減省條文，有利於統治，較易貫徹。

- 律例互補

- 律文講求簡要，比較抽象和概括；條例則是針對特定犯罪的條文，較為具體和詳細，儼然是大明律的實施細則。
- 律典作為成憲，要求穩定；條例就是律典以外的靈活法源形式，可以及時準確反映社會的需要，即所謂「律彰國體，例顯人情」。

三、大清律例的編纂

- 1644年，滿人入關佔領北京，為因應實際需要，衙門准依明律判案。隨著政權逐漸穩定，清朝就展開了制訂新律典的工作。

(一) 順治三年律

- 順治三年(1646)，在明律基礎上修成《大清律集解附例》457條，是清朝第一部律典。
- 《大清律集解附例》一書只有例而**無注解**，與書名不符，可見修纂之倉促。
- 律文**附小注**，明律之注主要是疏解律文，清律小注進而連屬上下文句，成為律文不可分割的部分。

(二) 康熙朝《刑部現行則例》

- 康熙七年(1668)下詔，八年完成。以後不斷釐訂，至十九年(1680)完畢，正式刊行。
- 特點：
 - a. 獨立的則例，不附於律中。律自為律，例自為例。
 - b. 因時事之需，修訂順治律的則例。
- 清朝從簡單搬用明律走向本朝實際為依據的起點，是清代走向完善立法的過渡性修改階段

(三) 雍正三年(1727)律

- 制定《大清律集解》三十卷，七篇，436條，終清之世不再增刪。
- 將則例附於律中，結束康熙朝以來二者分立的狀況。

(四) 乾隆朝的《大清律例》

- 乾隆初，命大學士三泰對清律「逐條考正，重加編輯」，最後制定《大清律例》436

條，於乾隆五年(1740)頒行，一直沿用到清末頒行《大清現行刑律》為止。

- 篇幅自三十卷擴充為四十七卷。

四、明清律的比較

- 《大清律例》受《大明律》影響之處：

- a. 篇章結構同於明律，也是分〈名例律〉、〈吏律〉、〈戶律〉、〈禮律〉、〈兵律〉、〈刑律〉、〈工律〉七篇；
- b. 律後附例的形式亦是因襲明律而來。

- 清律異於明律之處：

- a. 律文條數比明律少了24條。
- b. 清律的條例明顯多於明代。
 - 雍正三年定律時，「例」就有815條，至乾隆朝已增至1049條，及至同治年間更增至1892條。
- c. 《大清律例》律條之中以小字夾注方式附加當時通行的注釋，對於律文的通讀很有幫助。
 - 乾隆朝規定了「修例不修律」的宗旨：律自乾隆三年制定後不再更動，但條例每五年修訂一次。

- 法官遇事引斷時，規定先例後律。

- 《大清律例》卷三十三《刑律》「犯姦」：

凡和姦，杖八十。有夫者，杖九十。刁姦者無夫、有夫，杖一百。強姦者，絞監候；未成者，杖一百，流三千里。姦凡問強姦，須有強暴之狀，婦人不能掙脫之情，亦須有人知聞，及損傷膚體，毀裂衣服之屬，方坐絞罪。若以強合以和成，猶非強也。如一人強捉一人姦之，行姦人問絞，強捉問未成，流罪。又如見婦人與人通姦，見者因而用強姦之，己係犯姦之婦，難以強論，依刁姦律。幼女十二歲以下者，雖和，同強論。其和姦、刁姦者，男女同罪。

雍正三年條例：凡職官及軍民姦職官妻者，姦夫、姦婦并絞監候。若職官姦軍民妻者，革職，杖一百；姦婦枷號一個月，杖一百。其軍民相姦者，姦夫、姦婦各枷號一個月，杖一百。其奴婢相姦，不分一主各主，及軍民與官員軍民之妾婢相姦者，姦夫、姦婦各杖一百。

中國在亞洲地位的建立：漢字、儒學、佛教、律令、科技
中華法系所受地區影響存在差異。

五、晚清法律近代化的原因

- 領事裁判權的撤廢問題

- 鴉片戰爭後《南京條約》僅統括式敘述，具體細節列於《虎門條約》

- 西人對中華法律頗多詬病：

- 中國容許公堂刑訊；**屈打成招*
原本全球都存在刑訊，18世紀末歐洲開始改革
- 沒有辯護人制度保障被告；
- 死刑有斬首、凌遲（*邊出現*）等酷刑；

- 沒有成文民法典和訴訟法典。
- 1843年，英國藉鴉片戰爭之勝利，在《虎門條約》中的《五口通商章程》規定：「英人如何科罪，由英國議定章程法律，發給領事官照辦，華民如何科罪，應治以中國之法。」此即「領事裁判權」。
- ***最惠國待遇**
 - 其後，西洋各國陸續比照辦理，享此特權之國家遍及歐亞美等十八國。
 - 案件範圍更從原來的刑事擴大到**民事**部分。
- 領事裁判權的傷害？
 - 為收回領事裁判權，必須捨棄中法，襲用西洋法律。
 - 光緒二十八年(1902)，英國與中國修訂通商條約時，允諾中國若與各國「改同一律」，俟法律與審判辦法，及一切相關事宜「皆臻妥善」後，即放棄領事裁判權。
- 朝廷乃命刑部侍郎沈家本和留美法學博士、大律師伍廷芳等著手制定新律。

六、法律近代化的展開

(一) 修訂法律館

- 光緒三十年(1904)，清廷設立「修訂法律館」作為編纂法律的專門機構。
- 以沈家本、伍廷芳等為修訂法律大臣。
- 主要任務：翻譯律書和編纂新律為主。

*在中國銷量極差

(二) 外國法律文獻的翻譯

- 宣統元年(1909)，總計譯書103種。
- 就國別言，其中日本譯著就有38種，約占全部譯作的40%。
- 就類別言，刑法典和刑事法著作約占60%。

*郭嵩燾：第一個駐外使節

*中國：重刑輕民，將法律視為維繫國家政權之用。

西方：保護人民權利。

(三) 日本法學專家的延聘

- 岡田朝太郎：刑律、法院編制法、違警律、刑事訴訟律等；
- 松岡義正：民律；
- 志田鉀太郎：商律；
- 小河滋次郎：監獄律。

(四) 新式法律學堂之創設

- 1906年，法律學堂成立，隸屬「修訂法律館」，後更名「京師法律學堂」。
- 法律學堂的外國教習有岡田朝太郎等，中國學者有吉同鈞、江庸、董康等。

(五) 出國考察

- 派遣董康、王守恂等東渡日本實地考察法庭訴訟程序和監獄制度等事。
- 中國法律近代化過程中，處處可見**日本**的影響，為什麼？

七、《大清新刑律》的制訂和爭議

- 光緒三十三年(1907)，沈家本奏上岡田朝太郎起草的《刑律草案》53章387條。
- * 1906 民事刑事訴訟法

- 《刑律草案》採西方刑法體例，分總則與分則兩篇。
- 總則17章，落實西方刑法原則和制度，主要有廢除比附，實行罪刑法定；
- 規定責任年齡、故意、過失、未遂、累犯、共犯、自首等原則；廢除傳統的笞、杖、徒、流、死五刑，建立近代刑罰制度，分主刑和從刑，主刑有死刑、徒刑、拘役、罰金等，從刑有褫奪公權和沒收。
- 分則有36章，詳列各種罪名，刪除傳統「十惡」罪，並增加妨害選舉、衛生、墮胎等罪名。
- 《刑律草案》可謂貫徹落實西方罪刑法定與平等人權觀念的法典。
- 引發了朝臣張之洞和勞乃宣為首的「禮教派」與沈家本為首的「法理派」之間的激烈論戰，稱為「**禮法之爭**」。
- 「禮教派」主要認為新律違背「**因倫制禮，准禮制刑**」的原則：
 - 新律對於臣犯君，子傷父，妻毆夫處罰過輕。**三綱*
 - 新律對於無夫之婦和姦以及子孫違反尊長教令二事，不視作犯罪。
- 沈家本、岡田朝太郎等「法理派」嚴詞反駁：
 - 以為新刑律仍保有傳統禮教精神
 - 無夫姦和子孫違反教令之事，只屬風化和教育問題，不構成刑事犯罪，不必編入刑律。
- 兩派意見水火難容，在資政院爆發激烈衝突，《大清新刑律》遲遲未能三讀通過。
**中國強調差異，西方強調平等。*
- 宣統二年(1910)年底，清廷在未經資政院三讀前逕行頒佈《大清新刑律》，不過，將「禮教派」之修正意見以「**暫行章程**」附於律後。
- 《大清新刑律》頒佈後，原訂宣統四年實施，但不久「辛亥革命」爆發，清廷覆亡。
- 《大清商律草案》完成於1910年，《大清民律草案》完成於1911年，《民事訴訟律》和《刑事訴訟律》都完成於1911年年初，最終皆因辛亥革命而未能完成立法程序。
- 晚清所制新律雖未能正式施用，但畢竟是中國第一批繼受近代西方法制而成的法典，深具歷史意義，對其後中華民國法律有重大影響。
- 民國肇建，以《大清新刑律》為藍本，刪削若干不合民國國情之條文成《暫行新刑律》，於民國元年四月公布施行。
- 今日施行的《中華民國刑法》是在民國二十四年(1935)公布的，但其內容仍多因襲脫胎《大清新刑律》和《暫行新刑律》。
- 另外，目前施用的民法、商事法、訴訟法等，其藍本也是來自清末所制的新律。可見清末新律與現行法律的淵源關係。

