



中华现代学术名著丛书

# 中国法律在东亚诸国之影响

杨鸿烈 著



创于1897

商务印书馆

The Commercial Press





中华现代学术名著丛书



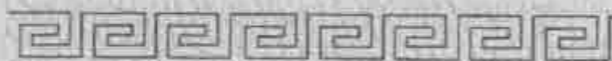
# 中国法律在东亚诸国之影响

杨鸿烈 著

 商务印书馆  
The Commercial Press

创于1897

2015年·北京



## 图书在版编目(CIP)数据

中国法律在东亚诸国之影响/杨鸿烈著. —北京:  
商务印书馆, 2015  
(中华现代学术名著丛书)  
ISBN 978-7-100-10006-9

I. ①中… II. ①杨… III. ①法律—中国—影  
响—东亚 IV. ①D909.2②D909.31

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 121422 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

本书据商务印书馆 1937 年版排印

中华现代学术名著丛书

中国法律在东亚诸国之影响

杨鸿烈 著

---

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-10006-9

---

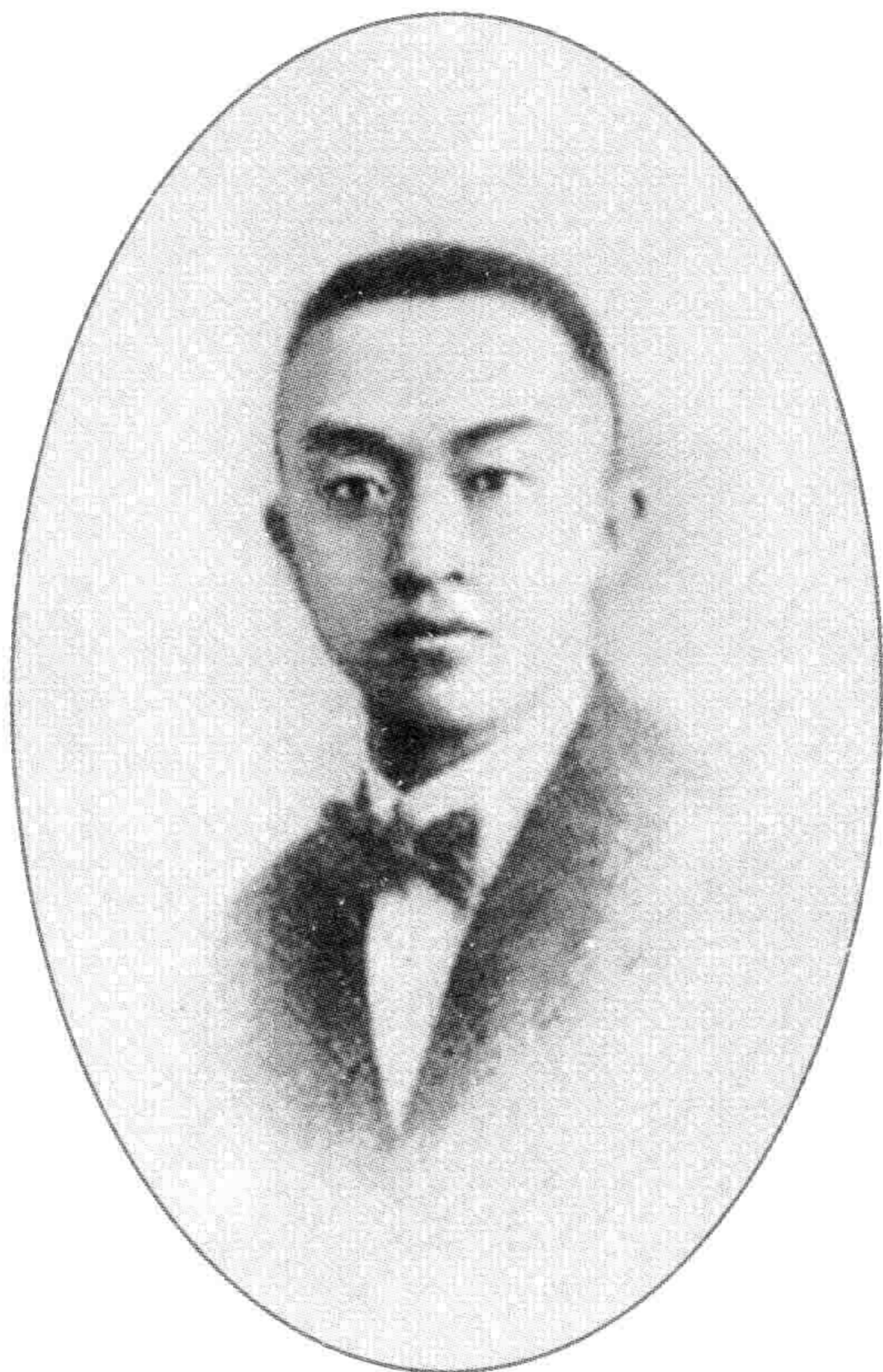
2015年1月第1版

开本 880×1240 1/32

2015年1月北京第1次印刷

印张 21 $\frac{1}{2}$  插页 1

定价: 62.00 元



杨鸿烈  
(1903—1977)

楊鴻烈著

中國法律在東亞諸

國之影響

許世英書



## 出版说明

百年前,张之洞尝劝学曰:“世运之明晦,人才之盛衰,其表在政,其里在学。”是时,国势颓危,列强环伺,传统频遭质疑,西学新知亟亟而入。一时间,中西学并立,文史哲分家,经济、政治、社会等新学科勃兴,令国人乱花迷眼。然而,淆乱之中,自有元气淋漓之象。中华现代学术之转型正是完成于这一混沌时期,于切磋琢磨、交锋碰撞中不断前行,涌现了一大批学术名家与经典之作。而学术与思想之新变,亦带动了社会各领域的全面转型,为中华复兴奠定了坚实基础。

时至今日,中华现代学术已走过百余年,其间百家林立、论辩蜂起,沉浮消长瞬息万变,情势之复杂自不待言。温故而知新,述往事而思来者。“中华现代学术名著丛书”之编纂,其意正在于此,冀辨章学术,考镜源流,收纳各学科学派名家名作,以展现中华优秀传统文化之新变,探求中华现代学术之根基。

“中华现代学术名著丛书”收录上自晚清下至20世纪80年代末中国大陆及港澳台地区、海外华人学者的原创学术名著(包括外文著作),以人文社会科学为主体兼及其他,涵盖文学、历史、哲学、政治、经济、法律和社会学等众多学科。

出版“中华现代学术名著丛书”，为本馆一大夙愿。自 1897 年始创起，本馆以“昌明教育，开启民智”为己任，有幸首刊了中华现代学术史上诸多开山之著、扛鼎之作；于中华现代学术之建立与变迁而言，既为参与者，也是见证者。作为对前人出版成绩与文化理念的承续，本馆倾力谋划，经学界通人擘画，并得国家出版基金支持，终以此丛书呈现于读者面前。唯望无论多少年，皆能傲立于书架，并希冀其能与“汉译世界学术名著丛书”共相辉映。如此宏愿，难免汲深绠短之忧，诚盼专家学者和广大读者共襄助之。

商务印书馆编辑部

2010 年 12 月

# 凡 例

一、“中华现代学术名著丛书”收录晚清以迄20世纪80年代末,为中华学人所著,成就斐然、泽被学林之学术著作。入选著作以名著为主,酌量选录名篇合集。

二、入选著作内容、编次一仍其旧,唯各书卷首冠以作者照片、手迹等。卷末附作者学术年表和题解文章,诚邀专家学者撰写而成,意在介绍作者学术成就,著作成书背景、学术价值及版本流变等情况。

三、入选著作率以原刊或作者修订、校阅本为底本,参校他本,正其讹误。前人引书,时有省略更改,倘不失原意,则不以原书文字改动引文;如确需校改,则出脚注说明版本依据,以“编者注”或“校者注”形式说明。

四、作者自有其文字风格,各时代均有其语言习惯,故不按现行用法、写法及表现手法改动原文;原书专名(人名、地名、术语)及译名与今不统一者,亦不作改动。如确系作者笔误、排印舛误、数据计算与外文拼写错误等,则予径改。

五、原书为直(横)排繁体者,除个别特殊情况,均改作横排简体。其中原书无标点或仅有简单断句者,一律改为新式标



点,专名号从略。

六、除特殊情况外,原书篇后注移作脚注,双行夹注改为单行夹注。文献著录则从其原貌,稍加统一。

七、原书因年代久远而字迹模糊或纸页残缺者,据所缺字数用“□”表示;字数难以确定者,则用“(下缺)”表示。

# 目 录

全书提要	1
第一章 导言	9
一、世界法系中之中国法系	9
二、中国法系之内容及范围	18
第二章 中国法律在朝鲜之影响	32
一、自传说之箕子八条至高丽王建一代	32
附 中国与朝鲜诸国存立年对照表	76
关野贞博士《朝鲜美术史》中国文化影响	
朝鲜之图表	76
东国历代传授之图	77
新罗三姓传世之图	78
高句丽传世之图	79
百济传世之图	80
高丽王世系表	81
《东史纲目》官职沿革图(节录)	82
三国鼎立以前之朝鲜半岛图	83
三国鼎立时之朝鲜半岛图	84
二、自李朝时代至中日战争前后	85
附 朝鲜法制史参考书目	189

第三章	中国法律在日本之影响 .....	193
一、	自天智天皇时代至醍醐天皇时代 .....	193
附	日本皇室历朝世系表(一) .....	282
	日本“王朝时代”法制史资料之参考书目 .....	283
二、	“武家时代”末期暨明治维新时摹仿	
	明律之制法事业 .....	286
附	日本皇室历朝世系表(二) .....	398
	日本法律属于“中国法系”时期之内容比较表 .....	399
	第一:法典篇目之比较表 .....	399
	第二:刑名比较表 .....	401
	第三:刑法处罪轻重比较表 .....	404
第四章	中图法律在琉球之影响 .....	436
附	琉球之历代系统 .....	463
	琉球法制史年代对照表 .....	465
	琉球法制史之参考书目 .....	466
第五章	中国法律在安南之影响 .....	470
一、	摹仿唐宋律时代——李太祖(公蕴)及	
	陈太宗(昺)两朝 .....	470
附	安南纪年表 .....	480
二、	摹仿唐宋元明律时代——黎太祖(利)一朝 .....	480
三、	摹仿明清律时代——阮世祖(福英)一朝 .....	530
附	《越史新约》之历代纪年(续) .....	604
	高春育等编修《国朝史撮要前编世代年纪》 .....	604
	安南法制史之参考书目 .....	608
第六章	结论 .....	610
附	中国、朝鲜、日本、安南法律史之年代对照表 .....	625

杨鸿烈先生学术年表 .....	尤陈俊	639
中国法系研究中的“大明道之言” ——从学术史角度品读杨鸿烈的《中国法律在 东亚诸国之影响》 .....	尤陈俊	645

# 全书提要

## 一

著者九年前曾著《中国法律发达史》一书,为“中国法系”之内包的研究,兹编则从事“中国法系”之外延的研究,故最先着手研究“中国法系”在“世界法系”中之位置,按世界法系之种类,学者间之意见各不相同,如:

(一)穗积陈重博士分为“印度法族”、“中国法族”、“回回法族”、“英国法族”、“罗马法族”五种(见《法学协会杂志》第1卷第5号,及《遗文集》第一集第292—307页)。

博士其后又分为“中国法族”及“日耳曼法族”、“斯拉夫法族”等七种(见所著 *The New Japanese Civil Code as Material for the Study of Comparative Jurisprudence*, 第五章)。

著者以“日耳曼法族”在今日已失其独立性,“斯拉夫法族”多沿袭罗马及英国法系,其在南斯拉夫则更受罗马及回回法系之支配,故博士“法律五大族之说”尚较“七大族之说”为优。

(二)德国柯勒尔(Josef Kohler)及温格尔(Leopold Wenger)两氏分世界法系为“原始民族法”、“东洋民族法”、“希腊、罗马民族

法”三种，“东洋民族法”中又分为“半文明民族法”及“文明民族法”二种，“中国法系”即为“文明民族法”之一（见所著 *Allgemeine Rechtsgeschichte* 一书）。

著者以两氏除以“民族”为区别之标准外，尚参酌于“文化”程度之高低，然已稍嫌烦琐。

（三）美国韦格穆尔（John Henry Wigmore）教授分世界法系为埃及、巴比伦、中国、希伯来、印度、希腊、罗马、日本、日耳曼、斯拉夫、漠罕默德、海洋、大陆、寺院、英美、爱尔兰等十六法系（见《法学协会杂志》第41卷第5号之“The Rise, Disappearance, and Transmigration of the World's Legal System”一论文及 *A Panorama of the World's Legal System* 一书共三卷）。

著者以埃及、巴比伦、希腊、寺院、爱尔兰等诸法系早已僵死，中国与日本法系之内容大率相同，希伯来之在今日，国亡而法亦灭，海洋法系又复不足与欧大陆法系对立，故教授之说实大而无当，烦琐至极，著者仍以“五大法系”之说为简扼得要。

著者于比较研究诸说之后，深知“中国法系”在“世界法系”中有其不可磨灭之价值存在，即“发生最早”、“传播最广”，足与其他四大法系分庭抗礼也。

## 二

著者次所待解决之问题即为“中国法系”之内容及范围究为如何，著者以——

“中国法系”者盖指数千年来支配全人类最大多数，与道德相混自成一独立系统且其影响于其他东亚诸国者，亦如其在本部之法律制度之谓也。

著者甚不以浅见伦太郎博士根本怀疑“中国法系”之存在为然，盖中国虽自秦、汉南北之风俗即相悬殊，然中国法律自殷、周以迄宋、明，皆汉族一系相传，循序进展，中间虽有五胡、辽、金、元、清之侵入，但皆被同化，而于编纂法典，传播法律知识尤极努力，且影响诸国者，东至于渤海、朝鲜、日本、琉球，南至安南、缅甸，西至西域，北至契丹、蒙古，本编因日本、朝鲜、安南、琉球之文献较多，故较渤海、缅甸诸国而特详加叙述焉。著者又分诸国为——

#### 第一，摹仿《唐律令》之时代

(a) 日本方面：天智天皇时之《近江令》，文武天皇时之《大宝律令》，元正天皇时之《养老律令》以至醍醐天皇时之《延喜格式》。

(b) 朝鲜方面：新罗、百济、高句丽及高丽太祖王建一代之法制。

(c) 安南方面：李太祖(公蕴)、陈太宗(煚)及黎太祖(利)三朝之法制。

#### 第二，摹仿《明律》及《会典》之时代

(a) 日本方面：武家时代末期藩侯所纂法条及明治维新时之《假刑律》(即《暂行刑律》)、《新律纲领》及《改定律例》等。

(b) 朝鲜方面：朝鲜太祖李成桂之《朝鲜经国典》、《经济六典》，太宗之《续六典》，世祖之《经国大典》，李太王之《刑法大全》等。

(c) 安南方面：阮世祖(福英)之《嘉隆皇越律例》、宪祖阮旋之

《钦定大南会典事例》等。

(d) 琉球方面：乾隆时之《科律》及咸丰时之《法条》。

著者兹将各国所受“中国法律”之影响分章略述于后。

### 三

著者以中国与朝鲜之关系最为深长，故先述朝鲜，按前后《汉书》、《三国志》均有箕子“八条”之记载，而李晬光、韩致齋及《增补文献备考》之解释均不一致，李丙焘氏则根本怀疑其不存在，近年如今西龙、稻叶岩吉、鸳渊一、关野贞诸氏又以箕子事实全属传说，故著者亦以箕子之“八条”为不可信。

三国鼎立时代之法制史料《三国史记》一书之价值远在《三国遗事》之上，著者以高句丽颁律最早，必受晋以后诸律之影响，故其律始仿《北齐律》而有“十恶”之名。新罗颁律虽在高句丽百余年之后，然尚在日本《十七宪法》之前八十五年。百济于晋时即能输入汉学于日本，其浸染中国文化至深，故其律令必自汉、魏脱胎而出，惜文献不足征也。

高丽立国凡经四百七十四年之岁月，故法制史料较为丰富，著者所根据以研究者为郑麟趾等撰之《高丽史》及《增补文献备考》等书。《高丽律》虽仿《唐律》，然仅七十一条，若与《唐律》之五百条较，仅当其五分之一而弱，实繁简大差。高丽法案亦仿唐制，然实不称名。其刑法关于“帝室犯罪”及“谋反大逆”、“背国投伪”、“漏泄大事”、“度关”等罪之处分全付阙如，惟“渎职”、“诬告”、“失火”、“伪造文书”、“赌博”、“奸非”、“杀伤”、“窃盗”、“侵占”、



“毁弃损坏”等罪之处分均同《唐律》而稍有出入。民法大部分亦沿袭《唐律》之规定，惟“承继”方面，容许“无男孙，则女孙”，较唐之“男性中心主义”尚能更进一步耳。

李成桂灭高丽而自立，上表请明太祖为更国号，其崇拜明朝，至为诚笃，故李朝一代均遵用《大明律》，惟《大明律》所规定之赎罪钱数，因当时朝鲜之币制与明不同，故以“常布五升”抵明之通货铜钱“一贯”，例如“赎铜钱十二贯”，即等于“折五升布六十匹”也。又因其国境狭小，而《大明律》有“流三千里”之规定，虽最远之庆源府，亦不过一千六百八十里，故将赎流罪之办法改以其本国里数准计。李朝历代除遵用《明律》外，又远据《周官》，近本《大明会典》，纂成《经国典》、《经济六典》、《续六典》、《经国大典》……诸书，其“刑典”之条文甚为简略，且不完备，故只有补充法令之价值，而非即当时现行法之主体也。

#### 四

著者以近数十年来日本法制史家于“中国法律”在日本之影响之研究，用力最深，贡献特大，惜多偏于隋唐时代之考据方面，于法条内容之分析比较，及明治维新时三度摹仿明清律而未大成之事实未加注意，故兹编颇欲弥补此项缺憾。

日本自天智天皇时代至醍醐天皇时代充分输入中国法律，“律”、“令”、“格”、“式”应有尽有，较之朝鲜、安南，尤形完备，然日本民族者，世界上最能适应时势之民族也，故非削趾适履，一味盲从者可比，唐制原甚复杂，而日本一变而为简单。《唐律》虽有“十

恶”之规定,而《大宝律》则省略合并诸节目而成为“八虐”,“八议”亦改为“六议”。又因崇信佛教,故一切刑罚处分较唐减轻一等乃至二等,犯罪连坐之范围亦极狭小,具见当时立法者斟酌取舍之苦心也。

日本自后白河天皇以降,乾坤解纽,武士专权,为政惟行苛法,前代自中国输入之“律”、“令”、“格”、“式”,其实用之价值虽完全陷于低下,然其末季诸藩如:纪州藩之《国律》则参酌唐明律,新发田藩之《在中御条目》及熊本藩之《御刑法草书》,弘前藩之《御刑法牒》,名古屋藩之《御定书》等则径以《大明律》为准据,迨将军德川庆喜奉还大政,于是日本国运发生一大转机,而司法遂亦有空前之革新,而明治元年所编之《假刑律》及三年十二月所公布之《新律纲领》,其体裁犹以《大明律》为蓝本。明治六年又颁行《改定律例》,其形式已如欧陆法典之顺数目次序列举条款,又废止笞、杖、徒、流等刑名,然法律名词则仍沿《大明律》而未改,盖自隋唐至是时,日本法律受中国之影响凡一千六百年,不可谓非长久矣,求之欧陆诸国法制史中,尚乏其例焉。

## 五

琉球见自《隋书》,其传甚略,《北史》、唐、宋、元诸史因之,然在元代以前,中国学者均误指台湾为琉球也。而琉球之有文字尤为时甚晚,其地僻陋之乡至今犹有象形文字之遗迹,及以结绳纪事之远古风俗,故其国之历史多凭传说,荒唐无稽。溯琉球文化之发达,当自明初入贡中国并遣子弟入学始。厥后历明至清,凡五百余

年,所受中国之影响至为深长,视朝鲜殆弗让焉。其国于乾隆五十一年颁行《科律》,自《大清律》四百三十六门中抉取一百三条,均加以精细注释,且能适应岛国民情,因时制宜,立法者十年之苦心及律学之造诣均有足称焉。

## 六

著者据《后汉书·马援列传》推知马援平定安南时,《汉律》即已在安南施行,惟最初迁就安南习惯之处,或不在少数耳。自五代晋天福四年(939年)吴王权破南汉为独立国起,亘有宋一代,安南为丁先皇帝、黎(大行)天福帝李(公蕴)太祖、陈(熨)太宗所统制,据《越史通鉴纲目正编》、《大越史记全书》及潘辉注之《历朝宪章类志》之记载,则李陈两朝亦曾公布法典,其职官亦有“刑部尚书”、“廷尉”、“御史”等,然法条不全,虽潘书及黎崱《安南志略》与李文凤《越峤书》等各有所述,然亦仅窥豹一斑,略可想见当时校定律格亦遵用唐、宋之制,但其宽严之间,或时加斟酌耳。

陈朝为黎季犛所篡夺,明成祖永乐五年(1407年)派兵大破季犛,改安南为交趾,设三司,同内郡,厉行彻底之同化政策,旋因中官马骥以采办至,大索境内珍宝,人情骚动,叛者四起,清化府俄罗斯县巡检黎利实力最强,经十年抗争之结果,卒于明宣宗宣德五年得明廷许可权署安南国事。黎利建国于朝鲜李成桂之后,李朝最先采用《大明律》,以常理推论,黎朝自亦必奉行《大明律》。即安南史学家如吴甲豆氏亦谓“黎朝刑制,参仿明清”,乃据著者比较分析研究之结果,黎朝法典大部分均摹仿《唐律》,一小部分则受《元

律》及《大明律》之影响,然要以《唐律》为惟一之楷模,《大明律》反退居不甚重要之地位,故吴氏之说实错误也。

至最近世之阮朝,其法典之编纂始径以明清律为蓝本,其法律文句多同《大明律》,惟条例则间取自《大清律例》及黎朝圣宗洪德时之条例。迨为法国合并之后,其属地处断狱仍用中国律,惟河内、海防诸让地始用法国律。

## 七

著者研究东亚各国法制史之后,深知距今百余年以前,东亚大地之文化殆无不以中国为惟一之策源地,而东亚诸国家亦咸兢兢以追随中国为当务之急,法律特其一端耳。尤有进者,中国与东亚诸国不仅有文化之关系,即今日朝鲜、安南、琉球、日本以至暹罗诸国,其人民血管中盖掺入不少中国民族之血液,著者因痛感东亚原属一家,彼此应互相提携,共图进步,以维持我东亚久远之声光于弗坠。著者最后征引诸家学说阐述“中国法律”有其历劫不磨之真价值存在,希望我东亚法家均能回顾数千年来我祖宗心血造诣之宝贵财产,不惟不至纷失,且更进一步力采欧、美之所长,斟酌损益,以创造崭新宏伟之“东洋法系”,是则著者区区之微意也。

# 第一章 导言

## 一、世界法系中之中国法系

“中国法系”者，世界最大法系之一也。盖“法系”（genealogy of law）之称，自最近世东西各国之法制史家始。彼辈以各国家法制系统之成立，恒由于天时、气候、地理、历史及其人民、种族、政治、宗教、生活之不同而异其内容。班固有言曰：“凡民函五常之性，而其刚柔缓急音声不同，系水土之风气……好恶取舍，动静无常，随君上之情欲。”<sup>[1]</sup>亦斯义也，盖民族性常影响法律之惯习故也。董康氏亦有云：

法律依时为乘除，本非一成不变，顾以时代之制度言，则有沿革；以土地之风习言，则有系统；历古及今，无论如何变迁，终不越于系统以外。<sup>[2]</sup>

旨哉言乎！夫最早从事比较各国法制及其历史者为英人梅茵（Sir Henry Maine），继之者则有达勒斯特（Dareste）、勒维罗特（Re-villout）诸人，<sup>[3]</sup>泷川政次郎博士所著《西洋法制史讲义案》，其《总

说世界法系之分立》一节有云：

近代因交通发达，人类关于自然界及社会之知识均成为世界的性质，而从来以一国家一民族为基本之法制史学浸假遂发展以至于成为世界法制史学而后止。<sup>[4]</sup>

若就区别世界诸法系而论，则最早主唱“法系”之说者厥为日本之穗积陈重博士，氏于明治十七年（前清光绪十年）三月之《法学协会杂志》第1卷第5号揭载“法律五大族之说”，<sup>[5]</sup>分世界之法系为“印度法族、中国法族、回回法族、英国法族、罗马法族”五种，其着眼点在民族苟不相同，则法律亦生差异，其立说最精当而不移，简而扼要者也。大正元年（民国元年）博士又出版英文《日本新民法》（《比较法学之资料》）（*The New Japanese Civil Code as Material For the Study of Comparative Jurisprudence*），又分伟大法族（Great Families of Law）为七，即（1）中国法族（the Family of Chinese Law）；（2）印度法族（the Family of Hindu Law）；（3）谟罕默德法族（the Family of Mohamedan Law）；（4）罗马法族（the Family of Roman Law）；（5）日耳曼法族（the Family of Germanic Law）；（6）斯拉夫法族（the Family of Slavic Law）；（7）英国法族（the Family of English Law），<sup>[6]</sup>较前增加日耳曼及斯拉夫二法族，然日耳曼法族在今日已失其独立性，且与海法系共残存于大陆及英美法系中，至斯拉夫法族虽在斯拉夫人亦尝自豪自成一大法系[盖其支配区域为旧帝俄、波兰、波希米亚（Bohemia）、塞尔维亚及门的内哥罗，实不可谓不大]，然多沿袭罗马法系及英国法系，其在南斯拉夫则更受罗马法系及回回法系之支配，殆不足与中国法系、印度法系、罗马法系、

英美法系之历史较长影响巨大者相提而并论也,故博士法律五大族之说尚较七大族之说为优。继博士之后而主唱法系者,则有德国之柯勒尔(Josef Kohler)及温格尔(Leopold Wenger)两氏于1914年(民国三年)刊行《综合法制史》(*Allgemeine Rechtsgeschichte*)一书,区分世界之法系为原始民族法(Das Recht Der Primitiven Völker)、东洋民族法(Das Recht Der Orientalischen Völker)、希腊罗马法(Das Recht Der Griechen und Romen)三种,其东洋民族法中又分为半文明民族法(Das Recht der Halbkulturvölker)及文明民族法二种,其所谓“半文明民族法”盖指阿兹特克族(Azteken,南美墨西哥之种族)、印卡族(Inca,秘鲁、智利等处之一种民族)、玛雅族(Maya为墨西哥之一种族)、马来族(Malaien)、蒙古族而言,“文明民族法”则包括巴比伦及亚述、埃及、以色列及犹太、亚刺伯及回教徒、印度、佛法、波斯、阿尔曼尼亚(Armenisches Recht)、中国、日本等国家,<sup>[7]</sup>此种分类盖除以民族为区别之标准外,尚参酌于文化程度之高低,然已稍嫌烦琐。迨美国西北大学法学院教授韦格穆尔(John Henry Wigmore)氏于1923年(民国十二年)发表《世界诸法系之发生消灭及传播》(*The Rise, Disappearance and Transmigration of the World's Legal System*)一论文,<sup>[8]</sup>此论文分世界之法系为“埃及法系、巴比伦法系、中国法系、希伯来法系、印度法系、希腊法系、罗马法系、日本法系、日耳曼法系、塞尔特克(Celtic即古爱尔兰人)法系、斯拉夫法系、亚刺伯摩色尔曼(Arab-Musulman,即谟罕默德)法系、海法系、欧大陆法系、寺院法系、英美法系”十六种,可谓大而无当,烦琐至极。氏于1928年(民国十七年)又刊行《世界法律系统大全》(*A Panorama of the World's Legal System*)三巨册,坚谓一法系之兴起及继续皆依赖于—受高深训练之职业阶级之发展及

生存(The rise and perpetuation of a legal system is dependent on the development and survival of a highly trained professional class)<sup>[9]</sup>,未免有唯心之嫌,又将巴比伦法系改称为美塞布达米亚(Mesopotamia)法系,<sup>[10]</sup>亚刺伯摩色尔曼法系改为谟罕默德(Mohammedan)法系,<sup>[11]</sup>然仍维持其十六法系之说,不知埃及、巴比伦、希腊、塞尔特克法系及寺院法系早已僵死,中国法系与日本法系之内容又大率相同,氏所谓日本法系之特色为“非宗教”等,实则皆为中国法系所共有,乃一般学者公认之事实,即氏所指陈幕府时代之惯习法及判例法,其文字与思想仍为中国传来之物,不足独立自成一系统,桑原鹭藏博士于昭和四年(民国十八年,1929年)京都帝国大学第二十四夏季讲演会所讲演《中国之古代法律》即有云:

……(日本)自奈良朝至平安朝吾国(指日本而言)王朝时代之法律,无论形式上与精神上,皆根据《唐律》。自德川时代至明治之初及明治十三年顷为止,所谓日本之法律者,直接间接皆受明律之影响。<sup>[12]</sup>

博士为东洋文化史之专门名家,故其言精确可信,韦格穆尔氏贪多务博,细大不捐,又喜立臆说,致与事实相去甚远,故氏所述日本法系之内容实甚简单肤浅,而斯拉夫法系之内容贫弱不能自树一帜,前已论及,海法系是否足与欧大陆法系对立,泷川政次郎博士所著《西洋法制史讲义案》即深致怀疑。<sup>[13]</sup>又希伯来法系在昔时虽曾盛极一时,然至今日,国亡而法亦消灭,虽《摩西十诫》至今为信奉耶教者所宗,然在世界上已无足轻重。此外如罗马及日耳曼等法系亦仅成为混血儿而尚残存。故氏于此书卷三《附录法律地图》亦



有云“十六系统中可承认尚存于今日之世界者,只有英法系、中国法系、日耳曼法系、印度法系、日本法系、回教法系、罗马法系、斯拉夫法系八种”〔14〕,不知八种犹嫌过多也。若以诸法系之历史相较,则中国法系延长数千余年,较最古之埃及、美塞布达米亚等法系之寿命而犹过之,且影响于东亚诸国如朝鲜、日本、琉球、安南、西域者尤非如埃及、美塞布达米亚等之局促一隅者可比,故谓中国法系为世界最大法系之一,谁曰不宜?周祺先生所著《中国法制史讲义》编有言曰:

……夫世界诸邦之法系有古与今两大分界:就古时发生最早者言之,则有巴比伦法系、埃及法系、犹太法系、波斯法系、希腊法系,而吾国居其一。就现今传播最广者言之,则有印度法系、罗马法系、回回法系、日尔曼法系,而吾国又居其一。诚哉中国法制之足尚矣!请先言世界之法系,以证明中国法制之特色。考十九世纪左右,法国探险家马尔庚氏于波斯诗赛地方发掘纪元前二千二百年顷,巴比伦古代石柱所镌汉摩刺比王之法典,分为十九段,共二百八十条,恰与我唐虞刑法法典成立相先后,日人田能村梅士著《世界上最古之刑法》已阐明之。埃及之《马禄优士法典》号称赫蒙斯神所授,今已烟消尘灭,不能确定其年代;若第五朝阿沙王御宇,太子贺列特兹拍所作《道德篇》,虽曰经典,则又非其伦也。犹太则摩西之圣匱《十诫》,授自耶和华神,而其时代不过纪元前一千五百年顷。波斯则琐罗亚斯德之《圣律》,全部二十一卷,授自护尔摩斯多神,而其时代,亦不过纪元前一千三百年顷。若希腊革雷德岛法律制度,尝感化斯巴达、雅典之政治家也,来格瓦刺

之模仿梅诺士,为斯巴达立法,则在纪元前八百年以外。梭伦之聘请业毕缅迭士为雅典立法,则在纪元前六百年以内。东鳞西爪,若有若无,亦徒供历史家之把玩而已,岂足比吾国之法制,先诸国而炳炳麟麟,后诸国而绳绳继继者哉?

若夫发生在纪元前八百年顷,而传播于印度半岛及中央亚细亚地方者,非婆罗门教祖吠哇萨陀之《曼奴法典》乎?第八编以上,言宗教兵事,第八编以下,言诉讼民刑。而《拿拉大法典》之注释,且分为中、南、北、东北、西南五派矣,发生在纪元前五百年顷,传播于欧洲诸国。而浸及于亚非西洲一部分者,非罗马之《十二铜表》乎?第三表以上,言诉讼裁判,第三表以下,言民刑公法。而茹斯底连大帝之《罗马法全典》亦积前后数百年之私著作而成矣。凡此皆亚于吾国法典,而成立于纪元前者也。试言纪元后之法系,则回回之《克兰经典》云牙布黎尔之神授于谟罕默德,全部共一百十四章,注释者有司尼与细亚两派,其成立在六百年顷,约当吾国李唐时代。日耳曼之福希古斯王安腊列克发布《普列肥利母法典》于大陆,在五百年顷,亦当吾国李唐时代。英吉利王耶特瓦尔特、合福安利特、绎那耶披尔特三王之法典,而制定普通法于三岛,在一千数十年顷,约当吾国赵宋时代。此二法系者,传播虽广,亦不过与中国法系平分古今东西洋之文明而已。通全体以观之,若巴比伦,若埃及,若犹太,若罗马,久已鼎迁屋社,成为历史地理上名词。希腊今虽立国,要亦等诸意大利之于罗马,非犹是斯巴达、雅典之子孙,波斯进矣,顾羊皮金装之圣律,早烬于亚历山大之一炬;印度则多淘汰于外采之英吉利,回回则仅保守于后起之土耳其,前途茫茫,法系不绝如线,思厥先祖父,缔

造国家,编纂法典,或谋治安而图守成,或求统一而讲整理,或感时势而采更新,几经竭虑殚精,以法制留遗厥后,乃前之人欲烬薪传火,后之人偏买椟还珠,甚至利器授人,徒自贻藉兵于寇,贲粮于盗之诮,如罗马法系之导源希腊,日耳曼法系之折衷罗马,为希、罗者亦徒哀已。然则国家亡而复兴,玉律金科,自创之而自保之,不毁灭于两度入主之异族,且使之多少同化于吾法制下者,全世界惟有一中国耳……〔15〕

周氏因过信古籍,故以唐尧、虞舜之传说为事实,夫中国法律虽起源甚早,然成文法必在文字发生以后,近数十年中外考古学家研究之结果,均以河南殷墟出土之龟甲兽骨所刻之文为吾国最古之文字,是以拙作《中国法律发达史》即就甲骨文字中有关法制者列举实例以穷究其演进之情形,〔16〕则中国之成文法必产生于殷、周之际,盖无可疑,至法典之编纂,何时为最先?异说纷纭,颇难一致,韦格穆尔氏乃竟以《周礼》为最古之法典云:

……最早且留存于今日之法典厥为周之法典,约在纪元前 1100 年,或谓为(姬)旦所编纂,彼乃周之公爵,即周朝创业者之兄弟。

此法典即被称为《周礼》或周之规律也者。……〔17〕

氏所言甚简,而不幸竟卷入数千年来中国学者辩争最烈之旋涡中。盖自汉武帝时起,即谓《周礼》为末世渎乱不验之书,何休亦指为战国阴谋之书,宋胡致堂、胡五峰、司马光、晁说之等皆以为刘

歆伪作,近世如先师梁启超先生所撰《先秦政治思想史》亦有云:

……据吾侪所推断,其必非周公作,盖成信讞。然谓全部为汉人贋托,抑又不类,意其中一部分或为西周末厉、宣时代制度,一部分则春秋战国时列国所行,汉人杂糅此二者,而更附益其一部分。……〔18〕

是韦格穆尔氏以《周礼》为中国最古之法典,未免稍涉武断也。〔19〕夫最能怀疑吾国古代法制者,殆莫过于法人耶士卡拉(Jean Escarra)教授!氏于《中国法律之西方研究法》(Western Methods of Researches into Chinese Law)一讲稿中有云:

中国自有《唐律》,而后“法理学”与“法律准则”及解释方开始发展(It is only from the Tang codification that the technique of Chinese Jurisprudence and its doctrinal and judicial interpretation begins to develop)。〔20〕

著者于旧作《中国法律发达史》曾驳之云:

氏以尧、舜为神诞荒渺之话是很不错的,但殷、周、秦、汉、三国、晋、南北朝、隋诸朝都一笔抹杀,说是不可靠,就令人不心服了。〔21〕

次则日本仁井田升先生去年应中华留日青年会讲演《以唐为中心之东亚法律》,谓中国法典在西历纪元以前(即汉平帝元始元年以

前)均不确实,《周礼》有汉人伪造之嫌,周末郑、晋之刑书、刑鼎亦不存在,李悝《法经》乃后人所补缀,故较之《汉摩刺比王法典》在纪元2000年顷及罗马《十二铜表》在纪元前5世纪者远非其比。惟中国于纪元后3世纪之半有《晋律》二十篇,六百二十条,《晋令》四十卷四十篇,二千三百余条,时地中海尚为野蛮民族所跳梁云云,氏思辨明晰,在殷、周甲骨铜器之记录法律条文未发见以前,诚难有以折其口而服其心也。著者于《中国法律发达史》曾有云:

战国至秦的社会既有极剧烈的变化,所以各国的法律也就由简单而日趋于复杂,由零碎的习惯法而变为有系统、次序、固定不移的成文法。现在列举各国的法典如下:

韩国有《刑符》,申不害所作。

魏国有《法经》,李悝所作。

李悝是中国成文法典的创始者。<sup>[22]</sup>

明丘浚所著《大学衍义补》“治国平天下之要”、“慎刑宪”、“定律令之制上”,魏文侯时李悝著《法经》六篇条云:

按刑法之著为书,始于此,成周之时虽有禁法著于周官,然皆官守之事,分系于其所职掌,未有成书也;然五刑之目,其属各有多少,五等之刑各以类而相从焉,著之篇章,分其事类,以为诠次,则于此乎始焉。<sup>[23]</sup>

日本芦野德林所著《无刑录刑法上》有云:

……《康诰》曰：“由文王作罚。”《吕刑》曰：“明启刑书胥占。”春秋时楚以蛮夷之国，而芊尹无字尚引周文法诵其词，则周家之法书之方策，而颁诸列国可知也。且夫《周官》之刑政禁令非各有其成书，又何所依准乎？晋文《被庐》之法，楚文《仆区》之法，范宣子《刑书》、邓析《竹刑》之类，盖亦著之书矣，然则刑法之著为书，非始于李悝也。盖周家之典，列国之法，至战国散逸，经秦火皆不存，但李悝所著，商君受之相秦，萧何收之以定《汉律》，遂为百代刑书之祖耳。〔24〕

程树德先生之《中国法制史》亦云：

中国之有成文法典，自李悝《法经》始。（原注：李悝以前，非无法典，如黄帝《李法》，春秋时《刑书》、《刑鼎》之类，特至悝始集其成耳。）〔25〕

朱方氏《中国法制史》亦谓“李悝之《法经》六篇为后世编纂法典者奉为鼻祖”〔26〕。由此可知周氏所言或不免失之夸张，然著者犹惜其眼光不能越出中国一步，以彻视朝鲜、日本、琉球、安南、西域、渤海千数年来所蒙中国之影响为如何密切深厚，于以见中国法系之伟大性为不可得而否认者也。

## 二、中国法系之内容及范围

印度、谟罕默德、罗马、英美诸法系不在本文范围之内，现所欲

言者,则中国法系之全面目究为如何。著者九年前曾以五十万言详述中国法系之内容,于商务印书馆出版《中国法律发达史》二册,乃近读浅见伦太郎博士所著《卑弥呼法典之遍路》一文,<sup>[27]</sup>竟有出人意表外根本怀疑中国法系存在之议论,氏谓秦始皇、汉高祖时中国南北之风俗即相悬殊,自五胡南下而后,风俗之混乱愈甚,故所谓继续四千年之中国法系者,其有无殆不可知,而韦格穆尔氏亦不过沿袭通俗之谬见云云,氏同一性质之论文为数甚多,不胜枚举,择其较重要者述之,如《中国法系无继续之意义》有云:

从来谓中国有四千年继续的文化,实则此种俗说应打一  
对折,故只有二千年。……<sup>[28]</sup>

《倭人传之法制史的研究》云:

中国之史实在秦始皇之后,以前皆为传说时代。……  
殷墟甲骨文字及周鼎殷彝皆为赝造之假古董,《尚书》、  
《春秋》、《左传》亦属后人伪作,不得谓为史实。……<sup>[29]</sup>

《北方民族之法制概论》云:

中国传说之记录如世之所谓《易》、《诗》、《书》、《礼》、  
《春秋》者,皆为汉初人之著作。……<sup>[30]</sup>

氏为法学专家,故非如中、日、欧、美诸国之穷年累月,孜孜攻  
究中国历史尚不易成为定说之汉学者,不稍涉武断也。而氏之态

度尤易动反感,《法律春秋》有闵泳寿氏者竟谓氏为“非论理、非常识、非法理”,氏以其名为伪托,乃朝鲜佣聘以作排外论之一人,故不知人间尚有羞耻事。<sup>[31]</sup>然氏对中国法系及摹仿中国之朝鲜法制极端轻视,又疑古过勇。实则关于“中国法系”,拙作曾谓中国法律为中国民族固有之产物,起自殷、周,历春秋、战国、秦、汉、三国、南朝、隋、唐、宋、明,皆汉族一系相传,循序进展,中间虽屡有北方民族之侵入,如五胡、北朝、辽、金、元、清等,但皆被同化,而于编纂法典,传播法律知识,尤极努力,且不只国内如此,即在东亚,中国法律之影响于诸国者亦甚巨大。惜拙作仅第二章附录传说之箕子在朝鲜统治下之司法,及第十九章内略述唐代之律、令、格、式传入日本,为彼时日本立法之楷模,<sup>[32]</sup>寥寥数节,殊不惬意。民国二十三年秋东渡留学,常在东京市东洋文库、上野帝国图书馆、东方文化研究所、国家文化振兴会、帝国大学图书馆、史料编纂所等处阅书,因得不少为国内所难搜集之材料,积年余之久遂成此文。虽犹感不备,然中国法律于东亚诸国所发生之影响,盖已纲举目张。若与旧作合观,则世界五大法系中之中国法系,其全貌已可毕睹。窃不自量,颇欲以长久岁月完成“中国法系究为如何”之使命也,海内外贤达尚乞进而教之,则幸甚。

夫所谓“中国法系”者,盖指“数千年来支配全人类最大多数,与道德相混自成一独立系统且其影响于其他东亚诸国者,亦如其在本部之法律制度之谓也”。仁井田升氏于其名著《唐令拾遗》有言曰:

中国法律之影响,东至于日本、朝鲜,南至安南,西至西域,北至契丹、蒙古。<sup>[33]</sup>



又于同书及《关于唐令之复旧》一文谓：

古代中国法律在地域及民族方面，皆曾影响于四方。

耶陵(Rudolf von Jhering)谓罗马曾三次征服世界〔原注：见《罗马法之精神》(*Geist des römischen Rechts*, 5 Aufl., Bd. I, S T)〕，中国于东方古代之亚细亚亦曾一度以武力支配之，一度以儒教支配之，一度以法律支配之。……〔34〕

此语甚佳，惜“东方古代之亚细亚”一语稍有语病，盖中国法律之支配东方亚细亚不仅古代也，即中古近世亦然，惟自清朝鸦片战争英法联军诸役而后，欧美各国领事裁判权确立，中国法律之势力范围始日蹙百里耳。此外，如泷川政次郎博士所著《日本法制史》亦云：

高句丽及百济于东晋时，新罗于梁时，渤海、日本于隋唐时输入中国法律，从事摹仿制法事业。〔35〕

桑原鹭藏博士《王朝之律令与唐之律令》一文，只泛论唐代文化与东亚诸国之关系曰：

我国(日本)平安时代即当于西历九世纪间，是时世界文化之中心，西方则为萨拉森之报打，东方则为唐之长安。……

唐之文化使东亚诸国大受感化。当时自日本、新罗、高昌、吐蕃等国派遣留唐之学生均努力于文化之输入。又中央亚细亚及东亚细亚诸国之君主大抵皆以受唐朝之封赠职位为荣。……〔36〕

博士又于《中国之孝道——尤其自法律上观之中国孝道》一文云：

《唐律》为日本王朝时代及朝鲜高丽时代法律之母法。……〔37〕

耶士卡拉教授所作《中国法律与比较法学》〔( *Chinese Law and Comparative Jurisprudence* ), 民国十五年天津法国图书馆 ( La Librairie Francaise Tientsin ) 1926 年出版〕亦谓日本及安南千数百年以来,均蒙中国法律之影响,并举杉山直治郎氏所作《法律之演变》( *Les Transformations du Droit* ) 卷二第 219 页之言作证,又以近年法国法制虽传入安南,然以中国法系“先入为主”、“根柢深固”之故,竟不得不让步。其在西北方面新疆、甘肃一带之回回民族固保存漠罕默德之法典而弗坠,然亦采用中国法系之一部分。元代之蒙古民族则尤足证明征服者几完全为被征服者所同化矣。〔38〕董康氏云：

……亚东法律系统……之幅员,凡日本、朝鲜、暹罗均属之。在中国国土本身,蒙古为游牧之国,逐水草而迁徙,与内地迥别;西藏且在往昔化外人之列,属于羁縻性质,均不能以普通之法律相绳,然国家特设藩部或驻在地大员类如古之都护者,以受其质成,未始无沟一之方策也。尝游英京伦敦,于律师公会,泛论犯罪年龄责任,英分七岁、十二岁、十六岁为三时期,与《周官》同,颇疑英之系统亦出东亚,或即所谓东来法之一欤? 由是推之,东亚法系固亦横亘世界,与《罗马法》对峙,不可磨灭之物也。〔39〕

由以上诸氏所言可证明“中国法系者,世界最大法系之一”之言,为非夸诞者也。惟如耶士卡拉教授谓“蒙古民族则尤足证明征服者几完全为被征服者所同化”,恐不免言过其实,董康氏又以“蒙古为游牧之国,逐水草而迁徙,与内地迥别”,亦语近武断,夫今日专攻蒙古法律之权威学者殆不能不推俄人屋雅万乐夫斯基(V. Bjavanofckiy)教授,氏于民国十二三年间(1923、1924年)出版《蒙古诸部族之习惯法》一书,至民国十八年(1929年)译为英文,标题 Customary Law of the Mongol Tribes,日本东亚经济调查局又译其民国二十年(1931年)在哈尔滨出版之《蒙古法之历史的概说》,改题为《蒙古惯习法之研究》。其所引用欧文参考书将近百种,用力不可谓不勤笃。<sup>[40]</sup>氏列举汉、蒙法律差异之点,如汉氏族自隋唐以来历代沿用之“笞”、“杖”,蒙古因为牲畜民族,故其普通身体刑之基本要具厥为“鞭箠”,而不用笞杖,此其相异者一也。汉族自古即严厉保持家族关系之纯正,故对奸通罪科处特重,古有“宫刑”,即对不伦者而设,《大清律》似稍缓和矣,然亦自笞一百起以至于处死;反之,在蒙古诸部族中,则在缔婚前及结婚后之性的关系,尚有某种程度之自由存在,故蒙古人之习惯法,对奸通采极宽容之态度,有仅处轻微之刑焉,有完全犯而不较焉,此其相异者二也。汉族又以崇拜祖先著名于世,历代刑章对发掘坟墓者概从严惩治,不稍宽宥;反之,蒙族则未曾考虑及埋葬之为义务,对死者遗骸不过放置之而已,故有发掘坟墓者,虽轻微刑罚亦付阙如,此其相异者三也。<sup>[41]</sup>由氏所述诸点观之,耶士卡拉教授谓蒙古族法律完全同化汉族,则不免抹杀事实,虽然,汉、蒙两族之关系由来久矣,故屋雅万乐夫斯基氏谓有清二百余年统治蒙古之结界,中国法律虽未曾将蒙古法体系之全部摧毁净尽,然中国之刑法及诉讼法则,影响于

蒙古之痕迹,殆为不可掩蔽者,殊如一般峻烈之刑名,对杀亲者处“八裂刑”及“去势”与“拷问”等事,其所蒙中国之影响,为绝对不能加以否认之事实。<sup>[42]</sup>其在民法方面,说者以汉族业农耕,蒙族事牲畜,宜如风马牛之不相及,然汉族因饥馑逃荒而移入蒙古者,为数甚众,因有向蒙人租种土地之必要,而蒙古于前此之时,对所谓“租借土地”一事,殆属懵然罔觉者也,此亦受汉族影响而后始能有一例证。又蒙族殆无专事贸易之人,其境内商业大部分惟汉人是赖,故其与商业有关之习惯,不能不惟汉人之规范是从,至其成文法所受汉族直接影响之一显明证据,则如金钱借贷之法定利息,不得过三分六厘,凡此皆自汉人传授而来之法制,<sup>[43]</sup>著者以董康氏所言近于武断者以此也。蒙族而外,前所引诸氏所论东亚诸民族国家之法律所蒙中国之影响,非不纷然众多,乃按其实际,有可得而言者焉,如朝鲜、日本、琉球、安南等国是;有不可得而言者焉,如渤海国者,《旧唐书·渤海靺鞨传》仅有云:

渤海王数遣诸生诣京师太学,习识古今制度。<sup>[44]</sup>

《新唐书·渤海传》亦仅记其官制云:

……左六司忠仁义部……右六司智礼信部……以比六官。中正台,大中正一,比御史大夫。……<sup>[45]</sup>

固具体而微之唐代制度也。<sup>[46]</sup>然于当时法条之内容,则皆无考。近闻泷川博士专攻《渤海国法制史》,甚望早日杀青,得先观为快也。又如缅甸者,据《小方壶斋輿地丛钞》所收泰西(人名原阙)某

著《缅甸志》有云：

政事大略与东方各国相同，权柄专制于王，百官不得专擅，所用律例，皆合中华、印度两国之律，参酌损益而行。……〔47〕

哈维(G. E. Harvey)所著《缅甸史》(*The History of Burma*)亦略述缅甸之法律：窃盗初犯黥“贼”字于两颊，再犯截手，三犯斩。又初犯赃重至八百缅币以上即斩。复谓民事方面，负债不偿即听债主役使，妻女或为债主逼使卖淫偿还债欠。〔48〕然寥寥数节，不足以考察中国法律在该地所发生之影响究为如何也。

此外，光绪二十八年(1902年)国际汉学者开会于德国之汉堡，由俄国拉得洛夫氏提议组织国际中亚远东探险团之后，于是德国组织四次探险队在新疆考古，英国则由斯坦因氏组织探险队前后四次在新疆发掘搜集，法国则由伯希和氏在新疆探险，俄国则有考斯拉夫、鄂登堡三次在新疆发掘，日本亦有大谷光瑞、橘瑞超诸氏在新疆探险，其所获有关于法制之史料者如：

《汉律》之木简：参看斯坦因、沙畹(Stein et Chavannes)两氏之《流沙坠简》(*Documents Chinois*)及张凤氏之《汉晋西陲木简汇编》。〔49〕

《唐律》断简：斯坦因氏所得者为开元《名例律》之断简，〔50〕大谷光瑞氏于新疆吐峪沟所得者为《擅兴律》、《贼盗律》之断片。〔51〕

《唐令》：斯坦因氏所得者为《东宫王府职员令》，〔52〕伯希

和氏所得者为《公式令》。<sup>[53]</sup>

《唐格》:伯希和氏所得者为《散颁刑部格》。<sup>[54]</sup>

《唐式》:伯希和氏所得者为《水部式》。<sup>[55]</sup>

唐宋法律文件:诸氏又于敦煌、吐鲁番、和阗、库车诸处,除发见律、令、格、式之残卷外,又得不少之唐、宋诉状、户籍及家产分单与借钱文书等。<sup>[56]</sup>

夫新疆为中世纪前东西文化传播之枢纽,而其民族又为“深目高鼻”(用《北史》语)之伊兰种,迨唐末突厥族移入,始成今日汉、缠回杂处之现象,是就人种之立场,探究中国法律所发生之影响,亦属必要,然其地自汉唐以来迄于今日属于中国,故不在本文范围研究之内,惟朝鲜、日本、琉球、安南等国过去虽与中国有数千年深厚密切之关系,而自19世纪以来东亚因受欧美帝国主义之震撼,致发生有史以来所无之剧变局面,又此诸国者因蒙中国文化之影响甚为深巨,故关于法制史之资料颇属富丰,著者略彼详此之理由,即在是焉。但自法制史上之趋势言之,则诸国者可划分为二大时期:

第一,摹仿“唐律令”之时代——盖可谓属于“唐律令”之系统者,如:

(1)日本方面:天智天皇时之《近江令》,文武天皇时之《大宝律令》,元正天皇时之《养老律令》以至醍醐天皇时之《延喜格式》。

(2)朝鲜方面:新罗、百济及高丽太祖王建一代之法制。

(3) 安南方面：李太祖(公蕴)、陈太宗(昺)及黎太祖(利)三朝之法制。

第二,摹仿《明律》及《会典》之时代——即属于《大明律》之系统者,如:

(1) 日本方面:武家时代末期藩侯所纂法条及明治维新时之《假刑律》(即《暂行刑律》)、《新律纲领》及《改定律例》等。

(2) 朝鲜方面:朝鲜太祖李成桂之《朝鲜经国典》、《经济六典》,太宗之《续六典》,世祖之《经国大典》,成宗之《前续录》,中宗之《后续录》,肃宗之《典录通考》,英祖之《续大典》,正祖之《大典通编》、《典律通编》,李太王之《大典会通》及《刑法大全》等。

(3) 安南方面:阮世祖(福英)之《嘉隆皇越律例》、宪祖阮旋之《钦定大南会典事例》等书。

(4) 琉球方面:乾隆时之《科律》及咸丰时之《法条》等。

若自诸国与中国之关系言之,则朝鲜最为深长,故先述朝鲜,次及日本,而琉球附焉。台湾则有冈松参太郎氏所作之《台湾私法》(临时台湾旧惯调查会第一部调查《第三回报告书》)其第一卷《绪论》之第六款“台湾之法律”谓:清政府时代台湾之法律有“成文法”及“惯习法”二种之大别:

第一,成文法。如《大清律》、《大清会典》、《会典事例则例》及《福建省例》皆为台湾所施行之法律。

第二,惯习法。台湾居民多自闽、粤移来,故各从其原籍之惯习,然因移住已有二百余年,其异于中国内地之习惯亦不在少数。其参考资料,盖有:

(1)《福建通志》、《台湾府志县志》、《淡水厅志》、《诸罗县志》、《噶玛兰厅志》、《采访册》及其他《鱼鳞册》、《柳条册》、《八筐册》、《实征户册》等书。

(2)各地人民所有之证明書類。<sup>[57]</sup>

本书内容第一编为“不动产”，第二编“人事”，第三编“动产”，第四编“商事及债权”，洋洋数十万言，诚浩瀚巨著，为当代有名之东洋法制史之重要参考书，故本书于台湾法制则不之及也。又次则述安南，安南书籍流通外国者甚少，《四库》所收，惟《安南志略》一种，私人所藏之少盖可想见。据松本广信氏所撰《（安南）河内法国远东学院所藏安南本书目》及《越南王室所藏安南本书目》，<sup>[58]</sup>则安南书籍数量之多，实可惊人。著者生长滇南，以留学外地，出入安南者前后四次，然人事羁牵，来去匆匆，不克久留。今所根据者，乃东洋文库所藏永田安吉氏之寄赠本，<sup>[59]</sup>虽不足与法国远东学院及越南王室相比拟，然主要之法制史料，已应有尽有，实亦极难得而可贵者矣，故尚希读者特加注意焉。

## 注 释

[1]《汉书·地理志》第八。

[2]《新旧刑律比较概论》，第1页。

[3]参看 John Henry Wigmore's *A Panorama of the World's Legal System*, vol. III, chap. XVII, p. 1121。

[4]中央大学：《西洋法制史讲义案》，第1页。

[5]现收入《穗积陈重遗文集》第一集，第292至307页。

[6]Nobushige Hozumi's *The New Japanese Civil Code*, chap. V, p. 35.

[7]按本书共分为三大章，系柯勒尔氏执笔者为：

第一，原始民族法(pp. 1-48)

第二，东洋民族法：

1. 半文明民族法

(1)阿兹特克族、印卡族、玛雅族(pp. 49-53)



(2) 马来族(pp. 53-55)

(3) 蒙古族(pp. 55-56)

## 2. 文明民族法

(1) 巴比伦及亚述(pp. 57-66)

(2) 埃及(pp. 66-71)

(3) 以色列及犹太(pp. 71-82)

(4) 亚刺伯及回教徒(pp. 82-102)

(5) 印度(pp. 102-123)

(6) 佛法(pp. 123-130)

(7) 波斯(pp. 130-134)

(8) 阿尔曼尼亚(pp. 134-138)

(9) 中国(pp. 138-145)

柯勒尔氏本节所述之中国法制自尧、舜、禹时起,不能鉴别史料之真伪,是一失也。法家只举商鞅,其他诸多类是,挂一漏万,是二失也。详细批评,尚待异日。

(10) 日本(pp. 145-150)

温格尔氏执笔者为:

第三,希腊及罗马法(pp. 145-302)

[8] 此文为日本高柳贤三氏译,载于《法学协会杂志》第41卷第5号,并谓韦格穆尔教授之来函云:“只为日本文之翻译而作(For Japanese translation only)。”

[9] *A Panorama of the World's Legal System*, vol. III, chap. XVII, p. 1129.

[10] *Ibid.*, vol. I, chap. II, p. 59.

[11] *Ibid.*, vol. II, chap. IX, p. 535.

[12] 《中国法制史论丛》,第213页。

[13] 中央大学:《西洋法制史讲义案》,第5页。

[14] *A Panorama of the World's Legal System*, vol. III, Appendix, p. 1135.

[15] 《中国法制史讲义》第二编,中国公学大学部铅印本,第1至2页。

[16] 参看《中国法律发达史》上册,第二章,第24至27页。

[17] *A Panorama of the World's Legal System*, vol. I, chap. IV, “The Chinese Legal System”, p. 158.

[18] 《先秦政治思想史》,第30页。

[19] 韦格穆尔氏于前书尤犯一极大错误,谓约在纪元1400年,明代之永乐

大臣编订一通行之新法典,此法典为二百年后满洲清朝之法典所根据(p. 160),按永乐为明成祖年号,非大臣之名也。成祖只定诬告等之单行法,至《大明律》则草创于太祖之吴元年,更定于洪武六年,整齐于二十二年至三十年,始颁行全国,氏所言抑何远于事实也。按氏之原文如下:“In the ensuing Ming dynasty, about A. D. 1400, the minister Yung Lo framed a new general code. ...”似此类文句,尚希氏于再版时痛加删削焉。

- [20]《中国社会政治科学季刊》(*The Chinese Social and Political Science Review*), vol. VIII, January, 1924。
- [21]《中国法律发达史》上册,第343页。
- [22]前书,第73页。
- [23]《大学衍义补》卷之一百二。
- [24]《无刑录》卷五。
- [25]《中国法制史》,第8及12两页。
- [26]《中国法制史》,第32页。
- [27]《法学协会杂志》第45卷第11号。
- [28]日本大学法学部出版之《法律学研究》第26卷第9号。
- [29]《法律学研究》第27卷第11号。
- [30]《法律学研究》第27卷第5号。
- [31]见同上,氏为最先着手撰述朝鲜法制通史之人,其博士学位之论文为《朝鲜法制史稿》,首卷《学位记》引大正十一年(民国十一年二月九日)《官报》揭载东京帝国大学法学部教授会《审查论文之要旨》有云:“本论文为著者多年苦心之著作,其缺点则叙事稍形散漫,考证亦往往失于不精密,殊如第五编(按即李朝朝代之法制)抄录各种史料过多,创见甚形缺乏,然著者本论文将杂驳不备之朝鲜法制史料整理安排……使半岛法制沿革之大纲得以大明。……”云云,是氏所贡献者,朝鲜法制方面较中国为多也。
- [32]参看拙作:《中国法律发达史》上册,第29页及第344、345两页。
- [33]《唐令拾遗序说》。
- [34]《法学协会杂志》第52卷第2号。
- [35]《日本法制史》第三编,第一章“总说”。
- [36]《历史与地理》第6卷第5号。
- [37]《狩野教授还历纪念支那学论丛》,第326页。

- [38] 参看原书(pp. 8, 9)。
- [39] 《新旧刑律比较概论》，第1页。
- [40] 参看日译《蒙古惯习法之研究》日本版原著者序文第2页、东亚经济调查局序文第1页及《引用参考书》第1至5页。
- [41] 参看《蒙古惯习法之研究》第一部，第六章“中国法律对蒙古法律之影响”，第169至174页。
- [42] 参看前书，第174至176页。
- [43] 参看前书，第172、176、177诸页。
- [44] 《旧唐书》。
- [45] 《新唐书》。
- [46] 此节应参看岛山喜一氏：《渤海史考》，第99至136页；金毓黻氏：《渤海国志长编》卷十五《职官考》及沼田赖转博士《日满之古代国交》，第29至33页。
- [47] 《小方壶斋舆地丛钞》，第十帙。
- [48] *The History of Burma*, pp. 358-359.
- [49] *Documents Chinois*, p. 109, Pl, XIV. 《汉晋西陲木简汇编》，第57页。
- [50] 参看罗振玉氏之《敦煌石室碎金》卷上。
- [51] 参看《西域考古图谱》。
- [52] 参看《敦煌石室碎金》卷上及王国维师《观堂集林》卷二十一。
- [53] 参看内藤虎次郎博士：《日本文化史研究》之《唐代文化与天平文化》一章。
- [54] 参看董康氏：《书舶庸谭》及大谷胜真氏关于《敦煌出土散颁刑部格之残卷》——见《青丘学丛》第17号。
- [55] 参看《敦煌鸣沙石室佚书》及内藤博士：《日本文化史研究》。
- [56] 参看羽田亨氏：《西域文明史概论》，第132至134及185诸页。
- [57] 参看《台湾私法》第一卷《绪论》，第26至41页。
- [58] 参看《史学》第13卷第4号及第14卷第2号。
- [59] 参看石田干之助氏：《三松盒读书记》（见《史学杂志》第45卷第1号）及岩井大慧氏：《永田安吉氏蒐集安南本目录》（见《史学》第14卷第2号）。

## 第二章 中国法律在朝鲜之影响

### 一、自传说之箕子八条至高丽王建一代

朝鲜与中国之关系,盖数千年于兹矣!日本今西龙博士所著《朝鲜之文化》有云,“朝鲜享受中国之文化,故其国之思想全然受中国文化之支配”<sup>[1]</sup>,诚哉是言也。至于法制方面,信如爱尔兰(Alleyne Ireland)氏所云:“1895年(光绪二十一年)以前高丽所施行之法律,皆摹仿中国者也。”<sup>[2]</sup>但高丽于中日战争后十年(即光绪三十一年,1905年),犹参酌唐明律编纂《刑法大全》,于光武九年四月颁布之,故爱尔兰氏应改言曰:“1905年以前高丽所施行之法律,皆摹仿中国者也。”如此方符于事实。又汉密尔顿(Angus Hamilton)氏亦云:“高丽法律之原则及性质与施行于中国者无甚显著之差异,中国谨严之保守主义统治高丽者为时甚久。”(The principles and character of Korean law presented no very marked deviation from that which had been upheld in China through so many centuries...)<sup>[3]</sup>考中国法律在朝鲜最早所发生之影响,如班固《汉书》有云:

殷道衰,箕子去之朝鲜(按在周武王十三年己卯,前1122

年),教其民以礼义、田蚕、织作,乐浪朝鲜民犯禁八条:相杀,以当时偿杀;相伤,以谷偿;相盗者,男没入为其家奴,女子为婢,欲自偿者人50万,虽免为民,俗犹羞之。嫁娶无所雠(颜师古曰:“雠,匹也。”),是以其民终不相盗,无门户之闭,妇人贞信不淫辟。……〔4〕

安鼎福氏《东史纲目》引李氏晬光之言曰:“《箕子》八条,只有三条,或疑并五伦为八云。”〔5〕但朝鲜弘文馆所纂辑之《增补文献备考》另有按语云:

谨按八条之见于《汉书》处只此三条而已,其余五余有不可考,或云并五伦为八条,恐未然。〔6〕

是对于李氏之说深致怀疑者也。韩致齋氏《海东绎史》别有解说云:

愚谓八条之见于《汉书》者四条:相杀,一条也;相伤,一条也;相盗,一条也;嫁娶无所雠,又一条也,故下云是以其民终不相盗,无门户之闭,妇人贞信不淫辟,范氏亦云箕子施八条之约,使人知禁,遂乃邑无淫盗,观于此则可知嫁娶无雠亦入八条中也。〔7〕

然其余四条之内容究竟如何?竟莫能明也。班固而后,范曄之《后汉书》〔8〕、陈寿之《三国志》〔9〕等均沿其说,除“八条”而外,广池千九郎博士所著《东洋法制史本论》“中国殷以前之亲等制度及朝

鲜之亲等制度”一项又谓,殷以前之亲等制度,或即由箕子之手而流传于朝鲜,或为今日朝鲜亲等制度之渊源,亦未可知云。<sup>[10]</sup>其持反对论者如近人李丙焘氏撰《关于所谓箕子八条教者》一论文,谓“从来所谓箕子之八条禁令者,其内容不过种种之牵强附会而已:或为《汉书》之‘相杀、相伤、相盗’三条,或为《尚书·洪范》中之三‘八政’,又或为三纲及五伦”<sup>[11]</sup>。夫怀疑朝鲜之箕子事实者不自李氏始,日本学者如今西龙氏之《朝鲜史概说》,即以箕子王朝鲜之事,《史记》、《汉书》之记载均甚简略,若有若无,至魏鱼豢之《魏略》,其事始稍详,然实误采乐浪韩氏之《谱系》,故以箕子为王也。<sup>[12]</sup>稻叶岩吉氏之《朝鲜史》亦谓汉武帝以前无箕子之传说者。<sup>[13]</sup>鸳渊一氏所撰《古代之满洲》复以确定箕子之封地最为困难,故其法制皆甚可疑。<sup>[14]</sup>凡此皆自文字方面立论,其有就实物方面而亦加以否认者,则如关野贞博士所撰《朝鲜文化之遗迹》即以今日平壤大同江一带所有之箕子陵、箕子宫、箕子井及箕子之井田等皆出于后人之附会。<sup>[15]</sup>故吾人以箕子《八条》之说,在未有积极之证据以前,阙疑可耳,然中国与朝鲜之关系实甚久远,溯自殷末及战国以降,内乱频仍,人民不堪流离之苦,相率隐避于朝鲜者实为数甚多,《三国志·魏书·东夷传》即有云:

陈胜等起,天下叛秦,燕、齐、赵民避地朝鲜数万口(《后汉书·东夷列传》并同)。

汉初卫满之率燕民移居半岛特其一例,迨武帝声威远播,遂于元封三年(前108年)建乐浪、玄菟、真番、临屯四郡,<sup>[16]</sup>于是当时为东方表率之中国高等文化乃倾量输入,观于近数十年日本考古学者

在朝鲜发掘之结果,乐浪文化之全面日殆宣泄泰半,<sup>[17]</sup>从可知当时朝鲜固有之文化及民族血统必蒙甚大之影响。故汉献帝建安五年之时,据日本《古事记》所载熊袭叛变,新罗暗助,神功皇后出征,新罗遂乞降,高句丽百济旋亦来朝贡,百济王子阿直岐且推荐学者王仁至日本(时在晋武帝太康六年),献《论语》、《千字文》,贵族子弟且从之游,深究中国文学历史经书,<sup>[18]</sup>可见朝鲜为当时日本输入中国文化之惟一策源地,朝河贯一博士于其名著《古代日本之制度生活》(*The Early Institutional Life of Japan*)即有言曰:

……一般皆明了日本与朝鲜之关系有甚古之历史,朝鲜使日本认识大陆文化之片面而旋即开放一与中国直接交通之路径。<sup>[19]</sup>

吾人于此亦可推知朝鲜所蒙中国文化影响实极深厚。关野贞博士《朝鲜文化之遗迹》一文关于时代之区分,其第一期即为新罗、百济、高丽鼎立之三国时代,又以三国受汉、魏、晋之影响为前期,受南北朝之影响为后期,<sup>[20]</sup>然所述多限于美术、工艺、佛法方面,三国之文字史料固非鲜少,金富轼《三国史记》有云:

海东有国家久矣!自箕子受封于周室,卫满僭号于汉初,年代绵邈,文字疏略,固莫得而详焉。至于三国鼎峙,则传世尤多:新罗五十六王 992 年,高句丽二十八王 705 年,百济三十一王 678 年,其始终可得而考焉。<sup>[21]</sup>

然《三国史记》关于法制之记载亦甚缺乏,内藤虎次郎博士云,“考

镜三韩古史,莫要于《三国史记》、《三国遗事》二书”〔22〕,按《遗事》为高丽麟角寺僧一然所撰,书成于元世祖至元间,其书内容于法制方面尤无一字道及,故其史料之价值远在《三国史记》之下。现参酌吾国及朝鲜之古籍略述三国之法制如下:

### (一) 新罗

新罗开国于汉宣帝五凤元年(前57年),历三十八王九百九十二年,至五代后唐明宗天成二年(927年)始降于高丽,《新唐书·东夷列传》有云:

新罗,弁韩种也,居汉乐浪故地,横千里,纵三千里,东距长人,东南日本,南濒海,北高丽,王居金城。……〔23〕

丁谦氏《新唐书·东夷列传地理考证》云:

新罗本名斯卢,为辰韩十二国之一,云弁韩种误。其王初为朴氏,名赫居世,历十传昔氏代之,八传金氏又代之,唐时为王即金氏裔。国地皆辰、弁二韩旧墟,云汉乐浪地又误,汉乐浪郡仅有今平安、黄海二道西面一带(原注:东皆高名骊境),未尝及新罗界也。又新罗之东,尽滨大海,并无余地以为长人立国。本传原文云:“长人者,人高三丈,锯牙钩爪,黑毛覆身,其国连山数十里,有一峡以铁为门,新罗常屯兵守之。”荒诞至此,殊不足辨……王所居即庆州府,曰“金城”者,盖夸饰之词,谓城坚如金,非其本名。……〔24〕



按丁氏之说是也。中国自古以来妄自尊大,暗于外情,此其一端。夫新罗于三国鼎立时代所蒙中国法律之影响,盖不可考矣,迨太宗武烈王暨文武王即位,唐朝灭亡百济与高句丽,<sup>[25]</sup>新罗始统一半岛,追摹中国文化,遂呈空前绝后之盛况,泷川博士所著《唐之法制》有云:“唐时首都长安有新罗留学生 260 人,可知唐之法制输入新罗殆为无可怀疑之事。”<sup>[26]</sup>今西龙博士所谓新罗盛时入唐之僧侣及留学生为数甚多,故唐风之文物输入。<sup>[27]</sup>现考之于《三国史记·新罗本纪》“法兴王”条有云:

七年春正月,颁示律令。<sup>[28]</sup>

福田芳之助氏谓,“此次颁令尚在日本《十七宪法》之前 85 年”,但较高句丽之颁令尚晚 147 年,<sup>[29]</sup>另据拙作之《年代对照表》则稍有出入。《增补文献备考·刑考》“新罗”条云:

文武王七年始置右理方府掌刑律。

但《三国史记·新罗本纪》“文武王上”则不见记载,<sup>[30]</sup>此外如云:

景德王十七年置律令博士二员。

《三国史记》与此并同。<sup>[31]</sup>《职官考》又有云:

新罗置司正府,又置内司正典,掌纠察百僚。<sup>[32]</sup>

似即当时之御名。又云：

新罗置左理方府，右理方府，掌律令，后改议方府。<sup>〔33〕</sup>

盖即当时之刑部，《三国史记》有言曰：“新罗官号因时沿革不同，其名唐夷相杂，其曰‘侍中’‘郎中’等者皆唐官名……”<sup>〔34〕</sup>是可见新罗所蒙唐之影响为甚巨大，惟当时法典条文均丧失无遗，为可惜也。<sup>〔35〕</sup>

## （二）高句丽

高句丽立国最古，《周书·王会》篇有“东夷嗛羊”语，原注云：“东夷，东北夷高句丽也。”其他所在据丁谦氏云：“……古高句丽在今奉天省城东北英额边门外浑河发源处。（原注：浑河即《地理志》及《水经注》小辽河。）”<sup>〔36〕</sup>

然本文今所论者为汉元帝建昭二年（前37年）东明圣王高朱蒙所建之新高句丽国，丁谦氏云：

……新高句丽在今朝鲜北境平安道成川郡地。<sup>〔37〕</sup>

其《高句丽国有二考》云：

高句丽国之在朝鲜，人皆知之，其地当居辽东东南，余读范（晔）氏《后汉书》乃云在辽东之东，且云南与朝鲜接，何也？况高句丽即高丽，何夫余国北又有所谓“稿离国”？种种鹘突，殊不可解，及读《朝鲜史》、《东藩纪要》、《东国通鉴》及《高丽

好大王碑》，并证以《魏志》，南、北《史》，新、旧《唐》等书始恍然于高句丽本有二国：其在辽东之东，南与朝鲜接者，为古高句丽，即《地理志》玄菟郡所治高句丽县地。前汉元帝初古高句丽王有养子朱蒙避难南奔，渡鸭绿江，至朝鲜平安道成川郡地，别建为国而仍其故号，此重立之高句丽也。二国南北相距一千余里，无可牵混。……〔38〕

按是说甚辨，此新高句丽与中国之关系，据陈寿《三国志·乌丸鲜卑东夷传》云：

……王莽初发高句丽兵以伐胡，不欲行，强逼遣之，皆亡出塞为寇盗……莽召严尤击之，尤诱期句丽侯驹至而斩之，更名高句丽为下句丽，降为侯国。光武帝八年，遣使来朝，始复称王。……〔39〕

丁谦氏云：

……《朝鲜史》载王莽伐匈奴，征其兵，琉璃王（名类利，东明王朱蒙子）不应，降于鲜卑，而侵犯汉边境，知传所云“亡出塞为寇盗”，实高句丽与鲜卑暗相勾结，而莽不知也。严尤诱斩之句丽侯驹，盖即彼国统兵之人。……〔40〕

《宋书·夷貊传》云：

……晋末义熙九年，王琏表献赭白马，除高丽王乐浪公，

高祖践阼，诏谕进爵，遂遣使贡献。……〔41〕

《南齐书·貂传》云：

……宋末高丽王乐浪公高琏为使持节散骑常侍都督营、平二州诸军事车骑将军开府仪同三司，太祖建元元年，进骠骑大将军。三年，遣使贡献，乘船泛海，使骑常通，亦使魏虏，然强盛不受制。……〔42〕

按魏收《魏书·外国传》云：

……世祖时钊曾孙琏始遣使朝贡，帝使李敖至其都平壤城，询访国事。……讫武定末，贡使无岁不至。〔43〕

由上可知三国鼎立时代之高句丽其与中国关系之密切盖自汉、魏、南北朝以降即然，《三国史记·高句丽本纪》有云：

小兽林王（一云小解朱留王）……二年夏六月，秦王苻坚遣使及浮屠顺道送佛像经文，王遣使回谢，以贡方物，立太学，教育子弟。〔44〕

可见与中国往来之频繁，而所受中国文化影响之深，关野贞博士《朝鲜文化之遗迹》所述当时之古坟墓，铜镜土器等工业艺术及长安城之建筑历历若在目前，〔45〕惟法制方面则《三国史记·高句丽本纪》谓小兽林王三年（晋孝武帝宁康元年，373年）始颁律

令，<sup>[46]</sup>然条文不传，故难详考。惟《增补文献备考》有记载云：

高句丽大武神王十一年令曰：“其十恶中，准律用刑者外，犯别罪合被重杖者并征赎。”<sup>[47]</sup>

按此事《三国史记·高句丽本纪》不见记载，<sup>[48]</sup>而大武神王十一年乃汉光武帝建武四年（28年），“十恶”之罪名至《北齐律》始有，故可知其为错误，然从上引文字亦可推知高句丽之法律必受晋以后诸律之影响也。

### （三）百济

百济起自西汉成帝鸿嘉三年（前18年），历三十王六百七十八年，至唐高宗显庆五年（660年）始亡于新罗，范晔《后汉书·东夷列传》有云：

韩有三种：一曰马韩、二曰辰韩、三曰弁辰。……弁辰在辰韩之南，亦十有二国，其南亦与倭接，凡七十八国，伯济是其一国焉。……<sup>[49]</sup>

丁谦氏云：

……伯济即百济，其国与新罗、高句丽均于西汉末先后迭兴，新罗、百济既立，三韩均为所并，中国人因远无闻，历三国、两晋，直至南北二《史》始载其事迹。范氏作此书时，想已闻有

伯济国名,故附及,不知伯济固马韩五十四国之一,而新罗亦弁辰十二国之一……〔50〕

按《宋书·夷貊传》有记载云:

……义熙十二年,封其王余映为百济王,高祖践阼,进其位号。景平二年,遣使贡献。元嘉二年以后,每岁表进方物。〔51〕

魏收《魏书·外国传》亦有云:

……延兴(魏孝文帝年号)二年,王余庆始遣使表献,且诉高句丽侵陵,诏优答之。……〔52〕

是百济于中国南北朝分立之际犹来朝贡,观其于晋武帝时即能将中国儒学传入日本,则其国中必盛行摹仿汉土文明,惜吾国史籍所传述百济之律条制度均甚形简略。惟如《后周书·异域传》所云:

百济其刑罚反叛退军及杀人者,斩。盗者,流,其赃两倍征之。妇人犯奸者没入夫家为婢。〔53〕

《旧唐书》亦有云:

其用法叛逆者死,籍没其家。杀人者以奴婢三赎罪。〔54〕

是其刑名酷似中国,处分亦差近。前书又云:

百济置朝廷佐平掌刑狱事。

今考之朝鲜记载:如《三国史记·百济本纪》及《增补文献备考》均谓“百济古尔王二十七年置朝廷佐平掌刑狱事”〔55〕;又云“二十九年下令凡官人受财及盗者三倍征赃禁锢终身”。按古尔王二十七年当中国魏元帝景元元年(260年),以百济浸染汉文化之深,则其法律必自汉魏两代脱胎而出,为无可疑惑之事也。

#### (四) 高丽王建一代

按百济、高句丽虽于唐高宗时先后灭亡,〔56〕朝鲜半岛逐渐为新罗所统一,但不久又分裂为三国,除新罗外,复有后百济及高丽二国,沿至五代之晋高祖天福元年(936年)时新罗、后百济又先后灭亡,于是高丽复统一朝鲜半岛。据《新五代史·四夷附录》及《宋史·外国传》云:

……后唐同光天成时,其主高氏累奉职贡,长兴中权知国事王建承高氏之位,遣使朝贡,立为玄菟州都督,封高丽国王,晋开运二年卒;子武袭位,卒;子昭,权国事,周广顺元年封王;宋建隆二年遣使来贡,进检校太师,封王如故,自后朝贡甚谨。国喜文学,屡求佛经文学,并使国人就学于国子监,淳化间尝赐其国进士王彬、崔罕等及第,授官遣还。又有金行成者,留仁中朝,官至殿中丞。又有康允者,登进士第,扬历中外,至京西转运使,以清白干力闻,上章多所建白,迨卒,真宗特以其子希龄为太常奉礼郎,给俸终丧。……〔57〕

由是可见宋之对高丽较前代尤能深进一层,故高丽虽名为属国,而实无异于域内,中国文物遂愈盛行,且高丽王国自王建于五代梁太祖贞明四年建国起至明太祖洪武二十五年(918年至1392年)之三十四代恭让王王瑶始为李成桂所废,盖凡经四百七十四年之岁月,不可谓不长,故关于法制史之资料较为丰富,而朝鲜法制之真面目始于此睹之,亦一快事也。

著者所根据以研究高丽一代法制之史料,除《增补文献备考》等书而外,以明治四十一年(前清光绪三十四年)日本国书刊行会所排印之《高丽史》一百三十八卷为主要之资源,此书吾国《四库全书总目·史部》“《载记类》存目”仅著录《高丽史》二卷,盖当时库馆诸臣仅得见残本二卷,惟朱彝尊藏有全部,惟此书在中国得窥全豹者实甚少耳。<sup>[58]</sup>此书为高丽世宗朝史臣郑麟趾等三十二人奉命所撰,于文宗元年告成,时为吾国明代宗景泰二年(1450年),<sup>[59]</sup>计《世家》四十六卷,《志》三十卷,《表》二卷,《列传》五十卷,王氏四百七十余年之文献赖以得征焉。现就高丽法制方面分为法典、法院编制、诉讼手续、刑法、民法等叙述于下,同时并与《唐律》之条文比较其异同。

### 【法典】

高丽王建一代之律,盖摹仿《唐律》而稍加删削者也。《增补文献备考》引洪汝河所纂《刑法志》曰:“高丽刑法所遵用者,李唐焉。”<sup>[60]</sup>郑麟趾等撰《高丽史·刑法志》亦云:

……高丽一代之制,大抵皆仿乎唐,至于刑法亦采《唐律》,参酌时宜而用之。曰《狱官令》二条、《名例》十二条、《卫禁》四条、《职制》十四条、《户婚》四条、《厩库》三条、《擅兴》



三条、《盗贼》六条、《斗讼》七条、《诈伪》二条、《杂律》二条、《捕亡》八条、《断狱》四条、总七十一条、删烦取简，行之一时，亦不可谓无据。<sup>〔61〕</sup>

按《唐律》为五百条，《高丽律》不过七十一条，仅当其五分之一而弱，实繁简大差矣。故前书记其施行后之成效云：

然其弊也，禁纲不张，缓刑数赦，奸凶之徒脱漏自恣，莫之禁制，及其季世，其弊极矣，于是有建议杂用元朝《议刑易览》、《大明律》以行者，又有兼采《至正条格言行事宜》成书以进者，此虽切于救时之弊，其如大纲之已隳，国势之已倾何？……<sup>〔62〕</sup>

高丽采用《元律》盖在辛禡三年（时为明太祖洪武十年，1377年），会“令中我决狱，一遵《至正条格》”<sup>〔63〕</sup>，迨辛禡十四年（明太祖洪武二十一年，1388年），李成桂（即朝鲜之太祖）废辛禡而立冲幼之辛昌，确立向明排元之国策，于是典法司上《疏》曰：

……前元有天下，制以《条格通制》，布律中外，尚惧其烦而未究，复以中国俚语为律，而名之曰《议刑易览》，欲令天下之为吏者，皆得而易晓也。然本朝俚语与中国不通，则尤难晓之，又无讲习者，故凡施刑者皆出妄意。……今《大明律》考之《议刑易览》，斟酌古今，尤颇详尽，况时王之制，尤当仿行。伏惟殿下，命通中国与本朝文俚者，斟酌更定，训导京外官吏，一答一杖，依律而施行之；若不按律，而妄意轻重者，以其罪罪之。……<sup>〔64〕</sup>

是高丽将亡，犹欲采用《大明律》者，时势为之也。又《郑梦周列

传》有云：

（恭让王）四年，梦周取《大明律》、《至正条格》、本朝法令，参酌删定，撰新律以进。

《恭让王传》亦有云：

四年二月甲寅，守侍中郑梦周进所撰新定律，王命知申事李詹进讲凡六日，屡叹其美，谓侍臣曰：“此律须要熟究删定，然后可行于世也。”……

此新律内容之大部分恐即与《大明律》相同，惜其不传也。

#### 【法院编制】

《高丽史·百官志》有云：“高丽太祖开国之初参用新罗泰封之制……其官员或杂方言，二年立三省六尚书九寺六卫略仿唐制。”〔65〕郑元容《文献撮录》引徐居正曰：“丽太祖开国立三省六尚书九寺六卫，略仿唐制，成宗稍加增损，忠烈忠宣王服事胡元，凡官爵之侔拟上国者悉改之，互相纷更，官爵太紊。”〔66〕徐竞《宣和奉使高丽图经》亦有云：“……官府之设大抵皆窃取朝廷美名，至其任职授官，则实不称名，徒为文具观美而已。……”〔67〕

现将高丽一代司法机关分类叙述于下：

#### 〔中央〕

《高丽史·百官志》云：

典狱署掌狱囚，国初始置“典狱置”，成宗十四年（宋太宗淳化五年，994年）改为“大理寺”，有评事。文宗复改为“典狱

署”，置令一人，秩正八品；丞二人，正九品。忠宣王罢，恭愍王十一年元顺帝至正二十二年，1362年复置令从八品、从九品。吏属文宗置史二人，记官三人。〔68〕

此为高丽仿唐制而设之最高审判机关。

前书又云：

司宪府掌论执时政，矫正风俗，纠察弹劾之任，国初称司宪台，成宗十四年改御史台，有大夫、中丞、侍御史、殿中侍御史、监察御史。显宗五年（宋真宗大中祥符七年，1014年）武臣金训等请罢御史台，置金吾台使、副使、录事，并无常员。六年罢金吾台使，复以御史台为司宪台，置大夫、中丞、杂端、侍御、司宪、监察司宪。十四年复改御史台。靖宗十一年（宋仁宗庆历五年，1045年）升权知监察御史班在阁门祇候上。文宗定判事一人、大夫一人，秩正三品；知事一人、中丞一人，从四品；杂端一人、侍御史二人，并从五品；殿中侍御史二人，正六品；监察侍御史十人，从六品（文吏各五人）。睿宗十一年（宋徽宗政和六年，1116年）诏知事杂端立本品行头。神宗五年（宋宁宗嘉泰二年，1202年）御史二人升为参秩。忠烈王元年（元世祖至元十二年，1275年）改监察司，仍改大夫为提宪，中丞为侍丞，侍丞侍御史为侍史，监察御史为监察史。……〔69〕

此为高丽仿唐制而设之总检察机关。

高丽亦有刑部，郑元容《文献撮录》卷八“丽朝刑部”条所述不及《高丽史》之详备，按《百官志》曰：

刑曹掌法律词讼详讞之政,太祖仍泰封之制,置义刑台,后改刑官,有御事侍郎、郎中、员外郎。成宗十四年,改尚书刑部。文宗定判事一人,宰臣兼之,尚书一人,秩正三品;知部事一人,他官兼之。侍郎二人,正四品;郎中二人,正五品;员外郎二人,正六品。又别置律学博士一人,从八品;助教二人,从九品。忠烈王元年改为典法司,仍改尚书为判书,侍郎为总郎,郎中为正郎,员外郎为佐郎。……

此为高丽仿唐制而设之司法行政机关。

〔地方〕

《百官志》云:

(高丽太祖)二年(五代梁贞明五年,919年)……内有省、部、台、院、寺、司、馆、局,外有牧、府、州、县,官有常守,位有定员。……〔70〕

现分述高丽一代地方之司法机关如下:

州 《百官志》云:

知州郡员吏品秩同防御镇,后只置知事判官,或只置知事诸县。文宗定令一人,七品以上,尉一人八品。睿宗三年诸小县置监务。……〔71〕

府 留守官 同书云:

西京留守官,太祖元年置平壤大都护府。……成宗十四

年置知西京留守事一人……判官二人……司录参军事二人……  
法曹一人。……

东京留守官,成宗以庆州为东京,置留守使一人。……

南京留守官,文宗以扬州为南京,置留守一人。……

团练使、都团练使、刺使、观察使,成宗为州府之职,穆宗  
罢之。……

### 都护府 同书云:

大都护府,文宗定官制,使一人……判官一人……司录兼  
掌书记一人……法曹一人。……

中都护府……(文宗)后只置使司录,或置使法曹。……

防御镇,文宗定使一人……判官一人……法曹一人。……

### 按廉使 同书云:

按廉使,专制方面以行黜陟,即国初节度使之任。……

### 廉问使 同书云:

廉问使,旧制畿县皆直肆……其刑名钱谷军情事务以至  
官吏殿最民间词讼无不纠理。……

### 巡军府 前书《刑法志》有云:

忠宣王二年传旨曰:“巡军府本为捕盗而设,民间斗殴宰杀

牛马等事皆可理之,其余土田奴婢事并勿理,以巡绰为事。”〔72〕

现将高丽一代司法机关之组织列表于下:

中央	{	典狱署(大理寺)——裁判机关
		司宪府(御史台)——检举机关
		刑曹(刑部)——司法行政机关
地方	{	州
		府
		西京、东京、南京留守官
		都护府
		按廉使
		廉问使
		巡军府

### 【诉讼手续】

前书《刑法志》有关于法院职员回避之规定,如《公式相避》云:

本族:父子孙,同生兄弟,堂兄弟,同生姊妹之夫,堂姊妹之夫(原注:台省政曹外许同官),伯父叔父,伯母叔母之夫,侄女之夫,女婿孙女婿。

外族:母之父母,母之同生兄弟,母之同生姊妹之夫,母之同生兄弟姊妹之子。

妻族:妻之祖父,妻之同生兄弟,妻之同生姊妹之夫,妻之伯父叔父,妻之伯母叔母之夫,妻之兄弟姊妹之子,侄女之夫。〔73〕

按《唐六典》卷六《刑部》门注所规定者较此稍为简略。讯问被告之规定,如《刑法一·职制》云: