臺大歷史學報第30期
2002年12月，頁145~182
2002.10.2收稿，2002.11.4通過刊登
BIBLID1012-8514(2002)30p.145-182

傳統中國法對日本刑事立法最後的影響

——以《新律綱領》與《改定律例》為中心

黃源盛*

提要

本文擬以比較法史的角度，首先回顧日本明治維新前繼受傳統中國律令體制的概況，以為探本溯源之助。進而從法繼受的觀點，檢視日本在明治維新初期有關刑律的變革，復古乎？新創乎？並以《新律綱領》及《改定律例》這兩部刑典作為主軸，從實質內涵面，考察歐西近代法律文明與古老的東方法文化之間勢力的盛衰消長。

關鍵詞：新律綱領　改定律例　中華法圈　法律繼受　明治維新　固有法　繼受法

* 國立政治大學法律學系教授。

臺灣大學學術期刊資料庫

一、序說
二、明治維新前日本刑律的形成與變革
（一）日本固有法時期
（二）繼受中國法時期
（三）固有法與繼受法融合時期
（四）中華法圈的迴光返照期
三、王政復古下《新律綱領》的實質內涵及其特質
（一）法典編纂體例與頒布方式
（二）「斷罪無正條」與「不應為條」
（三）法律與義理混同的倫常條款
（四）身分秩序差等的立法原則
（五）應報刑罰理念與體系的殘存
四、《改定律例》的傳統過渡與近代轉型
（一）脫亞入歐的法典形式體裁
（二）由傳統刑律到近代刑法的過渡
五、從法繼受觀點看明治初期刑律的傳統與蛻變
（一）維新的法創造與傳統律令法思想的頡頏
（二）大東亞法秩序下中日法繼受地位的逆轉
六、結論

一、序說

法制典章是整體文化的重要組成部分，一個國家或一個民族，常因根源於某些特定的政治、經濟、社會等背景，而形成獨特的法律規範結構，並與其他諸邦相互交流、影響，進而建構出同質性相當高的法文化圈。西

臺灣大學學術期刊資料庫

元七世紀的「東亞」法文化，是以中國的《唐律》為中心，東沿朝鮮半島以至日本列島，南垂中南半島之地域，幾乎均受隋唐法律文化的被及，而造就出世所公認的「中華法圈」，在「東亞」前近代各國的法律制度中，具有領袖群倫的母法地位。

自古以來，法律為治國的重器，也是安民的要具；在專制皇朝時代，刑律尤為「法中之法」，其以規範國家刑罰權的行使為重心，而表現出統治者帥理萬民的意志。如果從比較法史的觀點，對於本土與外地的刑制典章、法律文化等，加以分析研究，最足以用來探索在各個不同的社群關係下，釐清其「法律共同原則」的發展軌跡，更可以尋根究底，明瞭其承轉損益；藉以觀察古與今，中與外法律文化的「理想」與「現實」。

日本法學者穗積陳重（1855~1926）曾說：「日本法律屬於中華法系者，長達一千六百年。雖自大化改革以後，經歷極巨大的變化，而日本法制的基礎，仍屬於中國道德哲學與崇拜祖宗的習慣封建制度。」[1]精稔中國法制歷史的仁井田陞（1904~1966）也說：「耶陵謂羅馬曾三次征服世界，而中國與古代之亞細亞，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。」[2]這兩段話頗堪玩味，揆諸法制史實，也是信而有徵的。

降及明治初年，主政者雖銳意維新，而在法制方面，由於受傳統中國法文化的影響既深且廣，刑事立法的走向，究應創新乎？復古乎？乃陷於兩難的抉擇，當時的維新政府也曾徘徊躊躇，幾度搖擺折衷於中西之間。

明治元年（1868）四月，設置刑法官，編成《假刑律》（即暫行刑律），這仍然屬於中華法系的產物。至明治三年（1870）十月，廢止《假刑律》，並於同年十二月公布《新律綱領》，明治六年（1873）又頒布

1 穗積陳重，*The New Japanese Civil Code, as material for the Study of Comparative Jurisprudence*（Tokyo: Maruzen，1912），chap.VI，36。

2 德國法學家耶陵（Rudolf Von Ihering, 1818~1892）曾說：「羅馬曾三次征服世界，統一民族，第一次以武力統一羅馬帝國，第二次以教會勢力統一中古時代歐洲各國，第三次以法律精神統一一千餘年後之世界各國。」參閱仁井田陞，《唐令拾遺·序言》（日本：東京大學出版會，1964 年 9 月復刊），1。

臺灣大學學術期刊資料庫

《改定律例》與之併行。論者有謂：「此（後）二部法典者，曾代表日本法律史之過渡者也。前者為中華法系最後之終結，次者為加入歐陸法系之開端。日本法律自是時，始由中華法系急轉而加入歐陸法系。」[3]這段轉折與開展新局的蛻變過程，所代表的歷史與時代意義究竟何在？

查閱相關文獻，有關大化革新以來，隋唐律令如何影響日本法制，研究者多；至於明治維新初期，《新律綱領》與《改定律例》這兩部過渡性法典，如何復古？如何轉型過渡？如何由中華法圈一躍而入於歐陸法系？中文論著，除楊鴻烈先生在其大作《中國法律在東亞諸國之影響》有詳盡之論述外，[4]餘者並未之能見。遺憾的是，楊氏所述，較偏於史料的整理，略嫌繁蕪，而未得其精要；本文擬從另一角度的觀察，著重於法史學上意義的探討：首先述及明治維新前日本律令的形成與變革；次論王政復古下《新律綱領》的實質內涵及其特質，並明其立法原則與思想根源；再進而論及《改定律例》的傳統過渡與近代轉型；最後，則從法繼受的觀點，提出歷史與時代意義的總結評價。

二、明治維新前日本刑律的形成與變革

日本的原始刑律到底起源於何時，已難於考證。依目前既有史料看來，似可將其沿革系統簡單地區分為四個時期。由創國之初到天智九年（670）間，是為日本固有法時代。從天智十年以迄明治元年（671~1868）的一千餘年間，是為繼受中華法系以及固有法與繼受法的融合期。明治維新政權初期的十餘年間（1868~1881），是為王政復古下的過渡轉型期。而從明治十五年（1882）以降，則驟轉直入為繼受歐陸近代法的時代。[5]茲分述其要如後：

---

3 詳參同註1，穗積陳重著，前揭書，17。另參小林好信，〈明治維新と刑法の撰定—新律綱領並に改定律例を中心として〉、〈新律綱領並に改定律例の歷史的使命〉，分別載於《法學論叢》（日本：京都帝大法學會），第48卷第5號及第50卷第5、6號。

4 詳參楊鴻烈，《中國法律在東亞諸國之影響》（臺北：臺灣商務，1971），312~451。

5 參閱岡田朝太郎，《刑法總論》（日本，大正五年度講義錄，出版年月不詳）。此外，

臺灣大學學術期刊資料庫

（一）日本固有法時期

從法文化的進程觀察，在古代，人們的生活受到神意信仰的強烈支配，一旦發生違反宗教戒規的自然現象和人的行為，就會被認為是玷污了規範，必須舉行祭神儀式來洗刷「污垢」，黃遵憲的《日本國志．刑法志》上說：

> 日本古無刑法，上古有罪，去爪髮，誦禊詞而已。神武已平東國，使天種子命祓除人民所犯罪，害稼穡污齋殿，謂之天罪；姦淫蠱毒謂之國罪，皆從其輕重，徵贖物，使請神祇而解除之。至應神時，有探湯聽訟之法，雄略時，有焚殺黥面之刑。而武烈帝用刑峻酷，遂至刳孕婦之胎，射殺人之樹，自古刑無專官，用刑則令物部司其事，亦無律法。[6]

這或許就是日本刑法的原始形態。事實上，由國初到神后征韓年間（200），日本的刑事制度即帶有濃厚的宗教色彩。[7]及至神后征韓至天智十年間，由於與中國及朝鮮的交通往來較為頻繁，而中國的儒家文化與佛教文物的交流也交錯而至，此時，才奠下繼受隋唐律令體制的良好因緣。

（二）繼受中國法時期

傳統中國法律對日本的影響，遠的來說，可以數到日本推古天皇（592~628）。推古因為是女皇，遂以聖德太子攝政，聖德（593~621）

島田正郎將大化革新（646）以前，稱為「氏族法時代」；其後至平安時代稱為「律令法時代」（646~1185），武家政治時代屬於「武家法時代」（1185~1868），明治維新以後則屬於「歐美法繼受時代」（1868~）。參閱島田正郎，《東洋法史》（東京：東京教學社，1976 三版），172~187。

6 詳參黃遵憲，《日本國志．刑法志》，收入沈雲龍主編，《近代中國史料叢刊續編》（臺北：文海，1981），第 10 輯，683 以下。

7 例如天津罪：止波、畔放、溝埋、樋放、頻蒔、串剌、生剝、逆剝、屎戶、許許太久乃罪乎？……國津罪：止波、生乃膚斷、死乃膚斷、白人、胡久美、己母犯留罪、己子犯留罪、母與子與犯罪、子與母與犯罪、畜生犯罪、昆蟲乃災、高津神乃災、高津鳥乃禍、畜生仆志、蠱物為罪，許許太久乃罪ヲ謂フ。

臺灣大學學術期刊資料庫

欽慕中國文物制度，想利用中國的統治經驗來克服日本傳統的身分氏姓社會，試圖建立以天皇為中心的大一統國家，奠定君、臣、民的階級關係。乃於推古十一年（隋文帝仁壽三年，603），仿隋代官位九品，制定授予官僚貴族的「冠位十二階」，以德、仁、禮、信、義、智六階，分大小而成冠位十二階，廢止世襲氏族制度。並於翌年（604）頒布以「漢文」文體寫成的《憲法十七條》，由「以和為貴」開始，聲稱要「篤敬三寶」，而強調以皇室為中心的思想，規定群卿百僚「以禮為本」、「承詔必慎」、「早朝晏退」、「賞罰必當」等行政制度。藉以提高皇帝權威，且均於同年施行，此舉實開後來大化革新（644）的端倪。[8]正因為如此，儒家倫理也正式以政治義理的形式出現。可以說：日本法律導源於推古皇太子所作的《憲法十七條》，而《憲法十七條》或源出於中國西魏的《六條詔書》。[9]不過，觀其內容，大部份仍屬儒家等思想的道德意識，而以官吏法與禮儀法為主，皆勸戒飭令之語，尚難謂為正式的法律。[10]

大化二年（646）正月，日本皇室舉行新春賀禮之後，以孝德天皇、中大兄皇子為首的大和國新政權，當著王公及文武百官之面，發布改新詔書，提出革新綱領，從而為大和國的政治法制掀開了新頁，此即所謂的「大化革新」。從法律發展的角度來看，島國日本從此開啟了繼受外來法律文化，並使之與本土法律文化相融合的歷史航程。

大化革新之後，日本法律制度進入新的發展階段，在確立以天皇為

8 參閱鄭學稼，《日本史》（臺北：黎明，1977），第一冊。其中第五章，錄有推古皇太子所作的〈憲法十七條〉，並列有冠位制；自推古十一年至《大寶令》的制定改為位階止，附有變更的對照表。《大寶令》所定的位階，施行至明治維新止。另參中埜喜雄，《日本立法史》（日本：嵯峨野書院，1983），151~152。

9 詳參小野清一郎，〈憲法十七條の法理的思想內實〉，《法學協會雜誌》第 58 卷 5 號（1940，東京）。有關《憲法十七條》的淵源問題，學界說法不一，除西魏說外，尚有南朝說，或兩者皆有之說等，本文姑且暫用舊說，嗣後再加考證。

10 德川光國，《大日本史．刑法志》：「太子肇作憲法十七條，……然皆勸戒飭令之語，而未及立用刑之名例也」；黃遵憲，《日本國志．刑法志》中說：「及推古時，上宮太子攝政，始作憲法十七條，後世以為造律之祖，然法中僅為禁飭語，尚非刑名律也。」詳參同上註6，前揭書，683以下。

臺灣大學學術期刊資料庫

中心的中央集權國家制的同時，仿效中國唐制，始設刑部省，省中分二司，一為贓贖司，一為囚獄司；又當時遣唐學生，頗有習律者，歸以教人，乃依效唐制，以律、令為主要法律形式。據日本法史學者岡野誠說：「古代日本的法典編纂是在隋、唐法典的絕對影響下進行的。」台灣歷史學者高明士亦曾詳細論證過。[11]如果說，從大化革新以迄鎌倉開府大約四百年間，是繼受中國法的時期，基本上是可信的，例如：（一）《近江令》是天智七年（668）據唐朝武德、貞觀、永徽三朝的「令」文制訂的成文法令，全文二十二卷，也是唐朝法制對日本第一次直接發生影響和作用的結果；其篇目，基本上與唐《貞觀令》相同。（二）《天武律令》是天武十一年（681）據唐朝武德、貞觀、永徽三朝的「律令」文制訂而成的。（三）《大寶律令》是文武大寶元年（701）依《唐律》為藍本，制訂的一部劃時代的法典。其篇目、內容、罪名、刑罰種類，多與唐《永徽律令》相同。（四）《養老律令》是元正養老二年（718）以唐《永徽律令》和《永徽律疏》為藍本，共五百條，十二篇，是針對《大寶律令》「更撰」的一部法典，此時期，史稱「律令法時代」。

上述律令當中，至今惟《養老令》仍大致保留，其餘則散逸。不過，可從仁明承和元年（834）所施行的《令集解》中有關《大寶律令》的註解書《古記》（約738年成書）來略推《大寶律令》的片斷內容。一般來說，《大寶律令》是一部諸法合體，以刑為主的法典，進一步肯定大化革新的成果，也成為日本繼受中國法律文化的典範。此外，日本不僅繼受了唐朝的律令體例，也繼受了格和式，著名的《武德式》和《貞觀格》在日本也均出現過翻本。

---

11 參閱岡野誠，〈日本における唐律研究〉，《法律論叢》第54卷第4期（1982，東京）。而有關中國律令與日本律令之間的關係，詳參高明士，〈中國律令與日本律令〉，《臺大歷史學報》第21期（1997，台北）。至於有關《近江令》及《天武律令》的存在問題及其詳細內容，仍多爭議。本文重點不在此，故不擬多論。詳請參閱瀧川政次郎，《律令の研究》（東京：刀江書院，1966年10月復刻版），41~120。另外，可參閱利光三津夫，《日本法制史1・古代》（東京：慶應通信會社，1986），30~43。

臺灣大學學術期刊資料庫

（三）固有法與繼受法融合時期

從鎌倉幕府開府到明治維新初年（1203~1868）的數百年間，王政衰微，是將軍掌權的幕府專政時代。中央司法大權旁落，日本所施行者，乃幕府所制定的特別法，產生武家法典，它與律令制有所不同，主要是由判例及習慣法構成，公開確認上下級不平等的隸屬關係，如《貞永式目》、《弘安式目》及《康武式目》等是。在此期間，以前從中國繼受的律令，雖陷於冷落，但諸藩中，仍有模仿《明律》而編成的律，如《紀州藩國律》、《熊本藩御刑法草書》、《弘前藩御刑法牒》及《德川氏刑法》，皆其顯例。可以說，這段期間，是日本繼受中國律令體制與重新復活的日本固有法融合的時代。[12]

其中，尤以鎌倉幕府後期（1232）所制定的《御成敗式目》（即《貞永式目》），共五十一條，其立法精神和理論基礎仍屬中國模式的，屬於律令的格式形式。此一式目，主要是以封建道德來規範武家的社會生活，具有公法與私法不分、民刑規範合體的特徵，其中關於守護、地頭等御家人的身分、職務、權限、領地的繼承和轉讓以及行政、刑事訴訟等規定均混合為一體。而德川幕府時期（1742）的著名法典《公事方御定書》，可說是江戶幕府最重要的立法事業，分上下兩卷，上卷為一般法令及判例彙編；下卷為刑事法規，包括刑法與刑事訴訟法。原典為八十一條，後增編為一百零三條，故俗稱為《御定書百條》。該法典在立法體例方面，顯然是間接由中國的《清律》而繼受了《明律》，與《明律》極為相似。

此外，一六一五年以及稍後的《武家諸法度》，其中包括三種法律：約束諸侯和武士的《武家法度》、約束天子和朝臣的《公家法度》，另有約束五山十剎和各寺院僧侶的《僧家法度》等，類似於當今的行政法

12 這段施行幕府法的期間，瀧川政次郎又將之分為三個時期：（一）式目時代（1203~1466），以《御成敗式目》為主。（二）分國法時代（1467~1615），如伊達氏的《塵芥集》、大內家的《壁書》、武田信玄的《甲州法度之次第》、長曾我部元親的《百箇條》等，凡此皆以《御成敗式目》為藍本加以修改而成的。（三）幕藩法時代（1615~1867），以江戶幕府的《武家諸法度》以及《公事方御定書》等為主要。詳參瀧川政次郎，《日本法制史》（東京：有斐閣，1933），46~52。

臺灣大學學術期刊資訊網

規，在基本思想和內容上也明顯受到儒家經典的影響。

如果說，這個時期的日本律令仍屬中華法系的產物，也有事實根據在。

（四）中華法圈的迴光返照期

江戶幕府傳至第十五代將軍德川慶喜，已成強弩之末，隨著西方資本主義的興起，不斷向東亞地區擴展，以農業社會為基礎的封建身分制度，以及以此為基石的德川政權搖搖欲墜。外有來自荷蘭、英國、美國、法國等列強勢力的威迫通商，內有薩土強藩抗不奉命，迫不得已，乃於慶應三年（1867）向朝廷示意奉還大政。於是，日本國運發生一大轉機，明治時代開啟新頁，而法律制度亦有空前的變革。

明治元年十一月二十五日，維新政府命水本成美，調查《明律》，尋於十一月三十日，由行政官佈告曰：

> 王政復古，百事皆須改正，而刑律尤為兆民死生之所繫，理應速加釐正。然今春以來，兵馬倥傯，國事多端，無暇兼顧及此，因此，當新刑律未發布以前，姑用舊刑律。[13]

同年閏四月間，即設置刑法官，以《大寶律令》、《養老律令》為基礎，參酌《德川百箇條》、《肥後（熊本）藩法》及《明律》、《清律》等編成《假刑律》。觀其主要內容，分成〈名例〉、〈賊盜〉、〈鬥毆〉、〈人命〉、〈訴訟〉、〈捕亡〉、〈犯姦〉、〈受贓〉、〈詐偽〉、〈斷獄〉、〈婚姻〉、〈雜犯〉；在刑罰方面，分成笞刑、徒刑、流刑、死刑四種，而死刑有絞、斬、刎、梟、磔、焚等；此外，亦留有「不應為罪」，對於武士、僧尼具特殊身份者，設有「閏刑」；可以說，仍是一片古色蒼然。[14]

明治二年（1869）九月，日皇詔集議院，有曰：

---

13 參閱《太政官日誌》，明治紀元戊辰冬十月，第一百三十，9~10；另參閱內閣官報局編，《法令全書》（東京：1868），342。

14 詳參手塚豐，〈假刑律の考察〉，《明治刑法史の研究》（東京：慶應通信，1983），上冊。

臺灣大學學術期刊資料庫

> 我大八洲之國體創立於邃古，自神武以降，凡二千年，行寬恕之法，獎忠厚之俗；大寶時折衷於唐令以定法律，且較為寬大。……乃自保元以降，乾坤解紐，武士專權，為政惟行苛法，刀鋸之下，寬恕忠厚之風遂掃地以盡。今大政更始，宜稽古以明今，政治惟求寬恕，凡俗亟宜復返忠厚。……頃者刑部撰定新律，宜體茲旨，除八虐、故殺、強盜、放火等罪而外，皆從寬處流以下之刑，刑期無刑，其妥善商議奏聞。[15]

從歷史面看，隨著統治權由德川奉還大政於明治天皇，幕府統治機構解體；這是一場使日本全國上下成為一體，外以對抗列強勢力，內以修建近代國家體制的千載因緣；是危機，也是轉機，當時執政當局的急迫任務，是思索如何建立類似西方先進國家的典章制度。但是，傳統沈重的歷史意識型態包袱，以及各種經濟、社會、文化的深層結構面，在在陷剛誕生的維新政權面臨兩難的抉擇。

就當時的法制面說，長遠以來，刑律是維持國家權力秩序最有效而必要的手段。德川幕藩體制崩解之後，明治維新政府首要面對的課題，是如何研擬一部切合時用的刑法典。問題是，對外法律近代化的願景與對內集權統治欲望的深刻矛盾，如何化解？在兩方勢力的拉鋸戰下，終由於強調王政復古的聲勢高漲，因而受《明律》、《清律》影響較深的《假刑律》、《新律綱領》及《改定律例》等法典，就是如此背景下的產物。

不過，這個時期匆匆而過，是中華法圈的夕陽殘照期。

---

15 參閱近藤圭造編，《增補皇朝律例彙纂》（日本，明治10年12月版，全一冊），卷1；高橋治俊、小谷二郎共編，松尾浩也增補解題，《增補刑法沿革綜覽・緒言》，收入《日本立法資料全集》（東京：信山社，1990年3月，增補復刻版），別卷2。並參閱平野義太郎，〈明治刑法發達史——明治維新より現行刑法の成立にいたるまで〉，收於明治史料研究連絡會編，《明治權力の法的構造》（東京：御茶の水書房，1959），118~119。

臺灣大學學術期刊論文收錄

三、王政復古下《新律綱領》的實質內涵及其特質

明治二年三月，《新律綱領》為刑部省所設的「新律編修局」，在水本成美、津田真道、長野文炳、鶴田皓及村田虎之助等人編纂下定稿。[16]明治三年二月，再完成修正草案，起先稱為《新律提綱》；同年十二月，改稱為《新律綱領》，分別向全國的府、縣、藩頒布。由於當時交通尚未發達，要到達各地機關自需相當時日；也由於維新政權本身的統治力仍然薄弱，並未因頒布而即時施行於全國，直到四年七月，廢藩置縣之時，大體上，全國的府縣才一體適用。

這部《新律綱領》，其立法原則與思想根源來自何處？實質內容及特徵為何？與傳統中國舊律又有何關聯？底下分別從幾個重要面向加以解析。

（一）法典編纂體例與頒布方式

1. 立法體裁

《新律綱領》的體裁編纂，沿襲傳統中國《明律》、《清律》的立法方式，於首卷置「七贓圖」、「贖罪收贖例圖」、「過失殺傷收贖圖」、「徒限內老疾收贖圖」、「誣輕為重收贖圖」、「故失故入圖」、「獄具圖」、「五等親圖」等八個圖表。從刑律系統的沿革看，律本文之前附圖之設，應屬中國的《明律》以後之事。以《明律》言，附有「六贓圖」、「例分八字之義」、「納贖例圖」、「在外納贖諸例圖」、「取贖鈔圖」、「五刑之圖」、「獄具之圖」、「喪服總圖」、「本宗九族五服正服之圖」、「妻為夫族服圖」、「妾為家長族幅之圖」、「出嫁女為本宗降服之圖」、「外親服圖」、「妻親服圖」、「三父八母服圖」等。以《清律》來說，設有「六贓圖」、「納贖諸例圖」、「過失殺傷收贖圖」、「徒限內老疾收贖圖」、「誣輕為重收贖圖」、「五刑圖」、

16 有關《新律綱領》的編纂經過及其相關問題，詳參同上註14，手塚豐，前揭書，31~74；另參藤田弘道，《新律綱領·改定律例編纂史》（東京：慶應義塾大學出版會，2001），3~160。

臺灣大學學術資料庫

「獄具圖」、「喪服圖」（喪服總圖、本宗九族五服正服之圖、妻為夫族服圖、妾為家長族服之圖、出嫁女為本宗降服之圖、外親服圖、妻親服圖、三父八母服圖）等。相較之下，《新律綱領》所附的八個圖表，較類近於《清律》。

《新律綱領》全六卷，卷一、卷二為〈名例律〉（40條），卷三為〈職制律〉（15條）、〈戶婚律〉（11條）、〈賊盜律〉（22條）、〈人命律上〉（10條），卷四為〈人命律下〉（16條）、〈鬥毆律〉（14條）、〈罵詈律〉（5條）、〈訴訟律〉（8條）、〈受贓律〉（10條），卷五為〈詐偽律〉（9條）、〈犯姦律〉（5條）、〈雜犯律〉（10條）、〈捕亡律〉（6條）、〈斷獄律〉（11條），以上所含十四律，通計一百九十二條；其法典文體，混用「假名」而翻譯《明律》、《清律》，是為「漢文體」。

本文為了與日本中世紀的《大寶律》、明治元年的《假刑律》、明治六年的《改定律例》，[17]也為了與中國的《唐律》、《明律》、《清律》篇目作對比，先列表如下：

〔附表一〕日中各律法典篇目之比較表

日本				中國		
大寶律	假刑律	新律綱領	改定律例	唐律	明律	清律
名例	名例	名例律	名例律	名例	名例律	與
衛禁	賊盜				（吏律）職制	明
職制	鬥毆	職制律	職制律	衛禁	公式	律
戶婚	人命	戶婚律	戶婚律	職制	（戶律）戶役	同
廄庫	訴訟			戶婚	田宅	，
擅興	捕亡			廄庫	婚姻	至
賊盜	犯姦	賊盜律	賊盜律	擅興	倉庫	光
鬥訟	受贓	人命律	人命律	賊盜	課程	緒
詐偽	詐偽	鬥毆律	鬥毆律	鬥訟	錢債	季

17 表列參考同上註15，高橋治俊、小谷二郎共編，松尾浩也增補解題前揭書，編列而成。

臺灣大學學術期刊資料庫

雜 捕亡 斷獄	斷獄 婚姻 雜犯	罵詈律 訴訟律 受贓律 詐偽律 犯姦律 雜犯律 捕亡律 斷獄律	罵詈律 訴訟律 受贓律 詐偽律 犯姦律 雜犯律 捕亡律 斷獄律	詐偽 雜 捕亡 斷獄	市廛 （禮律） 祭祀 儀制 （兵律） 宮衛 軍政 關津 廄牧 郵驛 （刑律）賊盜 人命 鬥毆 罵詈 訴訟 受贓 詐偽 犯姦 雜犯 捕亡 斷獄 （工律） 營造 河防	葉，刪其六律之名而已。

從上述表列看，《新律綱領》的篇目，顯然是濃縮自《明律》、《清律》的篇目而來，尤其是與《明律》、《清律》的〈刑律〉諸門，幾乎完全雷同。若與之前的日本《假刑律》對比，《新律綱領》增加了〈職制〉與〈罵詈〉二律；而不論中華法系的唐、明、清律，或日本諸律，率採民刑混同的法典編纂體例。不過，值得關注的是，日本自《假刑律》、《新律綱領》二法典以降，關於民事規範的規定，明顯趨於減少，論者謂：「此或因自中古武家時代以來，日本之家族制度漸漸與中國歧異之

臺灣大學學術期刊論文

故歟？」[18]

細察之下，《新律綱領》中與民事有關之規範部分仍存有如下幾條：

（1）《新律綱領》卷三〈戶婚律〉云：

凡嫡長子孫無亡沒疾病等事，立庶子者，杖七十，仍改立嫡子。

（2）《新律綱領》卷五〈雜犯律〉云：

凡得遺失物，必送官；官物全入官，私物一半給其主，一半給得物人。若於官私地內掘得埋藏物者，並送官。

（3）《新律綱領》卷三〈戶婚律〉云：

其所典田宅園林等年限已滿，本主備價取贖，若典買主託事故不肯（放贖）者，笞三十；於限外遞年所得花利，追徵給本主，依原價取贖。其年限雖滿，本主無力取贖者，不拘此律。

2. 頒布方式

穗積陳重曾將法律知識的進化分為四個時期：第一期，為絕對不知法的知識之潛勢法時代；第二期，為禁止民眾知法之秘密法時代；第三期，為對於國家機關命其知法，對於民眾許其知法之頒布法時代；第四期，為民眾要求知法之公布法時代。[19]

在德川幕府明和四年（1767）所編纂的《科條類典》奧書中曰：

右之趣達上聞集之候，奉行中之外不可有他見，尤雖一條拔書等永禁之者也。

明和四丁亥年五月　　松平右近將監武元

上列所載，除執行外，不許為他人所見，雖竊抄一條之文，亦必嚴禁，其恪守秘密之狀，可以想見。文久二年（1862）所編纂的《赦律》，其奧書亦曰：

右赦律各條，乃嘉永四年辛亥五月，阿部伊勢守所擬，凡評議時，可以此為參考，但除執行之外，不許為他人所見。

文久二壬戌年三月　松平伊豆守　石谷因幡守　酒井但馬守

18 參閱同上註4，楊鴻烈，前揭書，403。

臺灣大學學術期刊資料庫

由此可知，幕府時代的刑典是採秘密主義為原則的。至於明治三年所制定的《新律綱領》，頒布之上諭如下：

> 朕敕刑部，改撰律書，乃以《新律綱領》六卷奏進，朕與在廷諸臣議，宜令頒布，內外有司，其遵守之。[20]

由上述看來，有「內外有司，其遵守之」的字樣；可見，該法典並非公布於臣民而命其遵守，乃訓示處罰人民犯罪之準則於官吏。其與德川幕府的刑律不同者，即不對公眾守秘密，新政府又不視為秘密法，復仿《明律》、《清律》之例，由司法部作為官版公刊之屬。此種作法，顯然係介於秘密法與公布法之間的刊布公示法，其本質雖非直接公示法禁於人民，使其不犯；然另一方面，仍欲使人民了解法禁，期其不罹法網，可以說，是一種屬於頒布法的方式。[21]事實上，《新律綱領》頒行之時，且以之分贈各外國公使，並許民間發賣，較諸以前幕府時代《德川百箇條》之藏於祕府，堅守「民可使由之，不可使知之」的作法，已有相當進步。

此外，《新律綱領》卷二〈名例律〉下「斷罪依新頒律條」：「凡律自頒降日為始。若犯在已前者，並依新律擬斷，不得援引舊律。」此項立法例明顯源自《明律》、《清律》，係採所謂「從新主義」的立法原則，明白承認刑法溯及既往的效力。

（二）「斷罪無正條」與「不應為條」

1. 斷罪無正條

近代罪刑法定主義從其淵源上看，旨在確定並發揮三權分立的相互制衡，藉以保障民權乃至人權。而中國與日本在前近代以前，行政、立法及司法三權均統於一尊，體制上無所謂權力分立，法制上自亦無所謂「罪刑法定」可言。且所謂「法定」，係指經立法機關通過的法律，而

19 參閱穗積陳重，《法律進化論》（東京：岩波書店，1927），第2冊，69以下。

20 參閱同上註6，黃遵憲，《日本國志．刑法志》，685。

21 參閱同上註19，穗積陳重，前揭書，130~132。

臺灣大學學術期刊資料庫

犯罪的成立及其刑罰，須根據成文法律，不得根據習慣，原則上亦不得類推適用，在中日兩國舊律上，如此嚴格意義的罪刑法定，未曾存在。[22]

《新律綱領》卷二，〈名例律〉下，「斷罪無正條」條載：

> 凡律令該載不盡事理，若斷罪而無正條者，援引比附他律，可加可減，定擬罪名，申該上司，議定奏聞。若輒斷罪，致有出入者，以故失論。

此種容許類推適用的立法原理，也是沿襲中國舊律而來，如與《明律》「斷罪無正條」：

> 凡律令該載不盡事理，若斷罪而無正條者，引律比附。應加應減，定擬罪名，轉達刑部，議定奏聞。若輒斷決，致罪有出入者，以故失論。

又與《大清律例》「斷罪無正條」：

> 凡律令該載不盡事理，若斷罪無正條者，援引他律比附，應加應減，定擬罪名，申該上司，議定奏聞。若輒斷決，致罪有出入，以故失論。

三相比照之下，《新律綱領》中的（援）引比附（他）律，以及「申告上司」等文字，幾乎與《大清律例》中所附之小註相同，可以說，本條係直接源出於《大清律例》而來，而與《明律》中文字則稍有差異。

2. 不應為條

中國舊律除了在律條中，有時逕以單純違背道德的行為為犯罪，表現很顯著的道義性立法外；且又從禮經或禮教規則，應用解釋以補充法律的不足；更進一步地，唯恐防範不週，對於律無正文而道德上不應為者，設有概括的保障規定，以杜遺漏而維風教，此即歷朝以來〈雜律〉「不應為而為條」之所由設。

以《唐律》言，〈雜律〉「不應為而為條」規定：「諸不應得為而為之者，笞四十（謂律令無條，理不可為者）。事理重者，杖八十。」

---

22 詳參黃源盛，〈傳統中國「罪刑法定」的歷史發展〉，《中國傳統法制與思想》（台北：五南，1998），423~450。

臺灣大學學術期刊資料庫

《疏議》如是說：「雜犯輕罪，觸類弘多，金科玉條，包羅難盡。其有在律在令，無有正條，若不輕重相明，無文可以比附。臨時處斷，量情為罪，庶補遺闕，故立此條。」蓋律令既無明文，又不能運用「入罪舉輕以明重」，且毫無「比附」之餘地時，最後乃以此條罰之。問題是，「應為」與「不應為」的界線在那裡？依律疏所示，仍係以禮教規則為認定的標準。可見，「不應為而為條」係為以德禮坊民之意，以戒僥倖之徒而設。如此一來，所有禮教規則已因此條的概括規定，列為法律的內容，似可稱之為「禮教大防線」。

時至《明律》〈雜犯〉「不應為條」亦規定：「凡不應得為而為之者，笞四十；事理重者，杖八十。」《大清律例》〈雜犯〉也作同樣規定，惟於律文下，加小註云：「律無罪名，所犯事有輕重，各量情而坐之。」《清律輯註》對此條解釋尤為詳明：「凡人所犯之事，在律、例皆無可坐之條，而揆諸情理，又不可為，謂之不應得為。不應得為而為之者，笞四十，蓋事理之輕者也。故事理重者，則杖八十。世之事變百出，人之情態無窮，律、例不能賅載，故著此不應得為之一條，以補其未備。」

而觀乎日本的《新律綱領》，在〈雜犯律〉亦有類同的規定：

> 凡律令雖無正條，於情理不應得為而為者，笞三十。事理重者，杖七十。

其刑度雖較《明律》、《清律》均減一等，惟仍明曰可依「情理」以斷罪，此類「不應為條」，從其犯罪構成要件之明確性言，極為缺乏，自難說其有所謂「罪刑法定」的意涵。

（三）法律與義理混同的倫常條款

日本舊律深受傳統中國法文化中法律與倫常道德糾葛的影響，為維持禮教的權威性，並為了尊重宗法人倫，對於破壞綱常名教的行為，認為難以原宥，所加之刑罰也較重。但如其行為與禮教無關者，往往又從輕認定，避免處以重刑。可以說，禮教不但為立法的準繩，也是科刑的依據。《新律綱領》的罪名與禮教的規範，其形影相隨處也頗有可觀，

臺灣大學學術期刊資料庫

此或可稱之為「倫常立法」。茲列舉顯著者諸項：

1. 親屬相為容隱條

談到倫常立法，值得提出的，是有關親屬有罪相容隱的規定。理論上，人民有違法行為，自國家與法律立場言，原應鼓勵其他民眾告發，但如此做法，有時未必與倫理觀念相符。中國舊律既深受儒家思想的影響，政治上又標榜以孝治天下，寧可為孝而屈法，所以歷代法律都承認「親屬相容隱」的原則，而且唐以後都明定於律文之中，得相容隱的親屬皆不得令其作證，違者官吏還要治罪。[23]此等原則也適用於主人與部曲、奴婢、雇工人等關係上，如部曲、奴婢、雇工人告主人，要按卑幼告尊長的規定受到處罰。《唐律》和《宋刑統》的〈鬥訟律〉都規定，凡部曲、奴婢告主人，都要按子孫告父祖一樣處罰，即處絞刑。《明律》和《大清律例》的〈名例律〉也規定，凡奴婢告主人的按子孫告父祖一樣處罰，雇工人告主人的減輕一等。

《新律綱領》卷二，「親屬相為容隱條」仿明、清立法之例，規定：

> 凡同居親屬，若別居三等以上親屬及外祖父母、外孫、妻之父母、女婿，若孫之婦，夫之兄弟及兄弟之妻，並犯罪相容隱。奴婢、雇人為家長容隱者，皆勿論。
>
> 若偵知官司追捕，而漏泄其事或通報消息，致令罪人隱避者，亦不坐罪。其別居四等以下親屬相容隱及漏泄者，各減凡人三等。

上述規定，與犯罪行為人在一定範圍內有親屬關係者，若洩漏搜索機關的消息，妨害發現、逮捕而幫助其逃走者，均有相關免責的規定。

事實上，「親屬相為容隱」的規定，是儒家「親親」思想的直接反映，其目的是為了維護倫理綱常；但是，當「親親」與「尊尊」相衝突

23 例如《唐律．斷獄律》「據眾証定罪條」規定：「諸應議、請、減，若年七十以上、十五以下及廢疾者，並不合拷訊，皆據眾証定罪，違者以故失論。若証不足，告者不反坐。其於律得相容隱，即年八十以上、十歲以下及篤疾，皆不得令其為証，違者減罪人

臺灣大學學術期刊資料庫

時，法律往往棄前者而保後者，即規定某些直接危害國家政權的犯罪類型並不適用親屬相容隱原則。《唐律》的〈名例〉和〈鬥訟〉兩律明確指出，謀反、謀大逆、謀叛及一些其它有緣坐的罪都不適用「親屬相容隱」的規定。《明律》、《大清律例》的〈名例律〉和〈刑律〉兩律也指出，謀反、謀大逆、謀叛和窩藏姦細等罪不適用親屬相容隱。而細察日本的《新律綱領》，有關「親屬相為容隱條」，其條文基本構造，雖大致上與《明律》、《清律》同；不過竟欠缺此一例外規定，其立法用意值得注意。[24]

2. 犯罪存留養親條

在禮教立法觀念濃厚的東亞法文化圈中，有所謂的「侍親緩其刑之執行」之法，亦即有祖父母、父母老疾而應侍養者，苟非常赦所不原，犯流及死罪，得例外緩期執行。

《唐律．名例律》「犯罪非十惡條」規定：「諸犯死罪，非十惡，而祖父母、父母老疾應侍，家無期親成丁者，上請。犯流罪者，權留養親。不在赦例，課調依舊。若家有進丁，及親終期年者，則從流。計程會赦者，依常例。即至配所應侍，合居作者，亦聽親終期年，然後居作。」

《明律》、《清律》中的〈名例律〉「犯罪存留養親條」亦規定：「凡犯死罪，非常赦所不原者，而祖父母、父母老疾應侍，家無以次成丁者，開具所犯罪名奏聞，取自上裁。若犯徒流者，止杖一百，餘罪收贖，存留養親。」

《新律綱領．名例律下》「犯罪存留養親條」規定：

> 凡犯徒流之罪，應發配者，而祖父母、父母，年七十以上及篤廢疾，家無侍養之子孫者，所司推問事實。徒流，並杖一百實決，餘罪收

罪三等。」

24 《新律綱領》欠缺規定的理由，據說：明治二年八、九月間，《新律綱領》草案甫成，呈當時的參議副島種臣審閱，對於草案〈賊盜律〉中竟出現有「謀反」、「大逆」之條，慨然大喝：「如本邦者，國體卓越萬國，皇統連綿不斷，古來無覬覦社稷國家者，如此不祥之規條，全然不必要，宜速刪除！」詳參穗積陳重，《法窗夜話》（東京：有斐閣，1916），26~28。

臺灣大學學術期刊資料庫

贖，存留養親。其犯死罪，若再犯徒流之罪者，並加本刑，聽贖。

從上述諸規定，可以測知傳統東方法制對於事親的倫理要求，甚至影響及國家刑罰權的實施。此係東亞法圈刑律的處罰特例，其立法宗旨很明顯重在平衡「懲惡」與「施惠」。

3. 干名犯義條

在儒教文化圈內，卑幼告尊長被認為是干名犯義的行為，尊長有犯，如子孫不為親屬匿罪，反而主動告發，則與人子之道未合。歷代中國刑律都嚴格制裁子孫告父母、祖父母的行為。唐以後法律且列為不孝之一，罪在不赦，不分虛告、實告，但告即處絞。（《唐律．鬥訟》「告祖父母父母條」）若尊長告卑幼，在親屬相容隱的原則下，也是不合情理的，所以除了祖父母、父母誣告子孫、外孫及子孫之婦妾無罪外，其他尊長告卑幼之行為也不能免罪。

《明律．訴訟律》規定：「凡子孫告祖父母、父母，妻、妾告夫及夫之祖父母、父母者，杖一百，徒三年。但誣告者，絞。若告期親尊長、外祖父母，雖得實，杖一百；大功，杖九十；小功，杖八十；緦麻，杖七十。其被告期親、大功尊長及外祖父母，若妻之父母，並同。自首免罪。小功、緦麻尊長，得減本罪三等。若誣告重者，各加所誣罪三等。」

《大清律例．訴訟律》亦規定：「凡子孫告祖父母、父母，妻、妾告夫及告夫之祖父母、父母者，雖得實亦杖一百、徒三年。祖父母等同。自首者，免罪。但誣告者，不必全誣，但一事誣，即絞。若告期親尊長、外祖父母，及妾告妻者，雖得實，杖一百。告大功，得實，亦杖九十。告小功，得實亦杖八十。告緦麻，得實亦杖七十。其被告期親、大功、尊長，及外祖父母，若妻之父母，及夫之正妻，并同自首免罪；小功、緦麻尊長，得減本罪三等。若誣告罪重於干犯本罪者，各加所誣罪三等。謂止依凡人誣告罪加三等，便不失於輕矣。加罪不入於絞。若徒、流已未決，償費、贖產、斷付、加役，并依誣告本律。若被告無服尊長，減一等，依名例律。」

《新律綱領》卷四〈訴訟律〉「干名犯義條」：

凡子孫告祖父母、父母，妻、妾告夫及夫之祖父母、父母者，雖得

臺灣大學學術期刊資料庫

實，徒二年半。……若告二等親尊長及外祖父母者，雖得實，杖九十。告三等親尊長，杖八十；四等親尊長，杖七十。妻之父母，杖六十。其被告二等三等親之尊長及外祖父母並同自首免罪；四等親尊長得減本罪三等。若告卑幼得實，二等三等親之卑幼及女婿亦同自首免罪；四等五等親之卑幼，減本罪三等。若奴婢告家長，雖得實，杖九十。

干名犯義之律，與上述親屬相為容隱之條實相為表裡；證父攘羊，有乖大義；父子相隱，本乎性真，這是天理人情之至，《新律綱領》「干名犯義條」之規定，與《明律》、《清律》之基本思想本無二致。

4. 犯姦條

在傳統中國法時期，凡非夫妻（妾）間的性關係，泛稱之為「犯姦」，又稱「姦非」，被看作是一種傷風敗俗、擾亂血統、悖逆倫常的可非難犯行。尤其，在嚴密的宗法等級結構中，「犯姦」中的亂倫行為，例如長幼相姦、主僕相姦，都是對神聖的等級制度和至尊的父權、夫權的極大褻瀆，也意味著對君主專制的政治統治和精神統治的挑戰和動搖。

唐代，姦事規定在《唐律．雜律》中。凡有和姦行為者，徒一年半；與有夫者通姦，徒二年。強姦者各加一等。和姦者雙方判刑，如果是強姦，則女方無罪。主管長官利用職權姦所監臨者，罪加一等；《明律》首次列「犯姦」專條，和姦處杖刑，強姦不論有夫無夫即處絞刑。其後又下旨重申：通姦者受刑罰後，雙方不得結婚，強姦者處斬。《大清律例》於〈刑律〉「犯姦條」亦有類同規定。

《新律綱領》仿《明律》於卷五〈犯姦律〉規定：

凡和姦，各杖七十。有夫者，各徒三年。若媒合及容止通姦者，減犯人罪一等。強姦者，流三等；未成者，減一等；因而折傷者，絞；婦女不坐。姦十二歲以下之幼女者，雖和同強論。

凡姦父祖之妾、姑、姊妹，及子孫之婦，兄弟之女者，各流三等；強姦者，斬。若姦母之姊妹及兄弟之妻，姪之妻者，各流一等；強姦者，絞。姦妾者，各減一等；強姦者，絞。若姦前夫之女，同母異父姊妹者，各徒三年；強姦者，絞。

臺灣大學學術期刊資料庫

凡奴僕、雇人姦家長之妻者，流三等；姦婦者，徒三年。強姦者，斬。若姦家長之女、姊妹及姑，若姦兄弟之妻者，流一等。婦女，以凡姦論。強姦者，絞。姦妾者，各減一等；強姦者，絞。凡官吏姦所部內之妻女者，加凡姦罪二等；姦婦女以凡姦論。

凡居父母、舅姑及夫之喪，若僧尼犯姦者，各加凡姦罪二等；相姦之人以凡姦論。

以上有關《新律綱領》中「姦非罪」的規定，雖小部分仍沿襲《明律》，但刑度大部分均較《明律》減輕；論者謂：「此亦當時日本之社會背景，逐漸由封建制度及承受中國之片面禮教思想解脫，而傾向於歐洲之個人主義思想之明徵，故階級尊卑之意識乃不似前此之固執而不可移也。」[25]其實，不論中國或日本，對「犯姦罪」的規定，顯然是為了維護宗法制度的尊嚴和政治統治的穩定，集中體現了儒家倫常道德觀對整個社會的支配地位。

（四）身分秩序差等的立法原則

傳統中國社會由於深受宗法制度的影響，建構成家國相通，親貴合一，天、君、忠、孝相連的政治體制，而在這種體制的牽引下，形成了以宗族為本位，以倫理為核心的「身分秩序社會」，個人在社會中，在法律上的權利義務，基本上取決於他在先天或後天所取得的身分。

日本刑律深受中國舊律的影響，自《大寶律令》、《養老律令》以降，其立法基礎既植根於身分秩序，而身分秩序又是建立於人倫之上。由於人倫有尊卑之別、上下之分、昭穆之序。因此，即使行為人所犯的罪行相同，法律每因行為人及被害人的身分、輩分、性別，甚至職業的不同，而差異其罪之適用，或分別其刑之重輕，有其明顯的「身分秩序」差等性。

《新律綱領》的「閏刑」制，充分彰顯出刑罰的身分差別之義。〈名例律〉上「閏刑五」云：「凡士族犯罪，本罪該笞刑者，科處『謹慎』；該『杖刑』者，科處『禁錮』；該『流刑』者，科處『邊戍』；該『死

25 參閱同上註4，楊鴻烈著，前揭書，372~373。

臺灣大學學術期刊資料庫

刑』者，處『自裁』。若犯盜賊及賭博等罪，破廉恥甚，該笞杖者，止廢為庶人……。」

此外，《新律綱領》中的逃亡罪、奴婢逃亡罪、欺隱田糧罪、抗拒官司罪、老人毆傷罪以及毆受業師罪等項規定，也直接成為確保「隸農制」的支柱。至於因身分而同罪異罰的規定，除〈名例律〉上的「官吏犯私罪」外，更比比可見，例如《新律綱領》卷四〈鬥毆律〉：

> 凡奴婢毆家長者，皆流一等；傷者，皆流三等；折傷者，皆絞；至死者，皆斬。過失傷者，徒三年。過失殺者，流三等。
>
> 凡妻毆夫者，杖一百；折傷以上，加凡鬥傷三等；待夫之親告乃坐。至篤疾者，絞；至死者，斬。故殺者，梟。
>
> 凡夫毆妻，非折傷勿論。折傷以上減凡人二等；待妻之親告乃坐。至死者，絞。故殺者，罪同。毆妾折傷以上，減毆妻二等；至死者，流一等。
>
> 若夫毆妻之父母者，杖九十；折傷以上，各加凡鬥傷一等；篤疾者，絞；至死者，斬。
>
> 凡卑幼毆三等親之尊長者，徒一年；四等親之尊長者，杖一百；折傷以上，遞加凡鬥傷一等；篤疾，絞；至死者，斬。
>
> 凡弟妹毆兄姊者，徒二年；傷者，徒二年半；折傷者，流二等；至廢疾者，流三等；至篤疾者，絞；至死者，皆斬。故殺者，皆梟。
>
> 若兄姊毆殺弟妹，伯叔父、姑毆殺姪，外祖父母毆殺外孫者，徒三年。故殺者，流二等。過失殺者，各勿論。
>
> 凡子孫毆祖父母、父母及妻妾毆夫之祖父母、父母者，皆斬。殺者，皆梟。過失殺者，流三等。傷者，徒三年。
>
> 凡妻妾毆夫之二等親以下、四等親以上之尊長者，與毆夫同罪，罪止流三等；至死者，各斬。故殺者，罪同。若妻毆傷夫之三等親以下之卑屬，與毆夫同罪。

以上有關身分差等的立法原則，是東亞法文化圈內最具特色，也最

臺灣大學學術期刊資料庫

牢不可破的法觀念，即使繼受歐陸法之後的近代式刑法猶可見其遺留。不過，隨著西方個人主義思潮的衝擊推移，此種原則已漸漸在褪色當中。

（五）應報刑罰理念與體系的殘存

刑罰的本質理論，向有「應報刑論」與「目的刑論」兩種思想的對立。前者認為刑罰的本質在於應報，亦即對於已經發生的犯罪，藉科處刑罰，以作為報應；因而，其理論根據，係出於正義的當然要求，本於人類古已有之的善因善果、惡因惡果的觀念，對於犯人所給予的懲罰。後者則認為刑罰的本質並不在於復仇，而是基於社會目的或全體利益，重在預防；亦即刑罰乃為達成預防犯罪之目的的手段，得藉以防範再犯及防衛社會，因而其理論根據，乃為刑罰的合目的性。

《新律綱領》的「正刑」有笞、杖、徒、流、死五種之刑。笞刑為「一十、二十、三十、四十、五十」，倘罪有重於笞五十者，則出笞而從乎杖，所以別輕重之衡。杖刑則為「六十、七十、八十、九十、一百」，各分五等，杖重於笞，其立法理由係基於頑梗弗率之徒，恥心已冥，非笞可以動其懼，故入杖以示警。徒刑分為五等：「一年、一年半、二年、二年半、三年」，收容於各府、藩、縣的監獄內，並使其服適當之勞役。流刑有三：「一等　役一年，二等　役一年半，三等　役二年」，日本的「流刑」分為近、中、遠三等，並沒有具體的里程數，大部分是發遣到北海道服勞役。至於死刑則有絞與斬兩種，斬者身首異處，絞則止於畢其命，猶為保乎全體。[26]〈名例律〉上則另有關於「梟示」的規定。此外，適用於特別身分人之身分刑的「閏刑」，有謹慎、閉門、禁錮、邊戍（北海道的邊境守備）、自裁（切腹）等五種。

從刑罰的種類來看，《新律綱領》顯然的偏重於應報刑色彩，而從其實質內容觀察，例如〈人令律〉上「謀殺條」：「凡謀殺人，造意者，

26 中國的唐、明、清律，在「五刑」條之下，僅定有刑之種類，但《新律綱領》則異於是，在「五刑」之下，除定有刑之種類外，另附有說明。此或擷採清律的註釋書而來（《大清律例刑案彙纂集成．名例律》「五刑條」）。詳參中山勝，〈新律綱領の編纂について—新律綱領に與える清律の影響を中心として—〉，收入手塚豐編著，《近代日本史の新研究》（東京：北樹出版，1981），第1冊，200~201。

臺灣大學學術期刊資料庫

斬；從而加功者，絞；不加功者，流三等。」又如同律「殺死姦夫條」：「凡妻妾與人通姦，本夫於姦所當場殺姦夫姦婦者，勿論。」再如同律「殺一家三人條」：「謀殺、故殺、放火、行盜而殺一家非死罪三人以上及支解人者，皆梟。」凡此條文仍以生命刑及身體刑為重心，又因身分關係而有「正刑」與「閏刑」之異，明顯受到應報主義思想的深刻影響，而此思想淵源流長，上可追溯到中世紀殘苛的刑罰理念，近則受到《明律》、《清律》的直接影響。

底下就日本的《假刑律》、《新律綱領》及《改定律例》之刑名種類及其內容，分別列表，俾得與中國的《明律》、《清律》相互對照，以明其相互間之傳承與繼受關係。

〔附表二〕日中各刑律刑名比較表

假刑律	新律綱領	改定律例	明律	清律
笞	笞	懲役	笞刑	笞刑
自一十至一百	自一十至五十	自一十至一百日	一十	一十
			二十	二十
徒	杖	懲役	三十	三十
自一年至三年	自六十至一百	自一年至三年	四十	四十
			五十	五十
流	徒	懲役		
近流	自一年至三年	五年	杖刑	杖刑
中流		七年	六十	六十
遠流	流	十年	七十	七十
	一等 役一年		八十	八十
死	二等 役一年半	懲役	九十	九十
刎斬	三等 役二年	終身	一百	一百
絞首				
刎首	死	死	徒刑	徒刑
梟首	絞	絞	一年（杖六十）	一年（杖六十）
	斬	斬	一年半（杖七十）	一年半（杖七十）
	梟首	梟	二年（杖八十）	二年（杖八十）
			二年半（杖九十）	二年半（杖九十）
	閏刑	閏刑	三年（杖一百）	三年（杖一百）

臺灣大學學術期刊論文

	謹慎 自十日至五十日 閉門 自六十日至一百日 禁錮 一年至三年 邊戍 自裁	禁錮 自十日至五十日 禁錮 自六十日至一百日 禁錮 五年 七年 十年	流 刑 二千里（杖一百） 二千五百里(杖一百) 三千里（杖一百） 死 刑 絞、斬	流 刑 二千里（杖一百） 二千五百里(杖一百) 三千里（杖一百） 死 刑 絞、斬

此外，中日兩國的舊律，向來實體與程序規範不分，明治初期的刑事訴訟制度，從程序上言，傳統時代的糾問式訴訟色彩仍殘留極深，非常重視犯罪嫌疑人的「自白」。若「犯重罪，雖贓證明白，仍須使其招服。」因此，仍施行拷訊政策，亦即，對有罪者，行拷問使其自白而後斷罪。在《新律綱領．獄具圖》中，對於拷問用的訊杖方式，規定甚詳。不過，對於老幼、廢疾者及孕婦，或產後未逾百日的婦人等，則免於拷訊。[27]此顯然亦受傳統中國舊律中的矜恤法意而來。

四、《改定律例》的傳統過渡與近代轉型

從以上《新律綱領》的實質內容看來，編纂者似乎仍多具「漢學」修養，而編纂方針的法源根據，大致上是以《明律》、《清律》為藍本，其中最主要者，仍在《大清律例》，甚至包括引自清律註釋書上的附註，足見其受清代法文化薰染之深。不過，它也並非照單全收，一味盲從可比。仍有諸多規定，係參酌當時日本的社會實況而酌加變通的，可見立法者斟酌國情的取捨苦心。

《新律綱領》頒布後，由於復古色彩過濃，不完備及欠妥之處仍屬

27 詳參《新律綱領．斷獄律》中的「老幼不拷訊條」及婦人犯罪之相關規定。

臺灣大學學術期刊資料庫

不少，明治政府的刑部省乃又著手修正，而由其後的司法省明法寮續踵其事，在鶴田皓、水本成美、小原重哉、村岡良弼、橫山尚等人的編纂下，五年（1872）七月完成草案，稱之為《改定律例》，於六年六月十三日以太政官布告第二〇六號頒布，並自同年七月十日起與《新律綱領》併行實施。此律為當時的司法卿江藤新平（1834~1874）所奏進。據明治六年五月上諭云：

> 朕囊敕司法省，本國家之成憲，參酌各國之定律，修撰《改定律例》一書，今編纂告成，朕乃與內閣諸臣辨論，裁定命之頒行，爾臣僚其遵守之。[28]

《改定律例》，全二卷，十二圖，十四律，由三百一十八個條文所組成，具有如下之特徵：

（一）脫亞入歐的法典形式體裁

從法典的形式面看，《改定律例》的編纂形式，顯然已跳脫傳統舊律的格局，受到當時法國刑法典體裁方式的影響，改採逐條體例，以「第一條、第二條……」之方式，順數目次序，列舉條款。不過，在條文之前，仍依傳統舊律的立法體例，列有〈改正七贓例圖〉、〈改正收贖例圖〉、〈改正過失殺傷例圖〉、〈官吏公罪贖例圖〉、〈官吏公罪罰俸例圖〉、〈官吏私罪贖例圖〉、〈華族贖罪例圖〉、〈改正懲役限內老疾收贖例圖〉、〈改正誣輕為重收贖例圖〉、〈改正故失出入例圖〉、〈舊惡減免例圖〉、〈改正獄具圖〉等十二個圖表。又依序分成十四篇，分別為卷一，〈名例律〉一百條、〈職制律〉七條、〈戶婚律〉十四條、〈賊盜律〉三十八條；卷二，〈人命律〉四十八條、〈鬥毆律〉二十六條、〈罵詈律〉五條、〈訴訟律〉三條、〈受贓律〉四條、〈詐偽律〉十四條、〈犯姦律〉九條、〈雜犯律〉二十三條、〈捕亡律〉二十條、〈斷獄律〉七條等。

至於刑罰體系方面，該律例廢止行之久遠的笞、杖、徒、流等刑名，

---

28 詳參同上註6，黃遵憲，《日本國志．刑法志》，685。另參同上註16，藤田弘道著，前揭書，〈改定律例編纂者考〉，第5章，251~267。

臺灣大學學術典藏資料庫

一概易為「懲役」，並新設「懲役」及十年以上之「終身懲役」兩種，刑罰體系終成為懲役、死刑及財產刑（收贖）三類。此外，法定刑比起《新律綱領》，均有所減輕，死刑的執行方式原則上僅絞一種，例外情況下，才採用梟首、斬首等；特別是有關死刑的條款已顯著削減，將原屬絞罪者，改為終身懲役。很明顯，刑罰本質的認識論上，已由濃厚的應報色彩轉向一般預防思想之途邁進。

（二）由傳統刑律到近代刑法的過渡

從實質內容面考察，《改定律例》頒布之上諭雖曰「參酌各國之定律」，然其法典文體亦與《新律綱領》同為「漢文體」。觀其法條用語，猶沿襲傳統中華法系之名而未多加更改。有關官吏、華族、士族與庶人的罪刑仍因身分差等而異其刑之適用。特別是該律例第九十九條有關「斷罪無正條條例」的規定，仍容許類推適用；甚而，把「不應為條例」，基於「條理」而列為處罰規定的，也有第二百八十九條、二百九十條及二百九十一條等條文。凡此，皆與近代刑法典所標榜的所謂「罪刑法定」諸原則有所牴觸。

不過，若深入以觀，《新律綱領》有「斷罪無正條」而容允類推適用，其處罰的種類與程度並無任何限定，立法目的僅為防止官憲的擅斷，因此規定對於比附援引，必須申報上司，聽其指揮而已。又若連類推適用的條文也不可得的情況下，《新律綱領》尚設有「不應為條」的規定，由笞三十至杖七十的範圍內，由該案裁判官自行酌定。反之，從上述《改定律例》第九十九條「斷罪無正條條例」看來，其類推適用的種類與程度已有所限定，即使依「不應為條」處斷，在共犯的場合，也分首從而異其刑。其次，對於如毀壞佛像、散布詭言、怪說，以及有關妨害政體的著述，被視為「不應為重」的情況等，在第二九〇條以下，也作了類型化的特別規定；於此，不難見到《改定律例》在所謂犯罪類型明確化方面已作出相當的努力的痕跡。另外，在第一百條「斷罪依新頒律條例」規定：「凡例自頒降日為始，若犯在頒例以前者，原律罪名輕者，仍依原律定擬。」此係採所謂的「從新從輕主義」立法原則，與《新律綱領》及《明律》、《清律》均有所不同。

臺灣大學學術期刊資料庫

事實上，《新律綱領》與《改定律例》的有效施行，直迄明治十五年（1882）一月一日，《舊刑法》公布施行日起，方予廢止。從其施行期間來看，《新律綱領》約十一個年頭，而《改定律例》則約八年又六個月，施行期間不可謂不長。嚴格說來，《改定律例》的問世，並非根源於歐洲近代刑法思想的影響，也非來自歐陸近代刑法典的繼受，從其實質內涵看，仍深深烙印著中華法系刑律的殘影。惟比起《新律綱領》來已有所改進，它主要是為修正增補《新律綱領》的不完備而定頒，並未廢止《新律綱領》，而係在未相牴觸的條項下併行有效。無疑地，它是一部日本由傳統律令制邁向近代西歐型刑法的過渡性法典。

嚴格說來，日本刑律真正完全脫離中華法圈而跨進歐陸法系，應屬明治十三年（1880）公布，十五年開始施行的《舊刑法》，該法全文共分四編，四三〇條，不論形式與內容，完全脫胎於法國一八一〇年的《拿破崙刑法典》，這可說是日本繼受歐陸法所邁出的第一步。[29]

這部日本首創近代刑法典，斬斷了從《大寶律令》以來與傳統中國刑律的關係，比起之前的《新律綱領》與《改定律例》，內容新穎許多，例如罪刑法定理念的確立，不溯及既往原則的採用，貫徹罪止一身，廢止連坐、緣坐制，身分倫理差別立法的大部分揚棄，乃至法律平權觀念的建立，採擷正當防衛及假釋等新規定。並把犯罪劃分為重罪、輕罪和違警罪，也與法國刑法典相一致，使其刑法體系近乎近代化、科學化。

但這部《舊刑法》畢竟祇是法國刑法的翻版，仍有諸多與日本國情不應之處；而該法典理論的依據，多半是當時法國刑法學上的原理，缺乏日本刑事政策上的考量。或許可以說，當時的明治政府，為了應付列強的壓力，為了撤廢不平等條約及領事裁判權，也為了抑壓國內日漸高漲的民權勢力，不得不以近代資本主義法制來應急，才有這部《舊刑法》的提早問世。

---

29 詳參新井勉，〈舊刑法の編纂〉(一)(二)，載《法學論叢》第98卷第1、4號（日本：京都大學法學會）；夏目文雄，〈近代日本刑事立法史の研究〉，《比較法學》第1卷第2號，（東京：早稻田大學比較法研究所）。

臺灣大學學術期刊資料庫

五、從法繼受觀點看明治初期刑律的傳統與蛻變

就法社會學的觀點，「法的繼受」乃指一個國家或一個民族基於外來勢力、內在社會結構的變異、外國法品質、自我意識的覺醒等因素，全盤或部分採用其他國家或民族法律制度的一種法律現象。也可以說，是一種由於與異文化接觸所產生的文化變容過程，是文明轉化交換的特別現象。而這種法文化轉換的現象，通常顯現出兩個特徵：一為強勢法律文化往弱勢法律文化區的輸出；另一為法的繼受，有時係一種傳統法律文化對外來法律文化抵抗與轉化的過程。

日本明治初年及帝制中國晚清的有關刑事立法的變革，最足以彰顯這段話的蘊義。

（一）維新的法創造與傳統律令法思想的頡頏

明治維新初期，法制的改弦更張，因素固多，外在動因主要為了擺脫列強入侵所形成的民族危機，目的在於維護國家的主權和司法權的獨立。而維新運動的領導者基於天皇和幕府社會權力二元格局的現實，採取了「倒幕」的方式，以為維新運動的發端。彼等認為只有推翻反對變革並與西方列強妥協的德川幕府，復歸天皇親政，才能有效領導，推行新政，從而維護民族的獨立和尊嚴。如此認清時代的切實要求，進而激勵人民的共同信仰，是走上維新事業的主力。

可以看出，日本的維新運動一開始便具備了明確的目標，為了「修改不平等條約、文明開化，乃至富國強兵。」積極形塑所謂「明治絕對主義的政權」，而取代了「幕藩權力」；如此一來，「王政復古」口號的提出和天皇在國家政治生活中權威的恢復，必然意味著對傳統自覺和不自覺的保留甚或依戀；而明治維新初期並未經歷過如西方近代思想啟蒙運動有關法文化的洗禮，因此，當時的法律，沒有、也不可能出現像西方近代法制所標榜以人文主義、理性主義為鵠的的立法精神，具體來說，對於諸如個人自由、平等、人權等方面的規定，也無法一時全都浮現。[30]

30 參閱馬作武、何邦武，〈傳統與變革——從日本民法典的修訂看日本法文化的衝突〉，

臺灣大學學術期刊資料庫

事實上，從前述明治初年的刑法體系變革看來，維新政府顯然擺盪於復古與維新的矛盾與調和之間；在復古的意識型態下，刑法內容仍大量溫存於傳統中華法系的「律形式」；而在維新號角的驅使下，又不得不面對歐西資本主義滲透的社會現實，尤其對於所謂社會近代化、市民社會化的思潮波瀾，實在無法也無能躲閃。

單從法制面看，明治元年的《政體書》，可以見到權力分立的思想影子；明治四年（1871）頒布的《戶籍法》，加入了「四民平等」的新原理，主政者對於傳統身分制，宣稱要「四民平等」，承認華族、士族與平民間的婚姻自由，並採用全體國民皆有服兵役義務的徵兵制度。從而原具「武士」身分者，乃喪失從前獨占「戰爭事業」的地位與特權。而反映在當時刑法上的，像「閏刑」之類身分刑的社會基盤也隨之消失。此外，由於土地買賣制的建立，從而確立選擇職業、營業的自由。當然，也由於自由主義的採認，在刑法領域中最受矚目的「罪刑法定」的要求，勢必應聲而至。凡此，對於當時所頒布《新律綱領》及《改定律例》的依然故我，必然帶來正面而激烈的衝擊。[31]

從根本上說，明治初年，刑律的修訂之所以徘徊於東西之間，實際上，反映了東西方文明之間不同倫理觀、價值觀和法律觀的對峙和衝突。僅就法律文化言，是強調群體的日本固有文化與突顯個人的西方近代文化的正面交鋒；是西方的人本主義與日本傳統的威權主義，西方的民主自由思想與傳統的專制思想激烈較勁的具體表現。而仔細考察明治維新初期的刑律，主要仍受以儒、法兩家思想為指導原則的傳統中國法律的影響，它以義務為本位，混同倫理道德和法律，因身分而異其罪刑之適用，重視家族群體，以及殘留中世紀以來的刑罰理念等等。與之相較，以人本主義、理性主義、自由主義、法益保護主義和責任主義等為指導思想的近代西方法律文化，奉行的是自由、平等、人權、責任等法

《比較法研究》第2期（1999，北京），245~250。

31 參閱佐伯千仞、小林好信，〈刑法學史〉，「維新當初の刑律と近代的刑法思想の誕生」，收入鵜飼信成等編，《講座日本近代法發達史》（東京：勁草書房，1967），第11冊，209~222。

臺灣大學學術期刊資料庫

律價值觀。「人類天生都是自由、平等和獨立的，如不得本人同意，不能把任何人置於這種狀態之外，使受制於另一個人的政治權力。」源遠流長的社會契約思想已具體落實到法律制度面，法治觀念深入人心，國家實行嚴格的權力分立原則，法律在社會調整系統中占主導地位，享有至上的權威。顯然，這是一個至少在形式上是強調個人的價值和個人權利本位的社會，而明治初年的日本社會實情根本還未達如此情境。

可以這麼說，日本在繼受歐陸法以前，與中國一樣，其傳統法律文化的特質，是名之為「支配型的法觀念」，是一種「控制彈壓式的法」。[32]法律是為達成與維持一定的政治、社會、經濟等政策目標而制定，是一種由上而下，單方制定的統治、教化的手段與工具。而在另一方面，對於因日常生活社會的、經濟的紛爭，則受所謂「義理規範」等非正式的習慣法及慣行所支配，並無所謂權利與義務對等的概念，對於私人相互間的糾紛，人民儘量迴避官方的訴訟裁判，而寧可委由非正式裁判機關，以調停商議等方式解決。在此傳統法律文化特質下，近代法典所繼受的社會結構，與其現實社會的組織彼此不同，甚至可以說完全不一致。

尤其，在西方社會被認為是「法」的主要根本觀念，亦即用法律來處理相互平等之私人間的爭執方式，在東方社會傳統上，原本就極為欠缺。所以，當日本繼受歐陸法而編纂民法典時，也同樣遭遇相當艱困的局面，而產生激烈的「法典論爭」。[33]

至於刑事立法方面，日本固有長久因應的傳統，當明治十五年的《舊刑法》引進歐陸法時，雖沒有產生類似民法論爭的抗拒場面。但是，日本社會既與法國或德國社會不同，故縱使其能忠實且靈活的繼受其條文內容，恐怕也祇是一時的貌合而已。當時的文化環境，並無法使繼受來的法律，保有其原來的特性。因此，日本當時的社會仍然溫存過去的「義

32 詳參田中成明，〈日本の法文化の傳統と現況〉，《現代法理論》（東京：有斐閣，1986），13以下；大木雅夫，《日本人の法觀念》（東京：東大出版會，1983），151以下；川島武宜，《日本人の法意識》（東京：岩波，1967），15~60。

33 詳參向井健、利谷信義，〈明治前期における民法編纂の經過と問題點〉，載《法制史研究》第14號別冊（1963，東京），215~248。另參牧野英一，《日本法的精神の比較的自覺》（東京：有斐閣，1944），第2節，〈法典爭議と淳風美俗論〉，15~30。

臺灣大學學術期刊資料庫

理規範」，對於繼受而來的西方法律無法適應，達相當一段時間。[34]最明顯的是，《舊刑法》及《治罪法》，於明治十五年（1882）一月施行後一年多，並未蒙當時保守派人士的好感，而對此兩歐陸刑事新法典仍提出諸多非難，主張全面廢棄《舊刑法》，再回復到《新律綱領》及《改定律例》。其所持理由為：（一）《舊刑法》及《治罪法》施行後，犯罪反而比以前增加；（二）法國修律顧問波阿索那德（ボアソナード，Gustave Emile Boissonade de Fontarabie, 1825~1910）的法案過於理想；（三）《舊刑法》係為修正條約而急速制定的，與日本社會實情不合的條項很多。

在我看來，之所以有抗拒的情事，最主要者，乃元老院議官的法意識裡仍殘留著強烈的傳統中國律令思想在作祟。不過，畢竟時也、勢也，該復活意見書的內容，顯然犯了「時代錯誤」之弊，因此，遭到極大反駁，當時的明治政府及立法機關，根本不加採納，法律的「脫亞入歐」這條路，就這樣，不再回頭地走下去了。

從另一角度觀察，日本自中世紀繼受唐之《大寶律令》以來，通曉漢學而又具傳統中國法律素養者不乏其人；也因為具備此種修養，當他們接觸到西洋近代法律文明時，自然百味雜陳。

或許因國土狹小，自七世紀起，日本就保有從中國輸入發達的文明，對異質文化向來抱有高度的「好奇」，因此，常意識著海外的文明。而且，日本人的特色是，當說到本國歷史時，常強調海外文化的輸入，進口先進異質文化，似乎已成為統治者的正統性基礎之一。不會因顧及虛幻的顏面，而抗拒吸收外國文明，這對近代化是極其有利的心理條件。可以說，「因為日本曾從中國接受文明，這使他們知道：有用的東西，是可以從外國學得。」[35]既然能向中國學習文明，自然也能向西方

34 詳參閱手塚豐，〈元老院內における新律綱領、改定律例復活反對意見書〉，收於同上註14，前揭書，261~267。另參福島正夫，〈明治初年における西歐法の繼受と日本の法および法學〉，收於《日本法とアジア—仁井田陞博士追悼論文集》（東京：勁草書房，1970），第3卷，183~188。

35 參閱許介鱗，〈日本和中國接受西洋文化的異同〉，《日本政治論》（臺北：聯經，1983），157以下。

臺灣大學學術期刊資料庫

學習文明。同時，由於地理上的孤立與語言上的獨立，使日本雖然從中國接受了高度的文物，但它可以不負中國之債，是一個獨立於中國倫理與政治之外的個體。

這種歷史背景及心理條件，促使日本遠離中國，順利而又飛躍地接受從十九世紀到二十世紀的西方法律文明。

（二）大東亞法秩序下中日法繼受地位的逆轉

如果說，讀史是為了鑑往知來，比較則應有助於辨別優劣。當我們深入考察中日兩國法律變遷史，分析其間的聯繫，對比發展的歷程時，竟然發現：世界上恐怕很難找到兩個國家能像中國與日本那樣，法制交往的歷史如此悠久，相互的影響如此深入。而歷史的發展也往往深富戲劇性，明治維新以前的日本，在法律方面亦步亦趨地向中國學習達千餘年，即使到了明治初期的《新律綱領》，仍是以《明律》、《清律》為繼受的對象。

然而，到了近代，日本與中國幾乎在同一時代的三十年前後間繼受歐陸法，日本由《改定律例》開啟先聲。晚清更反主為客，迫不及待地轉而倣效日本的新政與新法，設立法律修訂館、創設新式法律學堂，延聘日本法學專家為顧問，從事法律的修訂及擔任教席等措施；以刑律來說，由宣統二年（1910）間所修訂的《大清現行刑律》發其端，即刻意師法日本《改定律例》之意，雖仍遵守舊律的範圍，觀其用意，主要是為了奠立推行新法的基礎，目的在側重維持於新舊過渡以應當前之急需。[36]

光緒三十四年（1908）正月，晚清修律大臣沈家本奏請重新進行以前因更改官制人員調動而中止的對《大清律例》的全面改造工作，期能完成修改、修併、移併及續纂等項。〈奏〉云：

> 家本上年進呈刑律，專以折衝樽俎，模範列強為宗旨。惟是刑罰與

36 詳參黃源盛，〈帝制中國最後一部傳統刑法典—兼論晚清刑事法近代化的過渡〉，收於甘添貴教授祝壽論文集編輯委員會編，《刑事法學之理想與探索：甘添貴教授六秩祝壽論文集》（臺北：學林，2002），第4卷，《刑事政策與刑事立法論》，505~546。

臺灣大學學術典藏資料庫

> 教育互為盈朒，如教育未能普及，驟行輕典，似難收弼教之功。且審判之人才、警察之規程、監獄之制度，在在與刑法相維繫；雖經漸次培養設立，究未悉臻完善。論遵遞之理，新律固為後日所必行，而實施之期，殊非急迫可以從事。考日本未行新刑法以前，折衷我國刑律，頒行《新律綱領》，一洗幕府武健嚴酷之風，繼復酌採歐制，頒行《改定律例》三百餘條，以補綱領所未備，維持於新舊之間，成效昭著。[37]

至此，沈氏乃師日本的往例，將局部修改律例的原初計畫，提昇為綜核現在通行章程，而對舊有律例作全盤性的大翻修。同時，為使律例能貫徹其為刑事法典的單純本務，乃定名為《現行刑律》，企圖以漸進方式，立推行新律基礎。

可以想見，當年沈氏潛心比較各國法制，試圖尋找與中國國情相適應法制改革之途的急切心情，最後得出「日本法系本屬支那法系，而今取法於德、法諸國，其國勢乃日益強盛……唯日本特為東亞之先驅，為足以備呈明之採擇」的結論。[38]乃決意追隨日本繼受歐陸法制的經驗，大量引進歐陸、日本等國的法律制度與各類新律；此後，所有的修律動向，莫不遵循日本近代法典編纂的軌跡推進。

如單就繼受的過程看，日本與晚清導入外國近代法制的措施相當類同，但再深入觀察，在繼受他國法律的各階段裡，日本均充分表現出相當能順勢而變的民族精神。前已提及，日本繼受外國法的動機與其說是基於「法的理論」，毋寧說是著重於「政治動機」的考量。具體地說，與其說是基於法以及司法內在的要求，不如說係受國際與國內的政治壓力與意圖所使然。事實上，日本逸脫過去中國傳統法制的陰影，決定繼受歐陸近代各類法律，本係基於廢除不平等條約，塑造「法治國家」外形的政治要求。從而，往後在繼受歐陸法的過程中，其緩急以及選擇繼

37 參閱故宮博物院明清檔案部編，〈修訂法律大臣沈家本等奏請編定現行刑律以立推行新律基礎摺〉，光緒三十四年正月二十九日，《清末籌備立憲檔案史料》（北京：中華，1979），下冊，851。

38 參閱註37，前揭書。

臺灣大學學術期刊資料庫

受的對象，可以說完全是從政治動機的考慮出發。

其次，日本法制的近代化，從明治維新以後並不祇是單一線索的進行；在維新前期的法繼受，因明治絕對主義政權的成立，乃徘徊於「王政復古」與「歐西近代法」繼受的搖擺之境；及至明治十三年（1880）至明治二十三年（1890）之後，主要是以法國法與德國法所架構而成，而這些歐陸法的內涵，當初並非全然為法律起草人所精稔，同樣的法律，有些取自法國法，有些引自德國法，由於缺乏充分的融通思慮，起草人往往祇機械地將法條作文字上的糅合，而未能深入消化重整。例如在草創期輸進法國法，在往後轉向繼受德國法的時代，仍殘餘法國法的精神。又雖說後期繼受德國法，但與德國本法特有的內容仍不盡相同。在緩慢的繼受過程中，可說是一項極其複雜的「相異法的重複累積」。[39]

從法文化史的角度觀察，日本對外來文化的攝取方式，可喻為「外發」型，而晚清則可解為「內省」型。[40]即以歐陸近代刑事立法的繼受過程看，顯然地，日本對於外來的文化，祇要認為有用而價值高，即使與自己本國的國情不洽，往往不顧其原來的歷史性或整體性，接二連三的輸入。[41]與日本比較，晚清對於西洋文化的接受態度，則較具「內省性」；當中國接受西洋文化時，對西洋社會的特殊理念，往往仍須透過知識分子再行疏釋，期以適合中國的國情和風土的方式引入，否則將遭抗拒。晚清中國這種繼受方式，雖然激發的是一種對文明進步未來社會的憧憬，但是，卻令人感覺到是不得已的，是無奈的。

六、結論

「法的繼受」並不限於法典編纂的繼受，而是包括對於整體的法思

39 參閱三ケ月章，〈日本と西歐法の出合え—總論的考察〉，《法學入門》（東京：弘文堂，1982），第3講，66。

40 參閱註35，許介鱗著，前揭書，162以下。

41 關於日本與中國繼受外來文化的方式，有所謂「全面攝取型」與「一部攝取型」之喻。詳參依田熹家，〈日中兩國近代化における文化型態の比較〉，《社會科學討究》第34卷第3號（1989，東京）。

臺灣大學學術期刊資料庫

想、法理論的繼受，甚至擴及於法律適用的繼受。申言之，「法的繼受」並不祇是立法者一次的立法行為而已，而應是長期社會變遷與法律變遷的適應過程。其成敗，應可在嗣後的法律適用及國民法律生活意識的落實程度上得到驗證，在法制西化過程中，晚清與日本新法的創制同樣是受外力逼迫而來，在放棄以倫理禮教為本位的東方法律意識，並接受個人主義的西方法律思想上，也有其共通之處。

儘管如此，從法律文化的觀點，日本在歷史上曾有吸取中國文明的經驗，對外國文化制度的引進，較少遭遇本身文化傳統重整的困難，所以，能從歷史的沈箱中浮露而出，展現鋒芒。至今再回首看來，儘管明治維新初期有關刑律的立法抉擇，仍然深陷於傳統與變革的拉鋸狀況下，躊躇搖擺；但在明治十五年（1882）之後，顯然方向已定，決心已足，乃極力仿效法、德法制，而時至大正時代（1912~1925），以迄昭和（1926~1988）、平成時代（1988~），則試圖建立新的法律文化，走一條創新的道路，並在兩種文化之間建立密切的聯繫。凡此，反映了日本在法律近代化乃至現代化的過程中，傳統法文化觀念與近代法律思潮的勢力消長。

*本文初稿曾在「東亞文化圈的形成與發展」國際學術研討會宣讀，2002年6月26~28日，臺灣大學歷史系。

（責任編輯：張遠　校對：陳泳翰　黎世輝）

臺灣大學學術期刊資料庫

The Latest Influence of the Traditional Chinese Law on Japanese Criminal Legislation

Huang, Yuan-sheng

Abstract

It occurs very often among peoples of well-developed cultures, that they usually influence one another so far as their facticities and institutions are concerned. The case is the same with respect to the establishment of legal institutions and the founding of social order.

The present paper compares the modern criminal legislation of Japan and China in regard to their incentives, processes and effects. It is expected that the said efforts will be able to discover the limits and defects in our conventional legal culture and will be helpful to our legislative policy-making and the development of our legal system in the future.

Keywords: Adoption of foreign law, Meiji Restoration, The legal modernization, Chinese Legal System, *Hsin-lu-kang-ling*, *Kai-ting-lu-li*.

臺灣大學學術期刊資料庫