

序論

公元 2011 年 11 月 1 至 4 日，中央研究院歷史語言研究所法律史研究室於該所舉辦「性別、宗教、種族、階級與中國傳統司法」國際會議，共有大陸學人發表論文八篇、臺灣六篇、歐美四篇、日本兩篇，其中十篇經過初審、覆審、論文集編輯委員會的三審，和史語所編輯委員會的終審，構成本論文集。如會議的邀請函所言，會議的目的如下：

兩岸憲法都提到影響人民法律權益的一些因素，例如臺灣憲法第七條說：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」。大陸憲法第三十四條也說：「中華人民共和國年滿十八周歲的公民，不分民族、種族、性別、職業、家庭出身、宗教信仰、教育程度、財產狀況、居住期限，都有選舉權和被選舉權；但是依照法律被剝奪政治權利的人除外」。兩者都提到性別、宗教、種族，和階級等因素。

這次會議要探討的，就是性別、宗教、種族、階級（身分）這四種因素是否和如何影響傳統中國人民在司法上的權益。如用現代話來說，就是這四種因素是否和如何影響中國傳統司法的公平和公正。

嚴格來說，這個目的沒有完全達到，但每篇論文，或在選題、或在方法、或在結構、或在成果，都有值得我們學習或警惕的地方，謹述如下，並聲言在先，疑問有兩種：合理和不合理，但願以下均屬前者。

跟性別有關的共兩篇，一唐一宋。張文晶〈唐代的女性與訴訟—以判文為中心〉遍覽現存唐人判文一千多道，從中找出女性訴訟案大約六十件，將之分為婚姻（訂婚、結婚、離婚、再婚、夫妻關係）、母權（留養、侍丁）、喪禮（喪主、用杖、服紀、哭喪、守喪等制度）三大類，逐案進行實證性分析。作者指出三點：一，不似元和明清，唐代法律並未對女性的訴訟權加以限制。二，在家庭之內，女性的「角色」和「身分」大致決定了法律裁判所要遵循的原則，如夫妻案件遵行男尊女卑，母子案件遵行母尊子卑等。三，在家庭之外，卻是母未必尊，妻未必卑，女性的尊卑主要取決於其夫、子之尊卑，是遵行一種超越血親的社會等級秩序，反映在司法實踐上唐律一準於禮的原則。

個人認為，作者的主要貢獻有四：一，對六十個案件所作的實證分析大都踏實可信，無論讀者是否同意作者的「總體論點」，都必須參考作者的「個案分析」，後者應是法律史研究的基礎。二，指出在女性訴訟案裡，對司法影響較大的因素，

可能不是「性別」，而是女性的「身分」或「地位」，又進一步指出，兩者在不同的場域，產生的影響又不同。這告訴我們，分析案件應找對場域或脈絡，否則就變成研究同一案件卻牛頭不對馬嘴了。三，從案例出發，補充唐律留下之空白，如頁 18 指出，「白居易的判詞中說男方『苟定婚而不成』，女方『雖改嫁而無罪』，又說〔未婚夫〕景『既聞改適，乃訴納徵：揆情而嘉禮自虧，在法而聘財不返』，可知女方無須返回聘財即可以改嫁。……由此可以推知，唐代也應該有『定婚無故三年不成婚者聽離』的法律，並且與宋代不同的是唐代規定女方在此種情況下無須返還聘財。此項法律，後為元明清所沿襲，只是把無故不婚的時限放寬到五年，女方也無需返還聘財」。諸如此類，為數不少。四，從案例出發，增強現有論說。針對熱點問題之唐代女性守節，陳弱水曾利用《唐暉》（〈從《唐暉》看唐代士族生活與心態的幾個方面〉，1999）、岳純之曾利用多種史料（〈唐代的再嫁問題〉，2006），和張國剛曾利用墓誌（〈唐代寡居婦女的生活世界〉，2008）等，主張士大夫婦女甚少再婚，挑戰知名學人如牛志平、呂思勉、高世瑜、董家遵等人的舊說或王楠、毛漢光等人的統計數字。本文作者利用案例，在頁 31 指出：「從中我們還是可以看出以白居易為代表的士人對於女性改嫁的觀念。由此可知，唐代女性改嫁並非不受輿論的干擾，夫死改嫁尚且如此，何況離婚改嫁了」。

本文以訴訟為主，旁及社會史或兩性史，作者如有興趣，不妨聚焦於法律史，考慮兩個問題：

1. 究竟不同地位和身份的女性，如婢和庶母等，在不同性質的糾紛中，其法定的「權利」(legal rights) 有無受到司法的保障或減損？如有，是甚麼因素的作用？
2. 究竟不同地位和身份的女性，如婢和庶母等，在不同性質的糾紛中，其非法定的「利益」(non-legal interests) 有無受到司法的保障或減損？如有，是甚麼因素的作用？是禮嗎？頁 39 的「諸母漱裳判」就是一個很好的例子。

這兩個問題可用來回應學人一個不休的爭論：在民事案件（非刑事）中，法、理、情、禮、俗諸因素，何者為大？或諸因素之關係為何？中國傳統的民事判決是卡迪審判，還是相對穩定和可以預期？

臧健〈南宋時期立嗣繼產官司中的女性〉除了前言和贅語外，共分三節：首先逐一分析與婦女相關的立嗣繼產案凡九件；其次指出影響審判官裁斷的多種因素，如合乎法、合乎理、合乎情、合乎事實；繼而探討立嗣繼產官司對婦女的影響，如被牽扯進官司、判決經過的影響、判決結果的影響。作者最後指出：「在這些案

例中，法律，更多時候是以一種民間社會認可的慣例形式來發揮作用。……判官在裁斷立嗣繼產官司時，申明法律條文與否，或依法或不依法，有時並不實際影響判案的經過與結果。而法律的作用，在與婦女相關的案例中，允許立異姓子和夫亡從其妻等法規，因與家法不同，甚至相衝突，卻在事實上維護了婦女的權益」（頁91-92）。

個人認為，立嗣繼產屬今日的民事案件，中華民國的民法總則第一條說：「民事，法律所未規定者，依習慣〔以不背於公共秩序或善良風俗者為限〕，無習慣者，依法理」，似乎跟作者的發現有異曲同工之妙，大抵不分古今和中外，法律都有相通之處。事實上，所謂多種因素中的合乎法、合乎理、合乎情等，有時是三位一體難以分別的。在《名公書判清明集》的判詞裡，有時只看到法官談情說理講禮問俗，沒有引法，其實法官正在申明相關法條內在的情、理、禮和俗，而非法外的情、理、禮和俗。我們想想，一條法規在立法之時，難道不講究當時的情、理、禮和俗嗎？如從性別史的角度切入法律史，我們要問的問題，其實也是本論文集的原來目的，是法官所考慮的，究竟是當事人的「性別」、「身分」，還是他或她的說詞的「合法性」、「合情性」、「合理性」、「合禮性」或「合俗性」等。假如說詞本身並不合理，那麼法官是否會因為說者是男性而偏袒之？假如說詞本身合理，那麼法官是否會因為說者是女性而強拗之？當然，我們還要探討立嗣繼產之外的其他案件，才能發現更多的女性法律行為，例如在一些母親逐子奪產或另立繼嗣的官司裡，強勢的母親，不管是親母還是後母，往往是不合法、不合情、不合理的一方，法官就乾脆引法來保護倒黴的兒子。也許我們也需要研究官司對男性的影響，如他們的處境和判決對他們的影響，才能達到兩性平衡。

本文不乏卓識和啟發。例如上引文最後一句所謂法官「允許〔寡妻〕立異姓子和夫亡從其妻等法規，因與家法不同，甚至相衝突，卻在事實上維護了婦女的權益」，就引伸出婦女地位在家庭或家族的轉變，即法官基於甚麼原因，寧可違背家法，也要維護婦女的利益？是因為她的性別、身分（如母親）、地位（如家長），還是責任，如維護丈夫一房的利益，免受其他房的侵犯？這是一個十分重要的問題。頁87說：「家族的不和與矛盾，都會因丈夫的過世而越加激化，族人不再有所顧忌，寡妻不僅得不到依靠和支持，往往面臨的是來自族人的欺負與強佔，這既是造成寡婦往往捨親立疏，而選擇立異姓子、遺棄子的原因，又成為之後族人不承認異姓子立繼，立嗣繼產糾紛產生的導火索」。這是很值得研究家族，尤其是極力表揚家族正面貢獻的學人所參考的。族人之間的官司，說不定還多於凡人

柳立言

間。有謂明清家族組織較宋代發達，很多糾紛都在族內解決，不知有無反映在官司之上。

就上述兩文而言，在家庭案件的審判裡，論優先次序，「性別」因素的影響力位於「身分」因素之下，而「身分」因素又位於「合法合情合理」因素之下，唐宋司法跟今天的差別，可能不如我們想像的大。當然，我們必須留意兩文的限制，即當事人大都是親屬而不是凡人的關係，後者可能另有一番光景了。

跟宗教有關的共三篇，一宋二清末民國。柳立言〈從《名公書判清明集》看南宋審判宗教犯罪的範例〉是從《清明集》全部十三個宗教案例入手，指出屬於刑事性質的犯罪案件，儘管時、地，和人（司法者）都有差異，但判決是較為一致的。就罪刑法定來說，南宋繼受北宋一百六十多年的立法和司法經驗，對構成宗教犯罪的要件已有清楚的界定，包括淫祠、淫神、淫風、淫祀、誑惑、妖術和異行等七大項，司法者也根據它們來定「罪」，然後依照罪罰相稱的比例原則，科以法定的「刑」。司法者是如何達到一致性的？原因包括邏輯和制度的約束；人際關係的作用，如師生、朋友、同門等參用彼此的觀點和裁判；參考相同的司法名著；效法相同的儒學或司法名公；有意識地做到「我心之所同」，亦即較為一致的判決；有著相同的目的，如堅決轉移不良風俗，乃不顧地方風俗和民間習慣等足以影響審判的因素；和位高權重，不顧百姓、鄉紳和官吏的阻力等足以影響審判的因素。這些不是必然地，但均「有利於」形成共識，導致判決較為一致、普遍，和可以預期。此外，本文也試圖釐清一些似是而非的流行觀點，例如新興的佛教派別如白雲和白蓮宗等有無合法或非法的問題、合法與非法之間的所謂灰色地帶應如何理解，和能否因為司法上的毛病（如有法不依）而推論官員對非法宗教的態度等。

個人認為，要對宋、元、明甚至清代的有限案件進行量化研究是不可能的事，故案件的「代表性」永遠是一個無解的問題。司法人員跟歷史研究者有一個共同的目的，就是儘量接近真相，避免冤獄，前者更要避免積案或滯獄，故尋找真相到一定程度時，便要作出判決。法條是較為劃一的，但司法者的素質差參不齊，有如研究同一個題目，高手與低手的研究結果豈能一致，但高手之間的結果是否可能一致，低手之間的結果是否也可能一致。也就是說，探討一致性時，重點是否應放在「哪些人」的判決或研究結果較為一致，並找出一致的原因。假如他們採用一些較為客觀和一致的研究方法，所產生的研究結果是否可能較為客觀和一致？筆者曾跟學生們閱讀相同的史料，然後各自利用史學六問進行分析（what /

which, who / whom, when, where, why, how；事實上法學也有雷同的基本問題），結果竟是大同小異。史無定法不等於沒有方法，一些基本的問題是應該先行回答，才能再往前探究的。

黃靜嘉和胡學丞的〈從黜邪崇正到破除迷信：清末民國「妖術傷、殺人」律例的近代化〉指出，在近代以前，妖術被法律認定為可以殺人或傷人，並賦與相對之刑罰。進入清代，隨著西學的傳入，這種認定逐漸發生變化，對妖術不再處以嚴刑，甚至不再受罰，但尚未達到共識，妖術在刑法上處於定位不明的過渡期。到了 1920 和 30 年代，隨著科學的傳入，民國法律將妖術本身認定為「迷信犯」，其行為不足以殺人或傷人，其刑罰也由得減變為不罰。對這轉變，作者稱之為妖術傷人殺人律例的近代化。事實上，也可稱為妖術的輕罪化和除罪化，推手是清代的西學和民國的科學。

個人認為，本文極具原創性。作者眼光獨到，從律文之轉變，看到背後之世變，包括思想之轉變及文化之轉變。如是一來，研究法律，不再孤立，而是從法律看社會、思想、價值觀、文化等。例如頁 162-163 說：「由於清代、民國之官方主流價值不同，故基本上這兩個時期之司法界係分別在不同的價值基礎上處理妖術傷、殺人。清廷尊崇儒家，在儒家之價值標準下，此類行為係屬異端；在民國時期，國家尊崇科學主義，在科學主義之價值標準下，此類行為係屬迷信」。後者「與晚清以來之中國政府為追求近代化而試圖連結政府與科學之學，有密不可分之關係」。頁 148 引用「非醫書正理，即屬邪術」及「習學邪術治病。或用烏鎗，或用鋤刀，致將病人傷斃，經刑部依異端法術醫人致死例，擬絞情實。……以醫師劑藥，古有明文，豈有火器金刃能療治疾病之理」，修正 Philip Kuhn《叫魂》的說法，指出「清律所稱妖術，除建基在超自然黑暗力量之術外，並包括了不符正統的醫藥之術」，亦屬的論。

本文的研究方法亦可借鑑。作者首先清楚界定何謂妖術，指出包括三種情況：採生折割人、造畜蠱毒殺人、異端法術醫人，然後針對三者，一章一節地論述，接著敘述其時代之轉變，甚有條理和系統。非常難得的是，作者雖有意建立「破除迷信」之說，但行文時處處小心，將有利之證據跟不利之證據並舉，前者如 1930 年俄國刑法第 49 條，後者如蔡樞衡、吉同鈞的立場，和採生折割人之禁止規範的復立與再廢等，最後引用民國趙欣伯、郭衛、陳瑾及 1928 年破除迷信運動，始有力地證實了「破除迷信」之說。

不過，可能為了行文的精簡和流暢，作者將若干相當精彩的案例放在註釋之

中，如註 32，似可再加分析。又如頁 150-151 謂「清廷及其官員對魘魅、符書咒詛曾表達近似不可知論之說，以及批其不足信」，相關案例在註 33 及 34，若能加以分析，指出清代之不可知論及不足信之理由，與現代之不可知論及不足信之理由，究竟有何異同，或可進而指出，若干清代知識分子，本身就具有廢除妖術傷人殺人罪之見識，不待刑法科學主義之傳入也。

林端和蔡博方的〈清末民初繼受西法後的宗教團體法人化問題：以本土佛道寺廟為例〉，試圖結合宗教社會學與法律社會學的研究取徑，利用法律條例、判決例、解釋例與行政文書等資料，從「寺廟的法律主體性」、「受政府控制之程度」，及「寺廟的相關行動者」等三個面相，分析清末民初本土佛道寺廟法人化的問題。作者認為，影響法人化的因素，包括（1）政治外交情境，如天主教等西方宗教拜帝國主義所賜，甚易被承認為法人，而佛道等本土宗教「沒有外力撐腰」，便難以法人化；（2）政府對寺廟的態度，如歷代政府均以管理、監督或控制為主要原則；及（3）寺廟的型態或條件，如本身沒有大型制度化，不足與國家分庭抗禮等。

個人認為，本文最成功之處，是指出法人化的複雜性。例如作者在摘要和正文一再指出，「本土的佛道寺廟，在清廷與北洋政府的宗教政策裡，也只有公廟被大理院判例解釋為『財團法人』」，那麼非公廟為何不被解釋為財團法人，可進一步追究。又如「攸關祖先崇拜的宗祠、祖廟，先被看成是物權意義為主的『共同共有』，排除在『法人』之外」，這亦讓人好奇，自明清以來，若干家族和宗族組織，尤其是士紳的家族和宗族組織，已經過上述的「大型制度化」，足與國家分庭抗禮，那麼其中的宗祠和祖廟為何不能法人化？事實上明清的大廟大觀也不乏士紳作為後盾，有如今天臺灣的某地媽祖廟。時至今日，上述三個因素大都消失，但正如一位學人指出，臺灣寺廟仍然不是社團法人或財團法人，其故安在？

也許我們不但要站在局外人如政府的立場來看法人化，也應站在寺廟本身的立場來看，例如當清末民初「廟產興學」的壓力消失後，寺廟真的樂於法人化嗎？阻力是否也來自內部，如住持有沒有私心等。自宋元明清以來，住持吞沒寺產時有所聞，往往鬧上官司，這也是政府不得管理和監督的一個原因，很難說這就是阻礙了法人化的態度。法人化是以法律為根據，法律出於立法，立法之後要靠司法，有政府的參與幾乎是無可避免的，很難說這一定就是控制。頁 175 說，清末百日維新，政府曾一度下令，將不在祀典的廟產用來興學，維新失敗和民國建立之後，「被移轉為辦學之用的寺廟財產，也暫時尚未具有明確的歸屬狀態。正是

在這樣地位不明的狀態下，民國初年政府的立場（管理條例與大理院判決）才會走向，將寺廟財產加以獨立出來，甚至考慮賦予財團法人地位」。假如真的如此，那麼有意推動法人化來保護寺廟財產的，似是政府，而法人化未能完成，責任也許不在政府而在寺廟，如頁 180 說：「各寺廟本身不願公布財產狀態」。

寺廟本身的複雜性，也許是讓它們難以法人化的一個重要原因。我們不禁要問，廟產興學失敗之後，在寺廟這一方，究竟是誰還在要求法人化，例如是施主還是住持？對他們的真人真事來說，而非單從法學對法人化各種好處的界定上來說（頁 168），法人化的主要目的是甚麼，即他們為何要求法人化？法人化對誰有利對誰不利？法人化到何等程度才謂之適合本土的特殊文化脈絡？西方的尺度不一定完全適合東方的體型。

個人最感到有趣的，是本文指出的許多現象，其實在宋元明清繼受西法之前，就早已存在。例如頁 174 提到的光緒二十四年上諭說：「至如民間寺廟，其有不在祀典者，即著由地方官曉諭居民，一律改爲學堂，以節糜費而隆教育」，及維新運動失敗後，又下諭「其各省寺廟，不在祀典者，苟非淫祠，著一仍其舊，無庸改爲學堂」，簡直是宋代對付非官方寺廟的翻版。又如頁 187-196 諸案，大部分的情節並非清末民初才有，而是在中國法律史裡一再出現，那麼同類案件在宋元明清繼受西法之前是如何判決的？假如判決的方法和結果跟民初大理院大同小異，豈非宋元明清繼受西法之前的法官，已有了類似法人化的構想和行爲，亦即民初的法人化思想和行爲，亦可以在中國傳統法律史裡找到淵源，是雖無其「名」卻有其「實」。如是，本文題目中的「繼受西法後」，也許可以改爲「繼受中、西法後」。

要言之，假如法人化是爲了「解決一些問題」，那麼作者不妨先指出是甚麼問題，並討論法人化對解決它們的作用，同時也指出法人化可能產生甚麼新的問題，例如舊的容不下新的，才好讓我們明白法人化的困難何在。假如需要從歷史研究的角度切入，也許在決定了時間點（when）和地點（where）之後，我們可以先問 who 和 whom（誰要求法人化，對誰有利和不利），接著問 why（為何要法人化），然後是 what、which（法人化的內容，特別是它所針對的某些項目），和 how（如何進行及其完成的程度），最後才討論以上跟傳統中國法律和現代西方法律的關係。

從上述三文可知，就某些宗教性事件的立法來說，中國傳統觀念似乎有待西方的到來才可能有突破性的發展，但究竟這些突破與本土觀念自身的進展有何關係，究竟是「繼受西法之後」還是「繼受中、西法之後」，或兩法如何接軌，有待進一

步的探討。在強調繼受西法的同時，是否也應專門探討民國的繼承中法？就司法來說，宋代的刑事案件似乎已是罪刑法定，同罪同罰，法官自由裁量的空間並不太大，而清末民國的民事案件似乎夾雜著外交和國家權力等考慮，以致出現事類相同而待遇有別，但這亦可能跟當事人（寺廟、祖廟、宗祠）的意願有關，不一定跟政府有關。政府對西法的立場可能是積極接受的，但民間的立場不一定相同，似乎應分開探討。此外，無論是學術研究或司法辦案，都有一些基本的問題和方法，假如大家問的是相同的問題，用的是較為客觀和一致的解答方法，也許答案也是較為客觀和一致的。這讓我想起日本前總務大臣竹中平藏的一部名著：《方法不對，學什麼都沒用》。固然是條條大路通羅馬，但有些較為平順，有些令人頭破血流，有些要花幾輩子才到得了。

跟種族有關的共三篇，一元一明清一清。劉曉〈元代司法審判中種族因素的影響〉挑戰舊說，建立新說。舊說以為，元代有「四等人制」，依次為蒙古人（稱「國人」）、色目人（稱「諸國人」）、漢人（主要是金朝的女真人及前北宋朝的漢人）、南人（主要是南宋人），可簡稱為「人分四等」；新說以為，人分四等並非法有明文，即不是「制」，它在諸多事情上所呈現的所謂「等級」，其實是各從本俗的結果，例如同事異判之「異」，是各從本俗之「差異」而非人分四等之「差等」。頁 226 說：「在司法層面，不僅缺乏蒙古、色目、漢人、南人四等人制的明確表述，也找不到自上而下羅列四等級差別待遇的詳盡規定，其中的漢人與南人，我們甚至還找不到二者在法律權利與義務方面有任何差異。所以說，『四等人制』與其說是一種社會制度，毋寧說是一種理論假設，這種假設在許多方面還存在著空白或不足」。

作者的思考敏銳，例如提醒我們，蒙古人在司法上的優勢雖無庸置疑，但其因由究竟是基於「種族」還是作為統治者的「身分」。由此類推，當漢人與色目人發生糾紛時，縱使漢人得到優遇，也未必是基於他的「種族」，而可能是基於他作為官員的「身分」。只有當同等身分的異族人相犯時，如統治階層的異族人相犯，或被統治階層的異族人相犯，才較能看出究竟是「種族 / 各俗」還是「人分四等」的因素在影響同罪異罰。

就研究方法而言，我們只需指出元代適用於色目、漢人和南人的某些刑罰，本非來自這三種人的本俗，便足以挑戰「各從本俗」的說法，如能進一步指出這些外來品種的刑罰出現「等差」，例如有些不施於色目而施於漢人和南人，或雖施於

色目人但輕於漢人和南人，便似乎可以證明「人分等級」了，試述如下：

第一，應分別民事和刑事。在民事案件如婚姻，即使「各從本俗」，也出現兩種狀況：一是「移風易俗」，如頁 223-226 提到的禁止同姓為婚、堂兄弟姐妹為婚及收繼婚等，其適用範圍就由漢人和南人擴大至回回人和色目人等，反映這些法規逐漸不問種族和本俗，而是同罪同罰了。二是「借他俗為我用」，如頁 224-226 提到，有些漢人和南人也採用蒙古習俗的收繼婚，後來才被禁止，並至遲在 1340 年進行移風易俗，擴及色目人，不過未及蒙古人。無論如何，移風易俗和借他俗為我用都不算「各從本俗法」，而可能跟元朝的逐步漢化有關。

刑事方面，頁 226 也指出：「當然，『各從本俗法』只是一個大前提，不可一概而論，尤其是涉及刑事犯罪時，『各從本俗法』的原則顯然不能全盤適用」。這裡衍生兩個問題，一是究竟適用甚麼其他原則，可進一步探究（見下面第三點「性別」）；二是可否從本文的例子找出反證，如下面兩個：

例 1. 頁 215 說：「免刺特權起先僅限於蒙古人，色目人無緣受惠。在大德六年（1302）一份給中書省的呈文中曾專門提到：『今後除正蒙古人外，其餘色目、漢人，不以是何職役，但犯強竊盜賊，俱各一體刺斷。』但至少兩年後，色目人也開始享受此種特權」。由此可知，1304 年以前，色目人依從漢法，必須刺面，這就不是各從本俗了。1304 年之後，犯同樣的罪，漢人要刺面，色目人不用，這就是同罪異罰，原因似應是人的差等而非俗的差異。何況，既是一種「特權」，就很難說是各從本俗而應是人分等級了。

例 2. 頁 212 至 213 指出，在 1283 年，毆人而被毆者不得還手的規定，只限於蒙古人毆打漢人，不及色目人毆打漢人。也就是說，這時的色目人與漢人在毆打這事上的法律權利是大致相同的，既沒有各從其俗也沒有人分等級。到了 1334 年之後，此法擴及色目人，他們毆打漢人，後者不得還手，兩者的法律權利就出現等差了，這似乎是人分等級。

以上兩例或可補充作者的新說：一，人分四等可能不是一開始就存在，而是逐步形成的，可能是以給予「特權」的方式形成。二，當色目人的特權逐漸多起來，至少人分三等（蒙古、色目、漢人和南人）就出現了。三，既是逐漸形成，就可能由點及面，在某些事上先有，在某些事上後有，不是一開始就全面性，甚至到最後仍不全面。我們既不能因為點的存在而推論面也存在，也不能因為沒有全面而否定若干點的存在。

第二，應分別立法和司法。在立法上找不到人分四等，不等於在司法上就沒

有實踐，尤其在 1271 年廢用泰和律後，很難找到成文法。不論官或民，蒙古人既高高在上（頁 214-215），我們就不妨把討論的焦點放在色目、漢人和南人，尤其是色目人和漢人，觀察他們在司法上有無等差。除了上述兩例之外，頁 202 還有一個跟色目人有關的案例。刑部意見說：「前項賊人既是女直，不同蒙古，況兼有姓，難同色目，合與漢兒一體刺字」，作者以此推論：「直到元代中葉，元朝政府在司法實踐中對色目人的概念還是沒有一個很好的界定。這似乎也從一個側面折射出所謂元代『四等人制』的假說自有其不確定因素在內」。個人認為，對色目人的界定不明確是一回事，把色目人置於蒙古人之下和漢人南人之上是另一回事，兩事不宜混淆。如上述引文之女真人，本來不確定是否色目人，但一旦確定不是，這位女真人便不能享受色目人的優待，而要回歸他本來的類別，即漢人，來治罪。從色目人之被置於蒙古人之下而於漢人和南人之上，是否可看到一個等級而不完全各從本俗？

第三，應分別男性和女性。頁 215 引文說：「其蒙古人有犯及婦人犯者，不在刺字之例」，假如婦人是不分蒙古、色目、漢人和南人，便是既不依種族也不從四等，而是依「性別」這因素來量刑。

第四，就「借他俗為我用」來說，能否看出一個偏向？刑事上言，似乎偏向於從蒙古俗，尤其是刑罰，如頁 216 提到的一賠九原則。民事上言，在排除蒙古人的前提下，法律容許的事情如聘財等似是各從本俗，但禁止的事情似乎逐漸偏向於漢俗或回歸漢人舊法。除了禁止一夫多妻、同姓締婚、堂兄弟姐妹通婚和收繼婚之外，還有作者自己曾討論過的同籍共財法：元政府雖曾一度准許南人的父母在生分時，比照女真法律，可與子女既異財也別籍，但後來還是回歸漢法，只能生分財產不准別籍。

第五，有時不易分別「權宜」還是「從族／俗」。頁 222 說：「從〔契丹人〕蕭中一三位妻妾的族屬，我們似乎還可得出這樣的推論，蕭中一在與本民族通婚時，遵循的是一夫多妻制，所以兩個耶律氏都算作妻，而在與漢族通婚時，他又參考了〔漢族〕一夫一妻制的作法，所以路氏的身份只能是妾」。如是，蕭中一娶妾之時，竟遵從女方漢族而非男方自己契丹族的風俗了，似乎有點女尊男卑，委屈了自己，也不符合頁 218 和 219 引文所說的「以男為主」。他以路氏為妾不為次妻，或有其他原因，我們不要為了證明「各從本俗」而處處看到「本俗」。

Joseph Dennis（戴思哲）的〈Legal Education and the Circulation of Legal Texts in Ming and Early-Qing Gansu〉以地方志作為主要史料，考察法律知識、教育、書

籍在明清甘肅的流傳。首先是個案研究，指出在 1730 至 40 年代，清政府力圖在西寧推廣法律教育，作為鞏固新治權的一個措施。其次是整體研究，指出同樣的措施，遍及明清甘肅各地。地方官吏如陳斐、王繼洛、劉應聘等人的確有意提倡法律教育，讓土著、學生和一般百姓學習，包括少數民族地區；當地學校之法律藏書持續增加，包括數量和領域，有時甚至到遠方蒐購。結論是：在邊陲和少數民族居住的地區，法律知識可能不是學人所認定的貧乏落後和曲高和寡，而是在士人之間有一定的學習和傳播。

一直以來，對法律知識的流傳和講習有何效果，學人意見分歧，例如 Benjamin Elman 以為有一定的效果，而張偉仁以為聊勝於無，法律知識主要集中在刑名僚友如汪輝祖和陳天錫等人之手。本文作者指出，前者的論證主要出自科舉史料，後者主要出自晚清，均有其局限性，故採用另一研究方法：一是長時段地觀察，二是集中某地學校的書本。

由於史料的限制，要證明地方士人，尤其是邊陲地方的士人，是否熟知法律是相當困難的。作者另辟蹊徑，一是從地方志入手，二是從地方學校所藏法律書籍入手，來提供證明，雖是間接，但不失為可行的研究方法。學界多將注意力放在江南或四川等書業發達之地，本文作者是少數留意到甘肅和少數民族的學人，本文也是極少數研究邊陲地書籍收集的論文。

本文的組織極有條理，讀來毫不費力，反映作者頭腦清晰。在論證過程中，作者亦料到，讀者可能質疑，學校有法律書籍，不代表學生就會讀，故不時作出辯證，如頁 238 說：「Although having a book in a library does not necessarily mean the students read it, considering the relatively small number of books held and that they were the same, it seems likely that each one was chosen because it was important for the curriculum」，頁 241-242 說：「Gansu officials in distant posts such as Ganzhou looked elsewhere for books. … From the book list and Chen Fei's statements about collecting we can see that he did not want the student's education to be limited to the standard sets of Confucian classics and commentaries on them. Instead, he acquired a wider range of books, including many on topics not covered directly in the civil service exams. … On the book-buying trip, the school acquired an additional copy of the *Da Ming lü*, two books on prison inspection cases, the *Shaanxi xu xing shu gao* 陝西恤刑疏稿 (Shaanxi prison inspection memorials) and *Guanzhong yu wai bian yuan lu* 關中獄外辯冤錄 (record of identifying wrongs from outside Guanzhong region jails),

and a magistrate's handbook, *Guan zhen ji yao* 官箴集要. *Guan zhen ji yao*, by Wang Tianxi 汪天錫, was first published in 1535, and contains much about judicial administration」等，確能增加說服力，因為既然是地方官吏不避困難才獲得的書籍，又旨在擴大學習的範圍，而法律教育本來就是朝廷教化邊陲之民的措施，在理論上應使學生學習。即使在今天，大學圖書館也不見得有多少法律書籍，我們不能從量之多寡來推估讀者數量和興趣之多寡。

不過，要證明某種知識在某一特定地區的傳播，可從多方面入手：公的領域主要是官學，包括學校藏書、教學（課程、解讀、解釋）、以此知識（法律知識）聞名的老師，和以此知識聞名的學生等。私的領域主要是私人學校（如書院、私塾）和私下傳習（如家庭中傳習），也包括藏書、教學（課程、解讀、解釋）、以此知識聞名的老師，和以此知識聞名的學生等。無論公領域或私領域，都可探討法律知識的「應用」。個人認為，私領域對法律著作的收藏可能較公領域更能顯示讀者對法律的興趣，一如我們的個人藏書之於大學圖書館藏書。當然，以上只是提問，有無史料可以提供答案，實不敢說。

此外，一位學人指出，乾隆末年兩定廓爾喀之後，於 1792-1793 年頒布《藏內善後章程》，掀起另一波法律教育風潮，也許可以用來比對 1730 和 40 年代。

Thomas Buoye（步德茂）的〈Evenhandedness and Excess: The Diverse Fates of Ethnic Minorities and Women in Qing Criminal Justice〉從刑事的殺人罪著眼，同時處理種族和婦女。作者主要利用刑科題本中，乾隆一朝的八個案例，討論十八世紀審理命案時所出現的法律原則與實際執行上的落差。在四個發生在四川的漢人跟夷人或苗人的衝突命案裡，儘管清律充滿對少數民族的歧視和種族偏見，官員在處理這些涉及少數民族與漢人的殺人案件時，都異常謹慎，惟恐引發種族衝突。在另外四個發生在涉及婦女的命案裡（兩個發生在四川，一在廣東，一在山東），婦女所受刑罰的或輕或重，視乎她們跟被害人的關係而定。若她們的受害人是沒有親屬關係的男性，她們所受的懲罰與男性相同；若她們的受害人是男性尊長，她們所受的懲處較為嚴厲；若她們與姦夫共同謀害親夫，更會處以凌遲處死的法定極刑，而姦夫只處以斬監候不等。作者認為，當罪行是嚴重到足以挑戰王朝的意識形態基礎時，政府是會毫不猶豫和不擇手段地進行懲處的。

在探討「種族」時，一如戴思哲的〈法律教育與法律圖書的流布〉，作者指出一個影響審判的重要因素：國家政策。有些價值，如邊境的安定，有時較法律原則更為重要。在頁 268 至 271 的命案裡，一位夷人被漢人毆傷而死，漢人是獨子，

父親也無老伴，本可依據「留養」條款而獲赦，而且得到地方各級官員的支持，卻被中央刑部官員反對，改判斬監候，理由是漢人下手甚重（頁 271）。問題是刑部所看到的，僅是地方的呈報而非真正的傷勢。地方官員既然有意讓漢人留養，卻在呈報傷勢時留下破綻，可能真的是不小心，亦更有可能是作者所說的：「政治考量多於法律 more to do with politics than law」（頁 271）。

在探討「性別」時，作者的主要論點有二：一，在一般命案中，女性得到的待遇跟男性大致相同。法官在撰寫判詞時，會降低「動機」而增加「偶然性」，希望活她一命，例如在頁 279 至 282 的兩案。二，與此相反，在女性與姦夫謀害親夫的命案中，法官的判詞就會強調女性的罪大惡極，把她往死裡送，例如頁 282 至 288 的兩案。個人認為，第二個論點有兩點值得注意：首先，在淫妻與姦夫謀害親夫案中，影響審判的因素，絕對不只「性別」，它的優先性為何？頁 285-286 說：「it clearly was Ms. Zhou's status as an adulterous wife, not the severity the injuries she inflicted on her husband, that sealed her fate」，乃是「淫妻」優先於「傷害的嚴重性」，後者指周氏攻擊丈夫的陰囊使其失去抵抗能力以便其他合謀者下手殺他。其實，這裡就有四個因素：「姦淫」（罪）、「女性」（性別）、「妻子」（身分），和「是否致命之傷」（罪）；此外，還應包括「合謀」，和合謀之中的「首從」（她是主謀，他是從犯）等因素，也許「性別」不是那麼重要。要把它們排出優先次序，可將淫妻與姦夫合謀殺死親夫的案件，比較女性謀殺凡人男性、淫妻單獨謀殺親夫，和非淫妻跟凡人合謀殺害親夫等案件。

其次，跟女性相對的是男性，我們也應探討男性犯下同樣的命案時，在罪名與刑罰上，跟女性的主要差別在哪裡。例如以同樣的行為，男性卑幼侵犯男性和女性尊長，跟女性卑幼侵犯同樣的人，其罪與罰的差異為何？在頁 282 至頁 286 的淫妻周氏與姦夫袁任合謀殺夫案裡，作者認為法官對作為主謀的周氏一點同情都沒有，讓她被凌遲處死，事實上法官對作為從犯的姦夫也沒有半點同情，把他斬立決。縱觀頁 282 至 288 的兩個殺夫案，個人認為，還是「evenhandedness 公平」多於「excess 逾常」。無論是男性或女性犯人，都是罪有應得，法官按照兩者的首從關係和致命程度等因素為準，判以相對應的法定罪名，和科以相對應的法定刑罰，既不多也不少。為首者之罪與罰，本是重於為從者；下重手者之罪與罰，本是重於下輕手者，故淫妻與姦夫之罪與罰出現不同，似屬合理，除非作者能證明，淫妻本不是首謀，但因其為「女性」，乃將之誣蔑為首謀。

也就是說，我們必須把「定罪」與「處罰」分開來探討，也應留意立法與司法

的區別。在「定罪」裡，兩性本應平等，例如殺了人就是犯了殺人罪，不分男性或女性，這是立法問題。我們在此應注意的是，一位女性殺了人，但不是主謀或下手並不重等，是否因為性別這因素，背上主謀或下重手的黑鍋，這是司法問題。在「處罰」裡，兩性有時並不平等，尤其當雙方有親屬關係時，往往是男輕於女，如夫殺妻之刑罰輕於妻殺夫，這是立法問題。我們在此應注意的是，一位女性本應被處以斬立決之刑罰，她的性別是否讓法官減輕（如斬監候）或加重她的刑罰（如凌遲）？一位男性本應被處以斬監候之刑罰，他的性別是否讓法官減輕或加重他的刑罰？就目前看來，在一般命案不易看到男女的司法待遇有很大差別，在嚴重命案也如此。

跟階級或身分有關的共兩篇，一明一清末民初。吳豔紅〈試論明代中後期生員的司法參與〉以明代中後期四部判牘集 863 個案例為主要資料，藉著其中 95 個（11%）案例，考察十六、十七世紀生員在四方面的司法活動：（1）訴訟、（2）犯罪與懲治、（3）助訟，及（4）生員與鄉宦和地方官員的司法較量，主要指扛幫（糾眾）助訟。針對（1）訴訟，作者在結論指出：「雖然從明初以來學規一直限制生員輕涉公堂，在司法實踐層面，生員在為干己事的訴訟中仍比較積極，主要是戶婚田土之類的細事方面……〔地方司法官員〕對於生員訴訟本身仍表達了寬容與諒解，對於妄告和誣告的生員也未予嚴厲的懲治」。針對（2）犯罪，作者認為：「大部分生員的違法集中在戶婚田土家族鄰里的糾紛方面。司法官員對違法生員的寬待是比較明顯的。……他們在懲治中顧慮生員的前途，因此明確給予『不科罪』，『不加刑』的寬宥」。針對（3）助訟，作者認為：「在現實生活中，生員以助訟為生，為人作狀，教人詞訟，司法官員並沒有對這一問題作特殊的關注，並將其帶入既有案件的審理過程。換言之，即使生員在實際生活中輕涉公堂，多有助訟的行為，司法官員也可能予以默認和寬容」。針對（4）較量，作者認為：「生員在司法中的優勢，在他們與鄉宦和地方官員較量的時候會喪失得更加明顯」，主要原因是「這樣的司法衝突，……更多的是一種政治權力的較量」。生員們的扛幫助訟，「挑戰了朝廷的統治秩序，使得從地方到中央的官吏均感到了壓力，也挑戰了生員的本分」，官府不但明文禁止，還會以充軍的重刑來懲治。最後，作者總結生員司法活動的特徵，主要有兩點。一，當生員的對手是普通民眾時，生員的確享有優待，但這些優待有一定的局限：首先，它們並非法有明文，更多是來自司法官員的個人態度和自由裁量，故具有不確定性，生員的身分不是優待的保證。其

次，杖罪以下較易得到優待，以上則較難。事實上，在「情」如貧困、年老和親屬關係這些因素的作用下，一般百姓也可得到類似的優待，「也就是說，明代中後期司法實踐中官員給予的寬宥，並不能反映生員在法律領域中具有特殊的位置」。二，當生員的對手是鄉宦和地方官員時，生員的司法優勢明顯喪失，這似乎是可以較為確定的。

個人認為，本文論旨明確，內容安排有條不紊，大致涵蓋了生員最重要的司法活動，可讓讀者一目了然。就研究方法而言，有幾點是值得注意的：

針對（1）和（2），本文集中在生員。個人以為，身分之於官司，可能同時影響受害人與加害人。如加害人為生員，本人可能獲得優待，只受輕罰甚至不罰，但不知受害人的權利或利益有沒有得到維護？同理，如受害人是生員，其權利或利益似應得到維護，但不知加害人是否因為加害於「生員」而受到較重之懲罰，還是一如生員之作為加害人，只受輕罰甚至不罰？如是後者，那麼作為加害人，其他人與生員似無多大分別。

針對（3）助訟，作者的一個重要論點是，從本文的案例來看，生員出入公堂、教唆詞訟並不如當時人或現代學人所說的嚴重（頁 296、315-317、324）。其中一個論據，是收錄成化與弘治初年條例的《皇明條法事類纂》，「並不見專門對於生員參與詞訟的指責和規定」；弘治十三年《問刑條例》將監生生員的「起滅詞訟」與「挾妓賭博」各項並列，「並不作為專門的罪行予以規定」；嘉靖年間大臣霍韜指出：「惟教唆之奸可惡，生員、滑吏、罷閒書手，皆開門教唆，以致詞訟日繁」，作者認為：「這裏，生員也與猾吏、書手等並列。換言之，生員之教唆詞訟也並沒有單獨成為官員指責的對象」（頁 316），並作結論說：「生員助訟雖然可能是事實，但是國家並沒有對此有特別的關注，對於生員的助訟行為也沒有予以明確的禁止」（頁 317，亦見於頁 316）。個人有點好奇，首先，是否一定要專門分列才能看到生員助訟的嚴重性？其次，《問刑條例》對起滅詞訟的生員，懲罰是「問發為民」（頁 316），即褫奪其生員的身分，這是否已算是「明確的禁止」？萬曆四十三年（1615）禮部提議，今後府州縣照舊置簿，「諸生有包攬說事、橫行鄉曲、挾制罔上、造歌捏謗害人者，體訪得實，歲考按臨之時，盡法究治」（頁 320），這是否也算是「明確的禁止」？假如是「照舊」，恐怕早於 1615 年。總之，立法與司法常常出現落差，但不能因此而認為沒有立法，而要解釋為何出現落差。

針對（4），本文提醒我們，無論是宋代（頁 312-313）還是明代，要充分了解官學生或生員作為一種「身分」在司法上的角色，可從兩方面同時評估。一是

從「人」入手，即跟生員發生糾紛的是誰，包括：1. 他的親屬，如家人和族人；2. 跟他擁有同等身分的人，如生員；3. 身分比他高的人，如舉人、進士，和官員等；4. 身分比他低的人，如一般百姓；5. 具備其他身分的人，如不具功名的土豪和吏員等。6. 對方的性別，那當然是女性。二是從「事」入手，例如民事、刑事，或本文所說屬於戶婚田土的細事，和屬於大事的「致人自盡」（頁 310）和扛幫助訟等。

個人認為，無論何者，均應考慮兩點：一是生員之介入此事，是否合法合理和合情，二是該事之本身是否合法合理和合情。例如生員介入一件事不干己的誣告案，企圖幫助誣告者贏得官司，在上述兩點均是不合法不合情不合理，那麼法官之判決，究竟是看「法理情」還是看生員之「身分」？反之，生員介入此案，是替被誣告者辯解，對抗誣告者，那麼法官之判決，究竟是看「法理情」還是看生員之「身分」？頁 321 的萬曆十五年蘇州三學生員扛幫助訟案，就似乎因為他們合情合理，並沒有受到懲罰，反是理虧的一方，曾任兵部尚書的凌雲翼一家，至少花了十萬金到京師打點，本應嚴懲而最終僅是薄懲，以致地方「至今有遺恨云」。既有遺恨，是否反映地方人仕是站在生員這一方？頁 322 至 323 的湯氏案，朝臣湯賓尹強奪生員施天德之妻為妾，施妻自盡，生員馮應祥和芮永縉訟官，也並未受到懲罰。後來湯氏又奪徐日隆之兄嫂為妾，引發連串糾紛，其間生員芮永縉被湯氏之友兼重臣熊廷弼杖死，被御史荆養喬彈劾，威脅到熊廷弼的前程，加上疑似黨爭的因素，案件才由司法性質轉為政治性質，這筆帳恐怕不能算在生員們，尤其是已逝者的頭上。如根據御史孫振基的說法，根本是熊廷弼故意將芮永縉等生員偽做或誣列為「劣生」以便行杖，實際上他們一開始並沒有被列入學校的劣生名單。即使最後被強加在名單之上，他們的劣行是否包括扛幫助訟，作者並無交代。要之，單就目前的敘述而言，我們既不能確定站在生員一方的官員是否「完全」或「主要」出於公平公正公義或是懷有多重動機，但也無法確定對立的一方官員究竟是因為生員們扛幫助訟還是因為官友相護而懲罰生員。當然，扛幫助訟的過程中，生員訴諸暴力，如頁 318 的群毆官員方岳和周一梧，就不單是「助訟」而有「犯上」之嫌了，也許應將兩者分開來分析。頁 320 的引文就有點耐人尋味，萬曆三年（1575）諭令說：「若糾眾扛幫聚至十人以上，罵詈官長，肆行無禮，為首者照例問遣，其餘〔從者〕不分人數多少，盡行黜退為民」，那麼十人以下的和平和合理扛幫又如何？

明代以前留下的案件極為有限，研究者視如至寶，常作個案分析，愈細緻乃愈

能取信於讀者。明清案件甚多，自難以一一分析，但仍可選取較為重要或較有代表性的案件仔細分析，以加強論點之可信性。本文可用之案例既有九十五個之多，應不乏較重要者，但也許是限於篇幅，本文幾乎沒有一個完整的案例分析，閱讀時遇到疑問，甚難從本文之片斷引文找到答案或線索，這是值得考慮改善的。

黃源盛〈從半人半物到齊民—晚清民國禁革買賣奴婢的光與影〉的研究方法和目的，在頁 330 說得很清楚：「首先，梳理傳統中國法制中，特別是唐、清兩代的『奴婢買賣』現象及其法律性質；進而探討晚清變法修律期間（1902-1911）奴婢制度的禁革措施，以及民初大理院時期（1912-1928）廢止奴隸制後，有關買賣人口的司法實踐；再論及民國十七年（1928）舊刑法及民國二十四年（1935）以來台灣現行刑法『使人為奴隸罪』與『買賣人口罪』法規範的虛與實；最後，則從法律繼受的觀點，考察西法東漸中『人性尊嚴』與『自由平等』的憲法理念如何導入華人社會？如何剷除兩千餘年來的奴婢買賣現象？並一窺其走向」。十分明顯，作者認為「人性尊嚴」與「自由平等」等西方觀念，對廢除有著一千二百多年歷史的奴隸制，有不少的貢獻，或開創了「新局面」（頁 329）。

個人認為，可從兩個層面來檢討西方觀念對廢奴的貢獻或別開生面。一是「理論上」的貢獻。我們把「曲高和寡」四字切為兩半，首先要問，這首用「人格平等」等西方理念譜成的廢奴新曲，較諸用仁義道德等中國理念譜成的廢奴舊曲（如頁 341 周馥之奏議），是否更為高明，例如是否更為完善了廢奴的理論基礎。其次，即使新曲更勝一籌，但聽眾是否聽得懂？假如聽眾是西方或西化的列強，大抵聽得懂。假如是清末民初的中國人，其中接受西方思想的精英分子可能聽得懂，其餘的精英可能有些懂有些不懂，大部分的奴主應該不大懂，絕大部分的百姓和奴隸也應該不大懂。後果可能是：（1）有些法官用他懂的西方觀念來廢奴；（2）有些法官用他半懂不懂的西方觀念來廢奴，一如今日的歷史學人有時引用似懂非懂的西方學說。（3）法官沒有對奴主或奴隸解釋這些西方觀念，後者難以知道現在廢奴是因為這些西方觀念。（4）法官試圖對奴主或奴隸解釋這些西方觀念，他可能以西解西，亦更可能以中解西，即以中國的仁義道德比附人格平等和人性尊嚴等。也就是說，除了（1）和部分的（4）的小圈子之外，不易評估這些西方觀念是否啟動了一個較深或較廣的新局面。

以上述各點來回顧本論文，主要的討論在第五節〈從法律繼受觀點看百年來平權理念的衍化與實踐〉（頁 355-363）。對新曲是否較舊曲高明，頁 357 說：「中國歷史上雖未出現近代意義的『人權思想』，但要全盤否定其存在似也不盡公允；在

古代中國思想裡，似仍存在超越實定法之上的道德法觀念以及人格平等理念，『自由』概念在儒、釋、道三家論述裡，也很充沛，不過在頁 362-363 也說：「不管『人權』也好，『人性尊嚴』也罷，此等概念在傳統中國社會均極罕聽聞，即使有類似之詞，其意涵恐也相距甚遠」，接著闡述西方「平等權」之「平等」的兩層涵意，一是「人生而平等」，二是「相同的事件應為相同的處理，不同的事件應為不同的處理；除有合理正當的事由外，不得為差別待遇」。

個人認為，也不見得傳統中國沒有平等的觀念，例如唐宋以來就極為流行的本土南宗禪，主張眾生平等和人人皆有佛性，故人人皆可成佛；宋明理學也主張人的本心和本性是相同的，每個人生下來都有天性和天理，每個人皆可成為聖賢。這些主張的背後，也有一套複雜的理論。至於權利，宋代已將「人道」一詞用於私奴婢，例如羅願（1136-1184）勸主人讓奴婢「及時婚嫁，不失人道」，袁采（約 1140-1195）以通俗語言寫下處世之道的《世範》，好讓「中人以下」也能讀懂，亦勸告主人要替孤單的奴婢「預為之擇其配，婢使之嫁，僕使之娶」。綜合兩者，「人道」既可指主人之善待奴婢，可謂之「仁道」，但亦未嘗不可以說，結婚生子已被視為奴婢作為人類的基本權益，這就有點「人權」的味道了。至於是否同罪同判，的確要看事情的嚴重性。例如一位救人無數的醫生殺了人，的確應跟其他殺人犯一樣，判以相同的罪如殺人罪，和處以相同的刑如死刑。但假如這位醫生是用了假發票來報銷實驗器材，的確應跟其他相同犯行的人一樣，判以相同的罪如偽造文書罪，但可能念在他救人無數的歷史和功能，處以較輕的刑。也就是說，「除有合理正當的事由外，不得為差別待遇」這句話，跟中國傳統的身分等級制的理論結合，亦未嘗不可用來支持奴隸制的。這讓我想到某些對二次大戰時慰安婦的合法性或正當性的雄辯，事實上我們還在找合適的地點來設置違反人性尊嚴的合法紅燈區，亦即可能有著比人性尊嚴更重要之合理正當的事由。無論如何，作者在這一節主要說明了新曲勝於舊曲的原因，值得參考。

第二個層面是在「實踐上」西方觀念對廢奴的貢獻。法律理念可以落實在立法和司法，當然還有著書立說等紙面的實踐（on paper），及教學和宣傳等行動的實踐（in action）。理論上，是「理念→立法→司法」三部曲，但以清末民初的亂世，跟宋明清的大一統無法比擬，我們難以在司法上苛責新曲無以落實，只能在立法上檢討，屬於本論文的第三節〈晚清民初奴婢制度的退隱與人口買賣的禁革〉（頁 340-346）和第四節〈舊刑法及現行刑法中有關人格平等的規範與現實〉（頁 346-354）。假如新曲在立法上也跟舊曲相去不遠，甚至在某些地方比不上舊曲，

那就未免讓人好奇，問題出在哪裡了。頁 343 也指出：「標榜以保護『法益』為宗旨所制定的適合於憲政體制的《欽定大清刑律》，在對買賣人口『使人為奴隸』的『人權』實質保障上，似乎反不如傳統的《大清現行刑律》，其理安在？很費思量！」

探討立法要看法典，本文從唐代說到清代，主要的根據是國家大典如《唐律疏議》和《大清律例》等。不用說，它們有著繼承的關係，有著百分之九十以上的雷同，但假如我們也利用其他的法律史料，便會發現唐宋明清有其他的新立法，讓各朝的奴隸制度出現不少落差，亦即舊曲之中，已出現變奏。歷史學人大都知道「唐宋變革」，即使不完全同意這變革的性質，也大都同意這次變革之後，也許不要再把唐宋視為一塊。不久前又有若干學人提出新說，認為 750 至 1127 年之間有一大變，是為唐宋變革，1127 至 1500 年是一塊，稱為宋元明過渡，1550 至 1900 年之間又有一大變，是為明清變革。無論如何，從唐到清，是不能視為一塊的，奴婢制度正是如此。一個重要的變奏，出現在宋代，而正如劉曉（元代司法審判中種族因素的影響）所言，元代在不少地方都「各從本俗」，並因逐漸漢化，在民法上偏向漢俗，故佔人口絕大多數的漢人和南人聘用奴婢，還是依照宋代的辦法。眾所周知，明代大部分回復漢法，其實是行之已久的宋法。由明至清，假如把焦點放在為數最多的漢人蓄奴，暫時不管異族如滿洲八旗的蓄奴，那麼宋代的變奏或新局面，應被明清的漢人社會所繼承，有小異而大同，成為明清的主流。這首由宋代的變奏進展而來的明清舊曲，也許不輸於清末民初的西方新曲，略述如下。

宋代的奴婢主要粗分為兩大類：官奴婢和私奴婢。官奴婢的來源主要是戰俘和重罪犯，後者即是以「沒官為奴」作為一種刑罰，有時是把死罪減輕為沒官為奴，有時是其罪的刑罰就是沒官為奴。終宋一代，沒官為奴作為一種刑罰不會廢止，這種奴婢當然不會消失，但犯重罪如十惡中的三逆者畢竟不多，皇帝有時也會特旨減免，故新的官奴婢大為減少，舊的官奴婢也時常因為大赦而得到解放，故學人甚少把宋代官奴婢的存在視為嚴重問題。唐代的「官戶」有些是作為賤民的官奴婢，宋人卻把「官戶」兩字用來指稱官宦之家，單從這一點，便可知變化之大，等於我們把官商雲集的信義路命名為華西街一樣。

私奴婢是宋史學人的研究重點，可分兩方面：一是如何保護合法的奴婢，亦即如何預防主人非法地對待奴婢。這問題持續至今，我們仍要立法預防雇主虧待甚至虐待勞工。二是如何預防非法奴婢的產生，這問題也持續至今。這兩種問題，在明清和民國也絕對存在，也有相應的法條，但正如今天的法條不是針對奴婢而

是雇工，明清的法條究竟是針對所謂「奴婢」還是類似今日的雇工，便要看明清奴婢的性質，和法條所針對的，究竟是合法還是非法的奴婢了。

就保護合法的奴婢來說，宋史學人的大多數共識，是唐代的賤民奴婢到宋代已大致消失，代之為良民奴婢，亦即良民才是宋代私家僕婢的主要來源和性質。儘管宋人和我們繼續使用「奴婢」兩字來指稱私家僕婢，但已非法律名詞，而僅是泛稱，「賤」字也一樣，大都作為形容詞。在法律上，男僕稱「人力」，女婢稱「女使」。學人的注目點甚至分歧點，是一位作為宋代權利主體的良民，一旦成為私家僕婢，他的良民身分與權利打了多少折扣。有學人認為是以工作年限為分野，超過若干年如五年的，依照法律，該位人力和女使便視為同居卑幼，受到同居法律的保護，不過這看法尚未成為多數共識。無論如何，針對良民從事人力和女使這個「職業」所產生的問題，宋代有新的立法加以保護，避免他們雖無奴隸之名卻有奴隸之實，例如他們跟雇主之間要訂立契約，最長不得超過十五年，期滿可以自由離開；他們可以由舊主轉雇給新主，但不能賣給新主；他們雖然不能告主（例如工資無著落），但他們的家人等可以投訴；他們不順從，雇主不得行私刑，尤其是刺字，而要報官處理；主人犯罪，他們不受株連等。另一方面，他們作為良民的某些權利也的確因為當了人力和女使而受損，例如法律禁止非法性行為，卻沒有把主人要求女使發生的性行為視為姦罪；反之，人力強姦或和姦主人的家人，雖然雙方都是良民，但人力之刑罰重於凡人等。就這些保護性的新法來說，不管立法跟司法之間的距離有多大，有法可依總大大勝於無法可據，何況還可研究立法背後的思想，如人道主義等。有一位曾相信馬克斯階級鬥爭論的大陸學人甚至承認，主人殺害奴婢固然有脫身的，「但從另一方面看，宋代關於奴婢遇害，而雇主受刑罰的記錄，似乎是更多一些」，包括一位宰相因愛妾殺婢而受彈劾免官。也許可以大膽說，在保護以良民為主的私奴婢免受主人不人道對待這事情上，宋代的立法和司法都有出色的表現。

就預防非法奴婢的產生來說，針對其產生的原因，如因貧窮和天災人禍的賣妻鬻兒、平時牟利性的人口買賣和奴婢買賣、蓄妓待沽，甚至官員帶頭犯法等，宋政府也有一定的對策，主要是史無前例地加強賑災，大力推動官私慈善企業，在立法上減少漏洞和加重刑罰，在司法上加緊取締，有時甚至代為取贖，讓子女脫離奴主回歸父母等。無論如何，這些人口買賣等行為是被界定為非法的，當某一件事從合法變為非法，如娶妾從宋元明清的合法變為今天的非法，應算是歷史上的進步。我們不要把非法的當作合法來研究，否則貪污就變成合法了；也不要把

一時權宜（如天災人禍）當作常態來研究，否則僧人就可以娶妻了；亦不要把司法的不作為或打折扣甚至違法當作立法的原意，否則就會誤會了《大清律》禁止人口買賣的法意了。非法的事情非到地球終止之日才會終止，讓雇工雖無奴婢之名而有奴婢之實的情況，如影片「血鑽石」所述和分布各地的血汗工廠，是會繼續存在的，但恐怕不能因此說我們沒有廢奴。

以宋代的目光來衡量，不免讓人懷疑，清末民初究竟有多少進步。就官奴婢來說，清代以異族入主中國，戰俘奴婢當然遠多於宋，但不知罪犯奴婢情況如何？到了民國，帝制政府沒有了，廢除罪犯奴婢似不甚難，這似屬政權更迭或制度改變的原因，跟人格平等不一定有關，亦即廢奴的原因其實不少，西方觀念只是其中之一，其優先性尚待確定。就私奴婢來說，也可分為保護合法的奴婢和預防非法奴婢的產生這兩方面來討論。以保護來說，頁 340-352 之案例雖不少，似不出宋代範圍，如大理院釋例謂：「嗣後貧民子女不能存活者，准其議定年限立據作為雇工，先給雇值多少，彼此面訂雇定之時，不問男女長幼，總以扣至本人二十五歲為限」（頁 345），似乎不出宋代年限契約的故智。以預防來說，假如買賣奴婢是法之所許（頁 329、335），那真是較宋代的一大退步。宋代雖無法根除人口買賣，甚至在非常情況如天災人禍時睜一只眼閉一只眼，但從不承認其為合法，因為只有賤民奴婢可以買賣，良民不能。

要言之，假如明清漢人社會的奴婢制度大致上是繼受宋代的，那麼我們恐怕要根據宋代的法制來分析當時的情況，才能明白清末民初的局面究竟新在何方了，吳豔紅〈試論明代中後期生員的司法參與〉頁 308 就有一個明代生員待奴不當而本應「合杖治之」的例子。假如清末民初廢奴的具體辦法並無多少新意，那麼一些西方觀念，除了在「理論上」增強廢奴的道理外，在「實際上」對奴婢們有甚麼較前代更好的益處呢？當然，要將抽象的觀念化作可以落實執行的法規，的確不是易事，正如我們都懂得公平公正公義，但我們的賦稅條款難道不是利富不利貧嗎。能夠將抽象觀念具體化，成為可操作的方案，且不失該觀念之原意的人，才更值得我們佩服。

一般百姓大抵不會明白沈家本所謂「生命固應重，人格尤宜尊」（頁 359）等抽象概念而較著意於可感可受的實際利益，不知道他們作為一位可能成為奴婢的良民，願意活在宋代還是清末民初。答案如是兩代都可以，那麼清末民初之進步為何？如何將先進之外來法律觀念，從少數精英的腦袋，移植或推廣到尋常百姓的生活，使其本土化，進而深植民心，成為一種日常的普遍價值，成為日常習慣

柳立言

或例行公事，亦即實踐傳統中國利用法律來「移風易俗」的構想，讓法律成為道德的高標而非低標，可真是古今一致的難題。在解決此難題之前，還是把抽象理念留在法學雲端，而把實施要點好好規畫，造福人世間為佳。

從上述兩文可知，「身分」在一件官司之中是否或在何等程度上發揮作用，一方面要看對手身分的高低，另方面要看事情之嚴重性；而且，正如上述，即使在法無明文之處，法官可以自由裁量，但還得顧及一定的合情合理。一如黃靜嘉〈從黜邪崇正到破除迷信〉和林端〈清末民初繼受西法後的宗教團體法人化問題〉所引發的反思，也許廢奴的理論基礎因西方觀念的傳入而更加完備，但即使不管司法只看立法，抽象觀念要具體化為可以執行的各式法條並不容易，它們甚至可能不如舊法讓百姓得到實際的利益，這是我們必須認真思考的問題。此外，在一些跨領域如法律與社會或法律與歷史變革的問題上，還得加強史學與法學的互通有無，前者十分重視某事某物的歷史脈絡和實際狀況，那是不能單從法典便能看到的。此外，縱是法律文獻如判詞、契約和遺囑，有些用語也不見得是專稱而僅是泛稱，不宜當作法律名詞來理解，這大抵也是中國傳統法律的一個特點吧。

本論文集的編排和校對有賴李如鈞和洪麗珠兩位博士後，謹此致謝。

柳立言

2013年8月22日