

## 前 言

公元 2014 年 3 月 26 至 28 日，中央研究院歷史語言研究所法律史研究室於該所舉辦「史料與法史學」學術研討會，共有大陸學人發表論文八篇、臺灣七篇、日本二篇，其中九篇經過兩次或以上的審查及史語所編輯委員會的終審，構成本論文集。根據會議邀請函所言，會議之目的如下：

以「史料」為主角，無論是探討新史料或舊史料，均希望能夠提出新的看法、新的議題、新的研究方向或領域等，尤其希望作者能夠較完整地指出研究的方法，包括工具書及電子資源的介紹和應用等。論文共分三種性質：

1. 對史料本身的研究，如其歷史、重要性、邏輯結構、正誤、重新解讀等。
2. 利用史料進行研究，重點放在「重要的題目」、「檢討過去的研究」，及「提出新的看法」等。
3. 回顧與展望，重點放在探討過去研究的優點與缺點，並提出未來的方向和方法等。

以下依次評述各篇論文以顯示其學術貢獻。

徐世虹〈文獻解讀與秦漢律本體認識〉主要利用傳世文獻，從三個重要問題入手，撥開學人已設之視障，重見秦律法律的本來面目，頗有抽刀斷水之氣魄，其勢如虹，令人思齊。

第一個問題是應如何理解李悝法經之出現、內容、性質、命名及與後世法律之關係。作者就三方面指出李悝以諸國法為本，撰述法經六篇的可能性：一是李悝「具有彙集諸國之法的思想基礎與理論意識」（頁 6）；二是諸國已有相對成熟的刑書可以作為史源；三是出土文獻有諸多律篇律名，如賊、盜、具、捕、雜律等，可以佐證李悝法經六篇→秦法經六篇→漢蕭何增為九章律的沿革。法經二字不見得是本名，可能是後人的通稱或尊稱，故「法經」之名雖不見於睡虎地秦簡，但不能推論便無其書，因其內容明顯出現（頁 8 註 24），主要是「作為基本的刑事法規」，不是全部法律（頁 7、12-13、14）。所謂正律與旁章，與其說是立法時已有的分別，不如說是一種價值觀念：正律主要指「居於正位或核心地位」且性質較為單一之刑法（「罪名之制」）；旁章，主要指「居於旁側」的他

法如事律（職制）等（頁 12-13）。最後，作者別出心裁，利用歷代刑法志，列舉構成「法典」之要件，包括編纂動因、程序、條件以及性質等，指出秦漢至魏律之差異，認為學人與其爭論李悝六篇、秦法六篇和蕭何九章「是否法典」，不如縱向探討它們的發展軌跡（頁 14）。

作者不從後律看前律，也不從西律看中律，而直接探討法籍自身的特色，在研究方法上非常可取，也引發一個疑問。一般以為，李悝法經「皆罪名之制也」，但有無可能兼有正律之刑法和旁章之他法（如職制等）？（1）如法經只有正律，那為何沒有旁章？頁 6 引池田雄一，指出李悝「『用法』又分為刑罰之源與為國之道」；為國之道既被稱為「用法」，內容可能為何？與刑罰之源又如何分野？是否刑罰之源可能接近正律之刑法，為國之道接近旁章之行政與制度？（2）頁 21 說得好：刑事法律「地位的重要並不同於在一開始它就能夠與其他律篇割裂開來而獨立成為一個『法典』。……據出土文獻，六篇又與它篇呈一體關係，因此至少在目前尚無將刑事法規獨立出來的明確證據」。那麼，法經是否也如此，自身並非全是獨立的刑事法規？李悝有無可能既編撰刑法正法，也兼顧他法旁章？（3）頁 3 及 21 引《晉書·刑法志》「商君受之〔李悝法經六篇〕以相秦。漢承秦制，蕭何定律，……益事律〈興〉、〈廩〉、〈戶〉三篇，合為九篇」，頁 21-22 引富谷至，認為蕭何所作的，主要是在這三篇身上，「新增了刑事法規，成為具有刑罰性質的廩律、戶律、興律」。那麼，是否可以說，秦制本來就包含不具刑罰性質的廩律、戶律、興律？三者如來自李悝而非秦國其他法源，那能否旁證，法經多少含有旁章之事律？（4）如法經已兼有旁章之實（內容）但無其名，魏律正式提出正律與旁章之名及兩者之分，那麼秦漢與魏在法律編纂史上是否真的可以畫分為兩個階段，魏且達到「一個新的高度」（頁 14）？研究者或可更清楚說明，畫分階段之標準為何。頁 13 魏律之編纂共有六項（A 至 F），頁 14 秦漢律之編纂也有五項（A 至 E），只差一項而已，也許可將兩者併作一個表格，左右比較，更能看出魏晉在何處勝過秦漢。

第二個問題是商鞅「改法為律」究竟指甚麼，和《語書》「法律令」一語之中的法跟律和令的關係為何。前者甚為複雜，用上歷史六問，便要回答 when、where、who/whom、what/which、why、how、whether（有無其事、有無效用等）。第一，改的時間點為何？如據頁 15 所引《唐六典》「李悝集諸國刑書，造《法經》六篇。……商鞅傳之，改法為律，以相秦」，是在相秦之前而非之後，但《唐六典》的資料出處不明。第二，改的地點為何？是秦國全境還是部分

地方。第三，改的推動者是商鞅，對象為何？是李悝的法經，還是包含秦地的舊法。如據頁 14-15 所引《唐律疏議》，僅是法經，但《疏議》的資料出處不明。第四，改了甚麼 what 和哪些 which 最重要？頁 17-18 引《史記》「衛鞅說孝公變法修刑」及李平〈「改法為律」的再討論〉，認為「改法為律」不讀作「改……為」而作「改法、為律」，改字與為字均作動詞，乃平行之兩事。改法為律或是《史記》「變法修刑」的另一種表達，可能解作改變秦國舊有的法度和修定新的刑律。如是，法是 what，刑是 which；法是通稱，刑是專稱。

同樣，作者以為睡虎地秦簡《語書》之「法律令」一語中，「法」是通稱，是「一切規範或法觀念的總合」，一如今日之法律，而「律」和「令」是專稱，是法律之內的兩種形式（又見頁 27 之良吏明曉「法律令」而惡吏不明「法律令」）。作者又舉嶽麓書院藏秦簡《為獄等狀四種》及張家山漢簡《奏讞書》為證，指出只見引用律和令，不見引用法（頁 18-19）。此說言之成理，但法、律、令三詞之用法並不固定，會隨史料上下文脈絡而變動，當三者同時出現之時，更讓人提心吊膽。頁 18 引《管子·七臣七主》：

夫法者，所以興功懼暴也。

律者，所以定分止爭也。

令者，所以令人知事也。

三句之平行關係遠較「改法為律」為明顯。或可解作：

「法」這種法律形式的功用是賞罰：以賞興功、以罰懼暴，可能接近宋神宗口中的格和律 / 敕，格是設於此以待彼之至（何功則何賞），律 / 敕是治其已然（何罪則何罰）。

「律」這種法律形式的功用是規範：明定尊卑貴賤、預防相爭，可能接近神宗之令，禁其未然。

「令」這種法律形式的功用是制式：號令士庶、知曉行事，可能接近神宗之式，設於此以待彼效之。

如是，《管子》所說的「法、律、令」剛好是古代中國法律的三種最主要形式和功用，不多也不少。又頁 20 引《晉書·刑法志》：

又律法斷罪，皆當以法律令正文，若無正文，依附名例斷之。其正文、名例所不及，皆勿論。……至於法律之內，所見不同，適得為異議也。

開首「律法」二字似是通稱，一如後文「法律之內」；接下來的「法、律、令正文」三者是專稱，指三種不同形式的法律條文，「正文」指官方版本的條文，亦

作正條（見下段）。全句或可解作：用律法來斷罪時，都要依照法、律、令這三種法律形式的正式條文。如無正文，便要參照〈名例〉作為總則的罪名來斷罪。如正文和〈名例〉都沒有對應各該罪行的罪名，就不論罪。

我們先從辯證法的正面說起，若將《晉書》放在時間的縱軸，與唐宋律疏比較，亦可見「斷罪皆當以法律令正文」或指法、律、令三種法律形式。《宋刑統》卷 30 沿襲《唐律疏議》同卷說：「諸斷罪，皆須具引『律』、『令』、『格』、『式』正文，違者笞三十」；「犯罪之人，皆有條制，斷獄之法，須憑正文，若不具引，或致乖謬。違而不具引者，笞三十」。其後又引五代後唐明宗長興二年（931）敕節文：「今後凡有刑獄，宜據所犯罪名，須具引『律』、『令』、『格』、『式』，逐色有無正文，然後檢詳『後敕』，……。『律』、『格』及『後敕』內並無正條，即比附定刑」。由此可見，凡是「正文」兩字之前，都是當代最主要的法律形式的專稱，如律、令、格、式和後敕。歷史發展本來就有不變與變的兩面，若某一發展恰好是不變之處多於改變之處，則從後史看前史不失為可行之研究法。

再從反面來說，假如《晉書·刑法志》「又律法斷罪，皆當以法律令正文」之第二個「法」字是指法律之通稱或「律令的精髓或總括」（頁 18）而非某種法律形式之專稱，那麼通稱的東西何來「正文」？如解作「以律法斷罪，都要依照律和令的精髓或總括，以及律和令的正式條文」，那是否太累贅？何況，依照律令的精髓或總括去斷罪，跟引用律令的正條去斷罪是否剛好矛盾？前者有如抽象的法理論或法思想，後者卻是具體的法條，如允許同時以兩者斷罪，是否反失去「正文」這個重點？此外，假如允許以法理斷罪，似乎就不需要進一步規定「依附名例斷之」，也無所謂「勿論」了，因為利用法理的話，不當的行為總有罪可論。《晉書》為何說「法、律、令」而不說「律、令、故事」（見下）或其他，則是一個需要另議或再議的問題。整部《晉書》唯此一見，但〈刑法志〉有「『法』漸多門，『令』甚不一」，既說「議斷不循『法律』，人立異議，高下無狀」，亦說「處事不用『律令』，競作屬命，人立異議」等，讀來但覺「法」、「令」、「法律」、「律令」都是通稱與專稱混用，難有規律可言。

第三個問題是事律的內容及性質為何？目前的多數共識，認為「事」是指有關職制（行政、制度和職守）等的規定，「律」是指違反該等規定之罰則。根據《晉書》，事律共有〈興〉、〈廩〉、〈戶〉三篇，以漢初《二年律令》之戶律為例，其中之制度有：什伍相司、里邑門之制、田宅之制、有關田租的特別規

定、占年之制、戶籍之制、繼承之制、立戶分戶歸戶之制等；其中之懲罰有：官吏稽遲田宅簿籍手續、官吏稽留戶籍遷移、官吏違反戶籍等各種簿籍的保管規定及相關職務、官吏阻撓和刁難遺囑等。令人好奇的是，頁 25 根據《二年律令》及《晉書·刑法志》重建之金布律，只有各種規定而無違反規定之罰則，亦即只有杜預口中「律以正罪名，令以存事制」的令而無律，作者不妨補充，以更為增強本節之結論：含有律篇的秦漢出土文獻，呈現「由性質較為明確的刑律之篇與涉及國家各項事務的職事之律構成的一個體系。所謂正律與旁章，也可看成是這種關係的體現」，律令分途之後，令的基本功能是剝離並承載了原先由律統攝的制度規定（頁 29）。

最後，作者總結指出，根據各種文獻，秦漢律的結構是以單篇律為構成要件，其上沒有固定之總名，有如一本書只有各章各節之名而無一定之書名，其章節之邏輯安排為罪名之制與職事之律（頁 30）。傳統文獻在傳承的過程中會轉變失真或名同義異，出土文獻也有幾點必須注意：一，文本的形式和性質，如原本還是抄本。二，製作的目的，如私陪葬之用還是官吏履職之用，前者節略的情況可能多於後者。三，規定與實際的差異，如按照規定，法律各版本必須一致以維護其權威性，但「在法律的傳播過程中，因用途不一而導致抄本各異的情況並不能完全排除，如抄本中有無抄寫者出於某種原因而糅合的主觀提煉，出於法律宣教、司法實務之用的文本與原始立法文本的差異何在，這在利用墓葬出土法律文書時是應當首先思考的」（頁 32）。總之，傳世文獻與新出土文獻的記載無可避免地出現差異甚至矛盾，應如何磨合，必須同時兼顧文獻學與歷史學。

初山明〈簡牘文書學與法制史——以里耶秦簡為例〉的要點有三：一是簡單介紹簡牘文書學。二是利用這套學問或研究方法，探討公文的編製流程，主要是：散件→束/冊→附上標示內容的標題簡（小標題）→同類者放入筭→附上標示內容的標題籤（大標題），以便檢索。三是以之探討法律的執行過程，主要是：訊問紀錄→正式審理→獄已具。作者指出，隨著更多史料的面世，本文可能要大幅修正，甚至「完全失去意義」（頁 39）。個人認為，本文至少有一事可以永垂不朽，就是作者謹慎謙虛的研究態度。

作者在結語簡單比較里耶秦簡和〈奏讞書〉以顯示前者的特點，說：「如果要討論簡牘形狀、書寫形式等文字信息以外的屬性，能從〈奏讞書〉中得到的信息則有限。這也是當然的事，因為〈奏讞書〉是一種典籍，它關注的只是文字信

息的記錄和傳達，文書和紀錄具有的其他屬性都不在它關注的範圍內」（頁 67）。所引伸的問題是：竹簡等實物與印刷的典籍應如何配搭使用。

就「與訴訟有關的文件與工作」一節來說（頁 59-66），儘管作者已盡力利用已發表的里耶秦簡，但其發現究竟在何處超越學人以傳世文獻作為主要史料所獲得的研究成果？面對二手資料，本文的里耶秦簡作為原始史料，其作用是創新、修正、補充，還是只作為附加？以「獄已具」為例，檢索電子文獻所獲得的資料，是否已足夠回答何謂獄具？具字無爭議，指某項工作的完成完備（如頁 61 之訊問過程「已具」），關鍵是獄字。審判有多個環節或階段，是否每一個環節的完成都可稱為「獄」具？例如拘留涉案者完畢，能否稱為「獄」具？假如不是，「獄」指審判的哪一個階段？或者說，在取供、擬罪、檢法、議刑、判決（定罪和量刑）、覆核、執行等過程裡，哪些環節的完成，可稱為「獄」已具。頁 63 引用〈二年律令〉之興律：

縣道官所治死罪及過失戲而殺人，獄已具，勿庸論，上獄屬所二千石官。  
二千石官令毋害都吏復案，聞二千石，二千石官丞謹掾，當論，乃告縣道官以從事。徼侯邑上在所郡守。

作者認為，「這篇律文是說，如果是死罪及過失殺人和戲殺，即使『獄已具』，不能立即『論』。那麼反過來說，其他的犯罪，只要『獄已具』，就可以據此論罪」。縣廷「為論罪所需要的工作已完成，有關文件都準備完畢。……向所屬二千石官『上獄』時，呈上的為論罪需要的所有文件」（頁 64、66）。也就是說，這裡的獄具，是指縣廷向州府提供各種犯罪證據和法律意見等，請州府根據它們來論罪。如是，獄具是論罪的前一項工作，並不包括論罪。

個人則認為，獄具即是判決，包含定罪和量刑。獄具不是判決（judgment）的前奏，而是執行（execution）的前奏。我們試將〈二年律令·興律〉進行「五鬼搬運」，重點是把史料的主要內容淘空，搬運到一個按照史料的內部邏輯加以分門別類的表格裡：

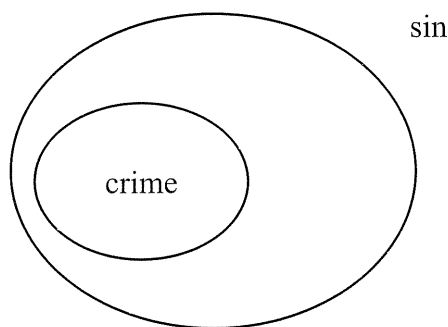
審理者	面對之罪名	判決 (定罪和量刑)	判決是否恰當	執行
縣道官	死罪及過失 戲殺人	獄已具	勿庸論（不管 所論如何）	須上報二千石官
二千石官	同上	令屬吏復案， 並眾議	當論（縣廷所 論恰當）	告縣道官執行

如是，這裡的獄已具，是指「縣廷的判決及其背後的完整或最重要資料」。縣廷上呈州府的，不但有證據等資料，而且有根據它們所作出的判決（定罪和量刑），本身已是一個完整的審判，有如今日之一審（事實審）。假如不是死罪及過失殺人等而是其他罪名，縣廷本身就可按照判決來執行，並無所謂下一步之論罪；但因死罪人命關天，才需要上報州府，進行復按（review），以免枉殺，有如今日之二審三審（法律審）。頁 64 張湯審鼠，「具獄，磔堂下」，具獄應是判決，其所定之罪是某種窮兇極惡的大罪，所量之刑是比絞和斬更為嚴厲的磔刑，然後是按照判決執行，分屍於堂下。張父「視其文辭如老獄吏，大驚，遂使書獄」，其中的「文辭」和「書」都應是判詞。于定國大哭的對象，應是縣的判決被府接受了（「具獄上府」），接著便要執行。如是尚待府去論罪，于既未知定罪為何，也未知量刑為何，就未免哭得早了一點。其餘各例的獄具都可如此類推，不贅。

要之，實物與典籍、一手與二手資料各有所司，各有其重要性，必須同時應用，互相發揚。

宮宅潔〈中國古代「罪」的概念——罪穢、淨化、分界〉指出，日本與歐洲因為宗教的緣故，往往把「罪」視同「污穢」，而污穢帶來「災禍」，三者一體，故需要淨化以免遺害人間，簡言之就是「犯罪＝污穢＝災禍←淨化」（頁 72-73）。古代中國也有類似痕跡：一，將嚴重觸犯禁忌（taboo）的行為，如弑君謀反和謀殺父母等，視為具有感染能力的污穢，要用「汙瀦」和「汙池」等方法，把污穢封鎖起來。由此亦可知，古人認為水具有隔離和淨化污穢的能力。二，選擇於「衢」（十字路口）行刑。衢既是道路的分叉點，也是會合點，象徵與「異界」的連接。在此地處決罪犯，表示將罪與「不祥」放逐到別的世界，以淨化現實世界。

本文牽涉的問題相當多，以下僅從宗教的角度提供一些意見，主要是 crime 與 sin 的關係，及它們跟國家司法的關係。個人用 crime 來指稱世俗所定義的「罪」，大都在法典之中，不是每個人都會犯，例如尚在襁褓中就去世了；sin 指形而上或超自然力量如神明（以下概稱神明）所定義的「原罪」（有如本文所稱之「病源」，頁 99）、「惡」，或「污穢」。有些宗教如基督教和天主教的《聖經》上說，每個人一生下來便帶著原罪，有些像中國思想家所主張的人性本惡之惡。以圓圈比喻兩者的關係，crime 是小圓，sin 是大圓，crime 全在 sin 之內，跟宋明理學認為每件事物背後都有一個「理」頗為類似，可圖示如下：



對一個相信神明的人來說，盜賊不但得罪了人，也得罪了神。一方面他必須接受世俗的審判和懲罰，進行贖罪，始能恢復無罪之身重新進入社會；另一方面他必須接受神明的審判和懲罰，進行贖惡，始能成為無惡的人得到安息或進入死後的福地，例如基督徒藉著耶穌的寶血得到潔淨（cleansing）和重生（revival），進入天堂而非地獄；佛門子弟販賣異常的食用油，一方面要接受世俗的審判，另一方面要向佛祖交代清楚，才能不下油鑊。若偷盜是行為上的異常，那癡瘋、缺肢、駝背甚至奇醜無比（如鐘樓怪人）等便是身體上的異常，往往被認為是神明對當事人某種未贖的罪或惡的懲罰，那麼他們是否也要接受世俗的審判、懲罰和贖罪（潔淨）？如是，應以何種方式定罪（見頁 78-79 對「毒言」之描述）、以何種方式懲罰，和以何種方式潔淨？簡言之，罪（crime，包含行為異常和身體異常等）是由原罪（sin）所引起，故其懲罰和贖罪，既要對應其世俗的嚴重程度，如處笞刑以至死刑，也要對應其宗教的嚴重程度，如獻上鴿子以至羔羊的血祭等，兩者都有比例原則。讀者只要概念清晰，掌握 crime 與 sin 的異與同，自能參透研究之重點，對諸多看似複雜的問題一想就通。

接下來就是法律史一個大問題：法律（crime）與宗教（sin）的合與離。眾所周知，傳統中國從政治與宗教合一逐漸演變為政教分離，法律與宗教亦是如此。本文意在凸顯古代法律與宗教的關係，今日則標榜法律與宗教沒有關係，執法者只管 crime 不管 sin，將癡瘋、缺肢、駝背等異常一概視為病患和缺陷，與神明無關，也不再認為大旱大澇等異象是天譴。這個變革從何而來？是來自他力（如西方的影響）、自力，或是兩力俱有？在研究方法上，有幾點可綜合一談：

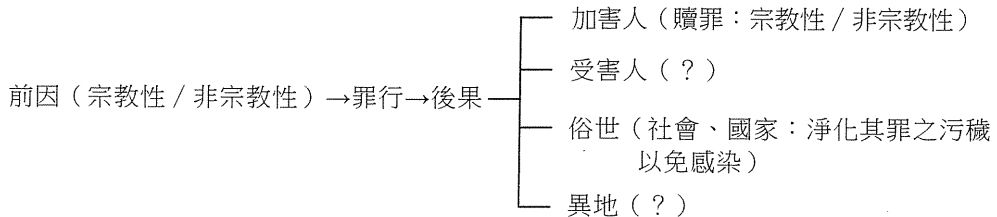
1. 中國傳統法律是全都還是局部跟宗教有關？如是局部，即上圖的二圓並不完全重疊，便應分別解釋，為何這部分與宗教有關、為何那部分跟宗教無關（頁 76）。



2. 在跟宗教有關的部分，理應選擇關係比較明顯的來研究。本文所說的謀反弑君和殺害父母等禁忌，似乎不是那麼相關。作者以為污瀆等方法是為了隔離和淨化污穢，且「讓社神無法與外部通行」（頁 84），但疑問有四：一，並無直接證據。頁 80、81、82-83 引用的四段原始史料可謂詳細，尤其是頁 82-83 對刑罰的目的有不少討論，其中假如真有污穢或淨化之說，理應或多或少地流露，不應無影無蹤。二，原文「豬其宮室以為汙池，納垢濁焉，名曰凶墟，雖生菜茹，而人不食」（頁 83）和「逆人之誅也，尚污宮、伐樹，而況其子女乎」（頁 84）等，似乎是指故意「污染」罪人的居所（「納垢濁焉」），使之成為毫無生機或風水已被破壞的凶宅和惡地（凶墟），縱使長出了植蔬，也不敢食用。這跟在水裡下毒，連水族都不放過，和伐樹之後在土地裡撒鹽或酸使其成為廢土是同一道理。「污宮」與「伐樹」連用，「污」和「伐」都是動詞，兩者上接「逆人之誅」，也都應是「誅」的內容，亦即作為一種懲罰。如是，史料所述跟作者所論剛好相反，是污染而非潔淨，是作為懲罰之一環而不一定是驅魔去邪。三，是否所有弑君謀反和殺害父母的案件都同樣處理？如非，即同事異判，便要解釋為何某些同樣的罪行沒有污穢的問題，無需淨化。四，謀殺父母屬十惡之惡逆罪，其中還有毆父母、毆及謀殺祖父母、兄弟以至外祖父母等，其懲罰是否都包含淨化？巫蠱害人（頁 79）屬十惡之不道罪，其中還有殺一家三人等，其懲罰是否也包含淨化？如非，即同惡異判，便要解釋為何某些同類的惡行沒有污穢的問題，無需淨化。也許可先找出所有或多數淨化的例子，加以分門別類，看出哪些罪行被視為污穢需要淨化。
3. 水同時具有世俗和宗教的潔淨能力是可以肯定的，後者如約旦河（基督徒受洗除罪）和恆河的故事均耳熟能詳，中國傳統亦有禳祓之風俗，但不見得凡用上水便一定是淨化，也不見得淨化非用水不可。例如中邪著魔的人不一定用水潔淨，可以過火；將一個謀反的王侯豪宅用水浸泡也工程浩大，為何不用火？被認為會傳染的污穢，是否用火燒個一乾二淨更為有效？作者可否兼論其他淨化的方法，尤其在佛教傳入之後？
4. 衢作為刑場可能具有宗教性作用，如拋棄不祥和淨化現世等，是言之成理的。但是，在身分階級制度下，若干士大夫享有在家受刑（尤其是死刑）的特權，他們以何種方法處理不祥？假如他們的處理方法與在衢的處理方法不無相通之處，則對防範不祥來說，較為重要的措施也許不是行刑的場地，而是行刑之前和之後的宗教儀式。此外，非死刑的刑罰，如枷鎖示眾等，也在衢進行。犯人

既沒有從生入死進入「另一個世界」，那麼他們罪行污穢的「傳染性」（頁 88）如何得到隔離或淨化，不致污染「這個世界」（頁 98-99）？

5. 比較前朝與後代，即時間上的變與不變。到了後代，弑君、殺親和巫蠱等罪行是否甚少需要或已經沒有以水或其他方式淨化。如是，為何它們不再污穢了？反過來說，是否有一些前朝不視為污穢的罪行，到了後代被視為污穢需要潔淨？在這裡或可觀察本土自力的作用，或是受外族和外來宗教如佛教的影響。
6. 解釋轉變的原因時，也要分兩方面：一是法律與宗教從合變離，二是從離變合。
7. 可留意民間與政府的想法與做法每有不同。民間行私刑，把姦夫淫婦淹死，可能是懲罰的作用大於淨化。
8. 如下圖所示，本文尚未處理受害人（或其親屬）及異地（神明、另一個世界）對罪行的回應：



無論如何，本文打開了研究法律與宗教的另一扇窗。它清楚展示，不管是罪行、罪名、罪罰、刑具（如水）和刑場等，無一不可作為研究的切入點。它也提醒我們，必須進入古人的腦海裡研究古代的法律。一個沒有宗教信仰的現代人，必須先看到古人法律思想裡的諸多神明，才能看到古人法律行為中的宗教因素。

李均明〈長沙五一廣場東漢簡牘考證八則〉主要是釋文和片斷的釋義，讀來意猶未盡。針對其應當修訂不，叩首處言如下，死罪死罪：

一，標點、分段、文意

頁 104 第一則：

謁舍，以錢四萬寄次元。柱暴病物故。少從次元來，柱錢不可得。書到，亟實核次元應當以柱錢付少不？處言。興叩頭死罪死罪。得書，輒考問。

少及次元辭皆曰：次元，縣民，都

建議或作：

謁舍，〔柱〕以錢四萬寄次元。柱暴病物故；少從次元來，柱錢不可得。

書到，亟實核次元應當以柱錢付少不，處言。

興叩頭死罪死罪：「得書，輒考問。少及次元辭皆曰：『次元，縣民，都……』。……」。

案：如篇幅許可，一事一段；所言之事，可加引號。下文與此相同者，不贅。

頁 107 第二則：

永初五年七月丁未朔十八日甲子，直符史奉、書佐譚敢言之。直月十七日，循行寺內獄司空、倉、庫，後盡其日夜，無詣告當舉劾者。以符書屬戶曹史陳躬、書佐李慮，敢言之。

建議或作：

永初五年七月丁未朔十八日甲子，直符史奉、書佐譚敢言之：

直月十七日，循行寺內獄司空、倉、庫，後盡其日夜，無詣告當舉劾者；以符書屬戶曹史陳躬、書佐李慮。

敢言之。

案：如篇幅許可，或將兩個「敢言之」中間的文字獨立成段；如加引號，則是「直月十七日，……。敢言之」。前後兩個敢言之，有如今日之「說明如下：……。以上」，年青人好為此，直是以吏為師，少染官僚風習，我心卑之。

頁 108 第三則：

都鄉利里大男張雄，南鄉匠里舒俊、逢門里朱循、東門里樂竟，中鄉泉陽里熊趙皆坐。雄賊曹掾，俊、循吏，竟驂駕，趙驛曹史。

建議或作：

都鄉利里大男張雄，南鄉匠里舒俊、逢門里朱循、東門里樂竟，中鄉泉陽里熊趙，皆坐。雄，賊曹掾；俊、循，吏；竟，驂駕；趙，驛曹史。

頁 112 第四則：

皮船載官米，財〔才〕遣，孝家從皮受錢。……今月六日遣屯長王于將皮詣縣，與孝、誼。詆未到。亭長姓薛不知名奪收捕皮，毆（繫）亭。

建議或作：

皮船載官米，財〔裁〕遣孝家從皮受錢。……今月六日，遣屯長王于，將

皮詣縣，與孝誼詆〔商議抵償之事〕。〔孝〕未到，亭長姓薛不知名奪收捕皮，繫（繫）亭。

案：財可作「才」與「裁」，二說均見頁 113，但此處作裁定較佳，亦見頁 122「唯明廷財省」及頁 128「唯明廷財」，均作「但聽貴處裁定、省識」。此處大抵是先有了王皮的敗訴，依裁定，差遣彭孝到王皮那裡領受欠債，孝一直未到，而皮要押船上道，然後才有薛亭長敢以裁定為據，拘留王皮，以待彭孝到來（詳後）。

頁 117 第五則：

府告兼賊曹史湯、臨湘：臨湘言攸右尉謝栩與賊捕掾黃忠等別問僦趙明宅者完城旦徒孫詩，住立，詩畏痛自誣：南陽新野男子陳育、李昌、董孟陵、趙□□等劫殺明及王得等。推辟謁舍、亭例船刺無次公等名縣，不與栩等集問詩，詩自誣無檢驗，又詩辭于其門聞不處姓名三男子言渚下有流死二人。逐捕名李光、陳常等，自期，有書。案□移湯書：詩辭：持船於湘中糴米，見流死人。縣又不錄（錄）湯書，而末〔原釋作未〕殺，不塞所問，巨異不相應，何？答在主者不欲實事。記到，湯、縣各實核不相應狀……。

建議或作：

府告兼賊曹史湯、臨湘：

- (1) 臨湘言：攸右尉謝栩與賊捕掾黃忠等，別問僦趙明宅者完城旦徒孫詩。住立，詩畏痛自誣：「南陽新野男子陳育、李昌、董孟陵、趙□□等，劫殺明及王得等」。推辟謁舍、亭例船刺，無次公等名。縣不與栩等集問詩，詩自誣無檢驗。
- (2) 又詩辭：「于其門，聞不處姓名三男子言：渚下有流死二人」。
- (3) 逐捕名李光、陳常等，自期，有書。案□移湯，書：「詩辭：『持船於湘中糴米，見流死人』。』  
縣又不錄（錄），湯書而未殺，不塞所問，巨異不相應，何？答在主者不欲實事。記到，湯、縣各實核不相應狀……。

案：重點是孫詩的供詞有三個版本，但縣廷似乎有意隱瞞，而太守府派來調查的湯曹掾也沒有釐清三者的異同，府乃訓飭縣和湯，並下令兩者各自進行實核：

孫詩供詞三版本	來源
(1) 陳育等四人劫殺兩位死者。	在縣吏謝栩和黃忠等人的刑求下，孫詩所作的自誣。經過推辟調查，不足採用。由此亦看到當時對人口管制之嚴密。
(2) 孫詩自己在所賃趙明宅的門前，聽到有三位男子說：渚下有流屍二具。	可能是在刑求之前，孫詩所作的自供。
(3) 孫詩自己行船販米時，看到流屍。	可能來自逐捕者李光和陳常的問供，有書，且移送湯府掾。湯將之寫進自己的調查書，上報回府。根據湯書，府發覺縣的調查書沒有這個供詞，而湯也沒有追究三個供詞的異同，未能結案，於是下令湯和縣分別核實，其結果也應是分別呈送回府如前，彼此不會看到對方的調查書。

頁 122 第六則：

待事掾王純叩頭死罪白：男子黃胡前賊殺男子左建亡，與殺人宿命賊郭幽等俱強盜女子王綏牛，發覺。純逐捕胡、幽，胡、幽不就捕，各拔刀戟□□□□刺擊。純格殺胡、幽。……禹於純對門李平舍欲微殺純。……禹瘦（瘦）平後落去。

建議或作：

待事掾王純叩頭死罪白：男子黃胡前賊殺男子左建，亡，與殺人宿命賊郭幽等俱強盜女子王綏牛。發覺，純逐捕胡、幽。胡、幽不就捕，各拔刀戟□□□□刺擊；純格殺胡、幽。……禹於純對門李平舍，欲微殺純。……禹瘦（瘦）平後，落去。

案：本案有兩點值得注意：一，黃胡殺害左建，逃亡，又與殺人慣犯郭幽強搶女子王綏的牛。事覺，縣掾王純展開追捕，並格殺二人。根據《唐律疏議》，若罪人空手拒捕，捕者殺之有罪；若持械，無罪。此處明言二人「不就捕，各拔刀戟□□□□刺擊」，表明王純格殺二人之合法性，可見唐律承襲漢律之一面。二，黃胡之兄弟宗及禹打算為其報仇，前後已三次。第一次在二月，一共四人，各懷兵器，到王純辦公之處伺機而動；王因到外地出差，不在。第二次在三月，宗和

## 柳立言

禹到王的住處伺候。第三次在四月十三日，黃禹住進王純對門李平的房子（可能是租賃或旅舍），意欲僥殺王純。李平告知王純，王純乃持刀自衛。黃禹把李平教訓一頓後，落失去向，不知所蹤。王純擔心家人安危，於二十二日上書縣廷，請嚴令屬吏詳議黃宗等人的所作所為，謀求對策。個人認為，黃禹等人身懷兵器，又有殺人之計畫，已符合預謀殺害之要件，不知漢代對此情狀如何處理？

頁 125 第七則：

今月四日，倫將力田陳祖，長爵番仲，小史陳馮、黃慮及蔡力度男子鄭尤，越襲、張昆等流□田；力別度周本、伍設昭田。其日昏時，力與男子伍純爭言鬥，力為純所傷，凡創四所，輒將祖、仲等詣發所，逐捕純，不得。盡力與亭長李道並力逐捕純，必得為故。

建議或作：

今月四日，倫將力田陳祖，長爵番仲，小史陳馮、黃慮及蔡力，度男子鄭尤、越襲、張昆等流□田；力別度周本、伍設昭田。其日昏時，力與男子伍純爭言鬥，力為純所傷，凡創四所。

[倫]輒將祖、仲等詣發所，逐捕純，不得；[當]盡力與亭長李道並力逐捕純，必得為故。

案：倫或為「輒將」與「盡力」等事之主詞。

頁 128 第八則：

即日得府決曹侯掾、西部案獄涂掾、田卒史書，當考問謙會、劉季興、周豪、許伯山等。謹白：見府掾卒史書期日已盡，願得吏與並力考問伯山等。

建議或作：

即日得府決曹侯掾、西部案獄涂掾、田卒史書，當考問謙會、劉季興、周豪、許伯山等。

謹白：見府掾、卒史書，期日已盡，願得吏與，並力考問伯山等。

二，同類史料可列表比較以見其差異

頁 107 第二則及頁 108 合計四條史料均屬交班，作者謂「值班報告也有了固定的格式」，但將四條史料一字不漏搬到下表之後（我戲稱為五鬼搬運研究法），可看到三個不大固定的地方：

時間	交班者	交接事項	接班者
1. 永初五年 (111) 七月丁未朔十八日甲子，	直符史奉、 書佐譚敢言之：	直月十七日〔癸亥〕，循行寺內獄司空、倉、庫，後盡其日夜，無詣告當舉劾者；	以符書屬戶曹史陳躬、書佐李慮。〔以上〕敢言之。
2. 建始二年(-31) 十月乙卯朔丙子，	令史弘敢言之：	乃乙亥直符，倉庫戶封皆完，毋盜賊發者。敢言之。	
3. 建平三年(-4) 七月己酉朔甲戌，	尉史宗敢言之：	乃癸酉直符一日一夜，謹行視，錢財物藏內，戶封皆完，毋盜賊發者。敢言之。	
4. 更始二年(24) 正月丙午朔庚申，	令史□敢言之：〔案：為跟前兩則一致，應將原文逗號改為句號〕	乃己未直符，謹行視，諸藏內戶封皆完，時毋水火盜賊發者；	即日付令史嚴。敢言之。

一目了然，有三項並不固定：

一，時間：東漢之 1 有「十八日」，與西漢之 2、3、4 不同，是否兩漢之差異？

二，交接事項：2、3、4 相較，4 多了水火，不知有無重要性？

三，接班者：頁 107 謂「署明交班對象是直符書不可或缺的內容之一，如此方可保障值班能連續無漏缺」，但 2 和 3 均無交接對象，1 也只是孤證一條，可多舉。此外，姓名的寫法亦不同：4 只書名不書姓（嚴），而 1 是姓與名俱全（陳躬、李慮），未知是否兩漢的普遍情況。此處姓名寫法與頁 128 第八則亦大異，第八則之自稱是先姓名再名，如「待事掾逢〔姓〕延〔名〕叩頭死罪白：……。延〔名〕愚慙惶恐，叩頭死罪死罪」，而他稱均書姓不書名，後接官稱，如「決

曹侯〔姓〕掾、西部案獄涂〔姓〕掾、田〔姓〕卒史」，是否因為第八則是下級對上級？

三，將史料依時間人物地點等填表

頁 112 第四則是發生在永元十五年閏正月前後的債務和行政糾紛，十分有趣，僅憑字面推測如下：

時間	人物	事件：以（1）表示運糧，（2）表示債務，以見兩者在官方論述裡的比重
	王皮、彭孝	船師王皮運送四千五百斛官米作為軍糧，報酬是六百卅斛，約七分一，利潤甚豐。不知何故，與彭孝發生債務糾紛（夫或作伏）。官府裁定王皮當償，並遣彭孝到王皮那裡領取欠債，但彭孝沒有前來。
六日	武陵郡大守伏波營軍守司馬朱郢	負責監督運糧，遣屬下屯長王于，將王皮帶到臨湘縣，跟彭孝商議抵償之事。彭孝還是未到，王皮要押船上路，亭長薛某乃拘留王皮，繫於亭，以待彭孝到達。
六至七日	朱郢	將王皮欠債（2）及薛亭長拘留王皮等事上報長沙府，表明自己的擔憂：「空船無攝護者。亭重船稽留有日，不得發，恐宿夜災異，無誰詭責」（1）。
八日癸酉	長沙府財吏馬、朱郢	（1）嚴令臨湘縣立即派遣代替王皮攝船的人到朱郢處報到，押米船上道。 （2）解決王皮獄訟，將王皮手械，由部吏傳送到武陵郡臨沅縣保人官之處。
十日乙亥	長沙大守行文書事大守丞虞。	移文到臨湘縣：（1）明知王皮受質保載軍糧，卻盛春拘留王皮，（2）又不遣彭孝家受取直，更相推移，何？書到，亟處言，會急疾如律令。 會長沙府掾廣、卒史昆、書佐熹。
十一日	臨湘縣	將下令收押王皮的人召來問清楚。

第一個印象是效率奇佳，前後不過六天左右，不知何以達致？



第二是債務糾紛有保人可以追責，但亭長竟因欠債而拘留正要運送軍糧的王皮，實屬輕重不分，不知何故？事實上，監督運糧的官員朱郢也是打算先解決王皮的債務再運糧，才會差派王于。

第三是朱郢乃堂堂一位「被蒙府厚恩發遣」的郡吏，竟不敵區區一位縣亭長，要向府求助，未知當時的職權如何畫分？

第四是法律與行政的關係。就所佔篇幅（字數）而言，運糧與債務二事平分秋色，同樣吃重。就出現於官方論述而言，運糧和債務並見者凡三（見上表之六至七日、八日、十日），亦明白顯示官員兩事並重。若依法，應拘留犯法者；若依行政或軍務需要，應先准許其完成任務。兩者如何排定優先？有法可據不？請讀者針對有法可據不，慎處和建言。

第五是慎重其事。十日乙亥公文有四位官吏的名字，未知是否通案？

處言畢，純屬大膽的初步假設，要看到更多資料始能進一步假設和求證。叩頭死罪死罪。

韓樹峰〈漢晉法律的清約化之路〉主要由四個問題構成（頁 136）：（1）漢律「繁雜」的本質是甚麼？（2）為什麼漢代有志刪革刑書，卻歷年無成，而西晉可以一蹴即就？（3）為什麼晉律在簡約化之後不再出現反復？（4）曹魏法律在漢晉法律由「繁雜」到「清約」的轉變過程中處於怎樣的地位？四者環環相扣，有條有理，也引發一些疑問。

作者認為，清約化主要有兩方面：文字由繁而約、分類由雜而清。漢人改律，缺少「分類辨物」的方法論以及學術理論，無力對法律進行合理的分類，只能機械地刪減律條。曹魏時期，修律者一方面得益於名理學，抽象思維能力大為提高，遂以「都總事類」的方法，設總則於律首，次求綜核名實，使《新律》在分類上做到律名與條文名實相副，徹底解決了漢律的雜而不清；另一方面通過「但用鄭氏章句」，在文字上部分解決了漢律的繁而不約。西晉修律，借助玄學「得意廢言」和「辭約旨達」的新方法，使《泰始律》在文字上徹底解決了漢律的繁而不約，在內容上達到高度概括，保障律條的周延性，避免罪無明文（漏罪）。經過數百年的探索和實踐，中國古代法律終於完成了從「繁雜」到「清約」的蛻變。

本文饒富論點，但苦無直接證據，更令人好奇的是，晉律的清約化及其主要成就，難道只有文字與分類，沒有更重要的事情嗎？頁 136 引《晉書·刑法志》

說：「文帝為晉王〔司馬昭於 264 年為晉王〕，患前代律令本注煩雜，陳群、劉邵雖經改革，而科網本密，又叔孫、郭、馬、杜諸儒章句，但取鄭氏，又為偏黨，未可承用。於是令賈充定法律〔泰始律頒於 268 年〕，……蠲其苛穢，存其清約，事從中典，歸於益時」。作者因此以為，西晉定律的關鍵，是「為了改變『前代律令本注煩雜』、『科網本密』的狀況，從而達到『清約』的目的」。

個人則以為，作者似乎漏掉了一個更需要改變的狀況，而賈充等人改變了這個狀況，才達到清約之目的。這個狀況，也清楚出現在《晉書·刑法志》裡（頁 136）。賈充定律之後，晉武帝說：

漢氏以來，法令嚴峻，故自元成之世，及建安、嘉平之間，咸欲辯章舊典，刪革刑書。〔然〕述作體大，歷年無成。先帝〔司馬昭〕愍元元之命陷於密網，親發德音，釐正名實。……今法律既成，始班天下，刑寬禁簡，足以克當先旨。

由此可見，賈充定律的大原則，亦即先帝「愍元元之命陷於密網」之旨，是把當代「法令嚴峻」的狀況，改變為「刑寬禁簡」，將數以千計的嚴刑峻法刪除，結果被《隋書·刑法志》稱許為「實曰輕平，稱為簡易」（頁 136）。毫無疑問，「簡易」之稱是因為「輕平」之實而來，而輕平是針對不輕與不平，亦即法令嚴峻，這才是漢律「繁雜」的最重要本質，是本不是末，不能不提。

我們必須稍為勾勒西晉改律的全豹，才能看出問題所在。《晉書·刑法志》在「於是令賈充定法律」之後，是這樣說的：

就漢九章增〔加〕十一篇，仍其族類，正其體號：（1）改舊律為〈刑名〉、〈法例〉，（2）辨囚律為〈告劾〉、〈繫訊〉、〈斷獄〉，（3）分盜律為〈請贖〉、〈詐偽〉、〈水火〉、〈毀亡〉，（4）因事類為〈衛宮〉、〈違制〉，（5）撰周官為〈諸侯〉律。合二十篇，六百二十條，二萬七千六百五十七言。蠲其苛穢，存其清約，事從中典，歸於益時。

接下來又說：

其餘未宜除者，若軍事、田農、酤酒，未得皆從人心，權設其法，太平當除，故不入律，悉以為「令」；施行制度，以此設教，違令有罪則入「律」。

其常事品式章程，各還其府，為「故事」。

我們看到的問題如下：

1. 引文共提到晉法的三種形式：一是用來處理違令「有罪」的律，接近上文引述《管子》的法和宋神宗的律。二是「施行制度，以此設教」的令，接近《管子》的律和神宗的令。三是「常事品式章程」的故事，接近《管子》的令和神宗的式。然而，「蠲其苛穢，存其清約」的主要對象似乎僅是律，不包括令和故事，何故？難道當時只有律是繁和雜，令和故事都沒有嗎？為何以改律為優先？舊律出了甚麼比令和故事更為嚴重的問題？
2. 修定之後，「凡『律』、『令』，合二千九百二十六條，十二萬六千三百言，六十卷；『故事』，三十卷」。粗算之下，令和故事遠較律為繁多，令共有 2306 條凡 98643 字，而律只有 620 條共 27657 字；令有四十卷、故事三十卷，而律只有二十卷。把新律當作定稿，按照常理，賈充的工作流程如下：

(1) 集中舊律若干條若干字→(2) 一再取捨→(3) 分類、概括和修辭等→(4) 新律 620 條 27657 字

個人認為，最重要的是(2)，應該把舊律取捨到了接近定稿的階段，才會進行最後的分類、概括和修辭等，否則就會白費許多工夫。假如定稿只有 27657 字，它的前身(2)也許不出三十萬字。賈充修律一共十四人次，前後三至四年，最重要的工作，應是把(1)變為(2)。如是，取捨的原則是甚麼？

3. 賈充修法的效果，除了「蠲其苛穢，存其清約」之外，還有同樣重要的後面兩句：「事從中典，歸於益時」。它的主要對象也是律，不是令和故事。究竟「中典」和「益時」指甚麼？它們跟針對某些令（如軍事、田農、酤酒）所說的「未得皆從人心，權設其法，太平當除」有何關係？既把一些不得人心的律先變為令，待太平之後才削除，那麼是否可以反過來說，當時修律的原則，甚至是最高原則，就是捨去那些「未得皆從人心」的律文，以達到「中典」和「益時」之目的。如是，「蠲其苛穢，存其清約，事從中典，歸於益時」或可解作：除去舊律中苛刻和腌臢（英文亦以 *sordid* 形容某些 law）的條文，保留舊律中清平和簡要的條文，它們適合目前君臣求治但尚未完全太平的情勢（平國用中典），行以中道（刑罰輕重適中），終歸匡時。

除了《晉書·刑法志》外，本文其他多處引文亦大都透露同樣的訊息，試將頁 137-138 之八條史料表格化，以見一再提及嚴刑峻法：

漢帝	本文所引史料對嚴刑峻法之描述
(一) 武	大辟四百九條，千八百八十二事，死罪決事比萬三千四百七十二事。
(二) 昭	方今律令，……罪名重。
(三) 宣	大辟四百九十條，千八百八十二事，死罪決比，凡三千四百七十二條。 頁 144：臣下建議「寬刑罰」。
(四) 元	其議律令可蠲除輕減者，條奏。〔案：輕減之前提即重刑〕
(五) 成	《甫刑》云「五刑之屬三千，大辟之罰其屬二百」，今大辟之刑千有餘條。
光武	頁 144-145：「用刑深刻」。
(六) 和	《甫刑》大辟二百，五刑之屬三千。……今律令死刑六百一十，耐罪千六百九十八，贖罪以下二千六百八十一。……可使〔削減為〕大辟二百，而耐罪、贖罪二千八百。〔案：單死刑便可減三分之二〕
(七) 安	苛法稍繁，人不堪之。〔案：不但苛而且繁多〕
(八) 獻	是時天下將亂，百姓有土崩之勢，刑罰不足以懲惡，於是名儒大才故遼東太守崔寔、大司農鄭玄、大鴻臚陳紀之徒，咸以為宜復行肉刑。〔案：原文無此，依所引《晉書·刑法志》補，可見當時各式人物都有主張嚴刑峻法者〕

由上表可知，律典篇幅繁多（參見頁 139 之兩個方面和四個後果），其中之嚴刑峻法佔一定比例，每每成為改革之對象，如據《晉書·刑法志》，「魏國建，……嫌漢律太重，故令依律論者聽得科半，使從半減也」，又《泰和律》頒布不久，下詔「抄新律諸死罪條目，懸之亭傳，以示兆庶」，大抵條目不會太多，跟上表動輒數百條相比，賈充修律的一個重要取捨原則就昭然若揭了。

反之，漢人修律反覆難成，關鍵之一就是捨不得嚴刑峻法和凡事立法。頁 147-148 說：「建武十四年（38），群臣以『憲律輕薄，故奸軌不勝』，建議『宜增科禁，以防其源』。……《後漢書·酷吏列傳》載：『自中興以後，科網稍密。』」頁 149 說：「『建元初平，所減刑罰，百有餘條，而盜賊浸多，歲以萬數。……由此觀之，則刑輕之作，反生大患』。……群臣因此建議增加科條：

『〔古者肉刑嚴重，則人畏法令；〕今憲律輕薄，故奸軌不勝。宜增科禁，以防其源。』個人以為，「憲律輕薄」和「刑輕之作」都是指從「嚴重」的刑罰變為較輕之刑罰，結果奸軌和盜賊反為增多，群臣於是建議，各該罪行一個都不能放過，事發之前，要立法禁止「以防其源」，事發之後，要嚴加懲罰，不惜以肉刑侍候，後果就是條文眾多「科網稍密」，動輒得咎，幸好肉刑沒有被恢復。這裡的爭議點應該不是「律條減少將導致『奸軌不勝』」（頁 150），而是「嚴刑峻法」的減少，導致奸軌的不勝其多，而漢臣認為，對付奸軌，最好一事一法，那就難以漏網，入網之後嚴加懲罰，那百姓便知法令之可畏，才不敢再犯。漢律繁雜的一個主要原因，應是這種法律思維和堅持，跟修律者的概括能力似無太大關係。事實上今天仍在沿用這種列舉式的立法方法，缺點是繁瑣，優點是確定，不像概括性的律文，「彈性很大，容易給司法官吏留下舞弊枉法的空間」（頁 168）。

頁 149 說：「漢人對律令各篇的特徵及應包含的具體內容缺乏清晰明確的認識，無法抽繹出各篇蘊含的共同法律原則與精神，自然也無從制定一篇類似魏晉時代具有高度概括性、抽象性的〈刑名律〉。〈刑名律〉可以『明發眾篇之義，補其章條不足，較舉上下綱領』，因此，魏晉時代無須增加具體條文，即可以防止『罪漏』。相反，漢代由於缺少類似的篇章，為防止『罪漏』，只能增加條文，而這又會導致律令字數的膨脹。可以說，漢律〔文字〕之『繁』在相當程度上是漢律〔分類〕之『雜』導致的，『雜』的問題不解決，『繁』的問題也不可能從根本上得到解決」。此說恐怕禁不起歷史後見之明鑑。唐、宋、明、清之國家法典均以高度概括性、抽象性的〈名例〉置首；律法分類之合理則是宋承唐之高峰而清襲明之新峰，各沿用數百載；四者的文字也以簡約見稱，甚至過於鍛鍊，令今人捉摸不定。<sup>1</sup> 可以說，唐、宋、明、清之法典既不繁也不雜，但法典之外的敕令條例還是大量增加，「文書盈於几閣，典者不能遍睹」，重演漢律的歷史。

總之，合理的分類有助於檢索找尋，一如圖書分類學；簡易的文字有助於閱讀了解，不似兩岸之法典。然而，假如法典之中滿是嚴刑峻法，則分類和修辭的進步適足以濟其惡。幸好，西晉修律的宗旨，是將「法令嚴峻」改變為「刑寬禁簡」，分類和修辭的進步乃能資其善。《晉書》賈充本傳謂「充所定新律既班于

<sup>1</sup> 柳立言，〈一條律文各自解讀：宋代「爭鶉案」的爭議〉，《中央研究院歷史語言研究所集刊》73.1 (2002)：119-164。

天下，百姓便之」。百姓、分類、修辭三者，以何為大？

趙晶〈唐令復原所據史料檢證——以令式分辨為線索〉就三個問題提出復原唐令的意見：令與式的關係、令與式同文、唐日令式的關係。作者認為：（一）史料中的「令」、「式」字樣有誤導性，或出自手抄之誤、或不知何處斷開、或同一條文具有令與式兩種形式、或令與式均不是專稱而是「法律」的通稱。（二）對於未標「令」、「式」字樣的取意文，令式分辨的諸種原則並非充要條件，例如在「令為原則、式為細則」的同時，令也有相當瑣碎的；又如「令兼官民、式僅治官」，其實所有法律形式都規範官與民；再如唐日之間的法律繼承相當複雜，亦難有原則可言。修法或編法者的錯誤和疏失，也導致各種法律形式的駁雜不純。作者聰明，但有時稍欠周密而不乏固執，改善之道，一是學顏之推，二是變化氣質，由淺入深，以穩代速；前者是終身事業，後者最好在 35 歲以前完成，以免諸事紛沓，終歸徒勞。

「令、式關係與唐令復原」一節挑戰兩個觀點。第一是許多學人都主張的「令為原則、式為細則」。作者以三個疑問對上吳麗娛的三個理由（頁 185-186），在此補充三點：一，《唐六典》卷 23「甄官令」之令，似為專稱而非「法令」之類的通稱。二，開元二年〈戒厚葬敕〉說「園宅下帳，并宜禁絕」，但《開元禮》卻詳列園宅和諸帳的大小，似有矛盾，吳教授亦不取《開元禮》而取沒有提到園宅下帳之《唐六典》「甄官令」（據頁 184 引文）。然而，顧名思義，〈戒厚葬敕〉是針對厚葬之風俗而發，故未嘗不可理解為「目前流行的園宅、下帳，凡涉厚葬的，概當禁絕」，也可能是詔敕頒布後，臣下提出不便禁絕的理由，乃重新規定大小。最穩當的方法，是盡力填妥下表，如舊制已有園宅及諸帳，則〈戒厚葬敕〉不但是戒厚，而且是改制了：

下葬諸物	舊制	逾制的情況	〈戒厚葬敕〉	《開元禮》新制
1. 四神			仍定色數、長短、大小	
2. 駝馬等			同上	
3. 帳			禁絕	6x5 尺至 5x4 尺；如優遇，可有三梁帳、蚊幃帳、婦人洗梳帳等。

4. 音聲僕從			仍定色數、 長短、大小	
5. 園宅及奴婢			禁絕園宅	園宅：5x5 尺至 3x3 尺。 奴婢：20 至 12 人，4 至 2 寸。

造表以分門別類謂之史有定法，能夠看出甚麼謂之史無定法。先有定法，再來無法可也。三，唐人將令與式分為二事，必然根據一定之大原則，亦必然有例外。今人意圖將散佚各處的唐令和唐式復原，使令歸令、式歸式，若無必須嚴分不可之理由，宜以服從大原則為主，不必過於擔心例外，否則容易因噎廢食。歷史研究也是一種嘗試與失敗，不必患得患失。以小失大，所失為大，以大失小，所失為小，留些小錯誤給後人得意也是好事一樁。

第二個觀點是「令兼官民、式僅治官」。以黃正建先生為標的，作者也提出三個疑問（頁 187-188），在此也補充三點：一，就內容來看，既然「景雲儻八人，五色雲冠」和「高昌伎一部，舞二人，紅朱額」兩事都可入令，則「庶人帽子，皆寬大露面，不得有掩蔽」何嘗不能入令？作者從抄寫之誤來辯說庶人帽子入式，說服力略嫌輕薄。二，格的確跟庶民有關，但「《戶部格》敕」（頁 187）可能不是格而是敕。《宋刑統》卷 26 收錄了一則前代的刑部格敕說，「私鑄錢及造意人，及勾合頭首者，並處絞，仍先決杖一百；從及居停主人，加役流，仍先各決杖六十」。我們完全看不到《新唐書》所說的「格者，百官有司之所常行之事也」，但清楚看到《唐六典》所說的「格，以禁偽正邪」（頁 182）：君王以單一敕令修改了主掌刑罰的律，經過匯合和立法，由散敕成為編敕或格敕，海行天下，進一步還有格後敕。一條敕令有時包含可以分散到律、令、格、式的四種內容（見下），我們引用其中跟格有關的內容時，還是應稱之為敕，不是格。三，法律的對象是人，自以庶民為絕大多數，故不論是敕、律、令、格、式，均會牽涉庶民，黃老先生豈會不知。他說式主要是「規範官員而不是一般庶民的生活行為」，或可以今日之學術行政作比喻。副教授甲自謂滿足了升等條件提出申請，承辦者乙按照升等之規定立案進行。我們把重點放在甲便看到學術和百姓，放在乙便看到行政和官員，究以何者為準？應以受罰者為準。甲不提出申請或升等不通過，不會受罰；乙不按章辦理或中途出了紕漏，便要受罰。百姓不得放火，放火之後官吏不去拘捕，便是官吏違式。假如違式以致受罰

者總是官員，則黃先生所言合理，式接近今日之行政法，罵人「官僚」（bureaucratic）即從此而來。在此亦稍可看到令與式的區別：甲符合升等條件可提出申請，屬於令的原則性規定，乙按照升等章程去辦理，屬於式的 SOP 操作（標準作業流程），甲過不了可提行政訴願。隨著僥倖心態等因素的增加，有些人強要申請升等，有司於是把可屬式的一些細節移到令，例如不但規定論文的篇數還要計算刊登在核心期刊的比例，亦即把一些關卡提前到令的階段，希望申請人自行把關，通過之後才進入式的辦理程序，於是令也細節化，但跟式的 SOP 相比，還是有大小和多少之別的。

「令、式同文與唐式輯佚」一節，讓人覺得學人們的論證相當循環、十分糾纏而仁智互見，茲舉一例以見其餘。頁 202 兩條史料均出自《唐會要》卷 66〈太府寺〉：

1. 「大曆十年（775）三月二十二日敕：『自今以後，應付行用斗秤尺度，準式取太府寺較印，然後行用』。」
2. 「〈關市令〉：諸官私斗尺秤度，每年八月，詣金部、太府寺平較，不在京者，詣所在州縣平較，并印署，然後聽用」。

據作者言，韓國磐與霍存福皆因 1 之「準式」字樣而認為是式，而作者據 2〈關市令〉認為是令，「準式」二字應是「準法」或「依法」之意。

個人認為，只看字面，兩條史料共提到三種法律形式：敕、令、式，三者之關係為何？將 1 敕旨與 2 關市令比較，關市令詳細許多，特別是多了敕旨所無的「八月」和「不在京者」，反映 1 只是三月二十二日敕的節錄，原文應遠為詳盡。這敕的原文頒下之後，官員把它的内容分門別類，有些歸到令，這便是關市令的來源，但我們不能排除還有其他内容，可能歸入律、格、式。官員把敕的内容抽出歸到各種法律形式時，為了閱讀的完整性，不免修飾文字，關市令為何大膽刪去了敕旨中的「準式」二字？再看 2 關市令，實在只是一個原則，應如何平校如何印署、斗秤多大多重才謂之合格，一概沒有。這些屬於執行細節的部分，必有相對的式，否則關市令只是一頭沒有牙齒的老虎。所以，韓和霍兩位認為有式，其内容部分來自 1 敕旨，未嘗不合理。也許敕旨中有關式的内容，連同「準式」二字，統統歸到式去了。《宋刑統》卷 11 收錄唐天寶元年二月二十日敕節文：「官吏應犯枉法贓十五匹合絞者，自今以後，特宜加至二十匹，仍即編諸格、律」。如是同時編進格和律，則格、律同文。

建議作者造表如下，將上面兩條史條五鬼搬運，然後推敲異同之處：



法源	執行對象	執行時間	執行方法	執行單位和地點
1. 大曆十年 (775)三月 二十二日敕	自今以後， 應付行用斗 秤尺度		準式	取太府寺較印，然 後行用
2. 〈關市令〉	諸官私斗尺 秤度	每年八月		詣金部、太府寺平 較；不在京者，詣 所在州縣平較； 并印署，然後聽用

兩者的關係，應是合而讀之彼此補充，不是分而讀之非此即彼。

同樣，頁 189 兩條史料亦應如此處理：

1. 《唐律疏議》卷 30 〈斷獄〉：「諸斷罪皆須具引律、令、格、式正文，違者答三十」。
2. 《天聖令·獄官令》：「諸判官斷事，悉依律令格式正文。若牒至檢事，準（唯）得檢出事狀，不得輒言與奪」。

工作	工作者	工作規定（獄官令）	違反工作規定（斷獄律）
斷事	諸判官（如司理參軍）	悉依律令格式正文	諸斷罪皆須具引律令格式正文，違者答三十
檢事	同上（如司法參軍）	1. 悉依律令格式正文 2. 唯得檢出事狀，不得輒言與奪	同上
與奪	地方首長	悉依律令格式正文	同上

一看可知，工作規定與違反工作規定之罰則有三個關係：一是若干內容的重複，理論上，愈重要的地方愈易重複，愈不重要的地方愈少重複。二是文字上的重複，其重複之比例同前，甚至可能完全改寫。三是不應重複的地方應是罰則，但正如上述，式之內容會跑進令，那律的內容跑進令亦非不可能，如僅屬少數，不必大造文章，當作特例便可。還有一些可想而知的情況，例如兩者會出現矛盾，甚至自身（如律與律、令與律）也會出現矛盾，可能性很多：一，兩者同時，且在同一本法典，那確是矛盾，出於修法或編法者的不慎。二，兩者同時，但在不同的法典，如一在《唐律疏議》一在新法典，那可能是新法與舊法的不同，應從

新法。三，兩者不同時，就不是矛盾而是前法後法之別，有賴研究者去發現。《宋刑統》的本體代表舊的唐律，同時收錄一些新的唐律和五代的律，新舊律就偶有衝突，甚至嚴重到判生與判死之別。<sup>2</sup> 其餘的可能性，用數學的排列組合便可，何必贅言。

此外，就地方審判制度而言，大前提是鞠，如司理參軍確定嫌犯之各種罪行（追求真相）和找出對應各該罪行的法定罪名（「悉依律令格式正文」），有疑便作疑獄上報；小前提是讞，如司法參軍根據鞠的結果，找出對應各該罪名的法定刑罰（「悉依律令格式正文」），有疑便作疑獄上報。不是疑獄，才輪到地方首長定奪和撰寫判詞，此時才或許如頁 189 所說的三段論，倒過來寫（其實有時也不大遵守）：大前提是法條，小前提是某人犯了該法，結論是某人要受某罰。作者把寫判詞的三段論移到鞠讞的階段，黃先生恐不會服氣。

若干年前，有一位同學問我法律上的唐宋變革能否從法律的形式切入，我的回信如下，多少反映我對復原工作的敬而遠之：

如鈞同學：

從唐宋法律形式的改變來看唐宋變革，是看不出東西來的。我難以明白，這麼簡單的一種改變，會被學人弄得如此夾纏不清！請看下表：

宋代五種主要法律形式

太祖	太宗	真宗	仁宗 英宗	神宗熙寧 六年前	熙寧六年 後	哲宗 徽宗
1. 宋刑統 (律)	同左	同左	同左	同左	同左	同左
2. 令	同左	同左	同左	同左	同左	同左
3. 格	同左	同左	同左	同左	同左	同左
4. 式	同左	同左	同左	同左	同左	同左
5. 編敕	同左	同左	同左	同左	敕令格式	敕令格式

從宋初開始，就有上列五種法律形式（還有例），前四種可稱為舊法，最後一種編敕即是用來修訂這四種舊法的，故神宗熙寧六年以前，修改律（宋刑統）的，叫做以敕改律，修改令的，叫做以敕改令，修改格（暫且不

<sup>2</sup> 柳立言、陳建志，〈北宋司法參軍毛滂與饒州安太守的法律對決〉，《法律史譯評》2015卷，待刊。

管它的性質)的,叫做以敕改格,修改式的,叫做以敕改式。簡單說,您要找新的律,要到編敕裡找,要找新的令、格和式,也要到編敕裡找。神宗別出心裁,把編敕分門別類,即分為敕、令、格、式四大部門;從此以後,您要找新的律,乃到編敕(泛稱)裡的敕部(專稱,即新的律)找,要找新的令,乃到編敕裡的令部找,要找新的格和式,乃到編敕裡的格部和式部去找。好處是容易找,不好處是一條敕文,可能同時修訂了跟某事相關的律、令、格和式,在熙寧六年以前,只要把該敕文重頭到尾讀一次,便可知道全部的改變,但熙寧六年之後,這條敕文被分割和分置於敕部、令部、格部和式部,必須到四個地方去找去讀,才知道全部的改變。請看王洋的說法:〔仁宗〕《嘉祐敕》者,不分四門,具載於敕。謂如創造一物,在嘉祐敕則曰:「凡造某物,先集人工材植,計多寡,限某日為之,功成獲某賞,功廢定其罪」,此嘉祐文意也。〔徽宗〕《政和敕》者,分敕、令、格、式四門:集人工材植,令也;計多寡、限某日,式也;功成獲某賞,格也;功廢定某罪,敕也。

神宗變法,不過是把原來的編敕分門別類為四大部門,以對應它們所要修改的四種舊東西(即舊律〔宋刑統〕、舊令、舊格和舊式),唯一較奇怪的,是修改舊令、舊格和舊式的新敕現在也稱為新令、新格和新式,但修改舊律的新敕卻沒有跟著稱為新律而仍稱作敕,如此而已,何來唐宋變革可言。

柳立言

2010.5.29

但願沒有同學要從宋代的新律新令新格和新式去復原它們的前身——新敕。

柳立言〈從立法的角度重新考察宋代曾否禁巫〉指出,宋代禁巫雖是宋史學界四十多年來的共識,但其實是誤解。產生誤解的主要原因有二:一是沒有分別史料的不同性質,以致過度解讀;二是沒有採用法律史的角度,以致把禁止「行為」誤讀為禁止「行為人」。

就史料來說,如《宋史》徽宗〈本紀〉記載,政和七年(1117)六月「壬午,詔禁巫覡」。只此一句,內容不詳,究竟禁些甚麼,只有兩種可能:一是禁止巫覡的所有行為,等於全面禁巫;二是禁止部分行為。《宋會要輯稿·刑法》提供了答案,全文如下(頁252):

〔政和七年六月〕二十五日，前提點江南東路刑獄周邦式奏：「江南風俗循楚人好巫之習，閭巷之民一有疾病，屏去醫官，惟巫覡之信，親戚鄰里畏而不相往來，甚者至於家人猶遠之而弗顧，食飲不時，坐以致斃。乞立法責鄰保糾告，隱蔽而不言者，坐之」。詔令監司守令禁止。

明顯可見，徽宗本紀的「詔禁巫覡」是針對周邦式的奏議，而周氏所言，僅及巫覡隔絕病患這個特定的行為，不及其他行為，我們難以推論全面禁巫。

史料有不同的性質，如《唐律疏議》和《宋刑統》是法律文書，邏輯結構嚴密，應是因為出自法律行家之手；上述引文出自《宋史》和《會要》的詔旨與奏議，邏輯結構較為失色，留下可供爭議的空間，原因可以很多，其中之一應是當時負責編修《宋史》和《會要》的史官看到詔旨和奏議的原文，不會誤解，濃縮原文之後，他們也不會誤解，但我們看不到原文，只看到濃縮版，便應小心找出「隱蔽而不言者，坐之」這個結論的前提是「屏去醫官，惟巫覡之信」，不要脫離脈絡。〈本紀〉的書法本就高度濃縮，否則篇幅要增加數倍不止，我們利用時要加倍小心。

就法律史的角度來看，宋代基本上沒有禁巫，只有懲罰他們的非法行為，所禁的對象不是人（或職業）而是行為。這些行為，如淫祠、淫風、淫神、誑惑、淫祀、異行和妖術，在宋代以前已由法律明定為非法。諸色人等，包括僧尼、道士、巫覡、商人、士子，都不能做這些行為，否則便要依法受到相同的懲罰。假如禁止這些行為可稱為禁巫，那麼宋代以前就禁了，而且不但禁巫，也禁僧、禁道、禁商、禁士，禁一切進行這些非法行為的人們，那當然是不曾發生的。事實上，巫覡到了南宋後期還很活躍。大有名的宋慈《洗冤集錄》（1247 序）說：「如鬥毆限內身死，痕損不明，若有病色，曾使醫人、師巫救治之類，即多因病患死」，可見當時尚有替人看病的師巫。作為地方官，黃震出榜明示〈詞訴次第〉（約 1270 後），說：「國家四民，士、農、工、商，應有詞訴。……四民〔依次〕聽狀之後，……次第方及雜人，如伎術、師巫、游手、末作、牙儉、舡艫、妓樂、岐路、幹人、僮僕等，皆是雜人。此外有僧道，……官司不欲預設此門」。黃氏是理學名臣，厭惡異端，故意讓僧人和道士有點投訴無門，但竟不排斥師巫，何故？就此詞訴次第來說，師巫不但是今日法律所稱之權利主體，而且排序在僧道之上。假如雜人之間也是按照次第，則師巫還排在仲介和幹僕本人之前，光明正大地參與法律活動。

宋代新穎之處有二：一是依照這些非法行為在當時的嚴重性加減其刑罰，如

減輕了「假託神語鼓愚惑眾」的刑度，但加重了殺人祭鬼的刑度。二是將巫覡隔絕病患（只准用神力不准用人力或藥力醫治）這行為明確界定為非法，附上相應的法定刑罰，讓官員在取締之時有法可依，在判刑之時也有法可據。當然，其他人如僧尼和道士隔絕病患也應被禁，而巫覡同時使用神力和醫藥治病便不會被禁。學人所謂的「抑巫揚醫」，應理解為政府以公權力去調整巫覡治病時，使用神力與醫藥的比例。政府並無禁止巫覡行醫（今天也禁不了），而是要求巫覡在依靠神力之外，必須使用醫方和醫藥。即使是治祟病，也會神力與藥力雙管齊下，更不用說是一般疾病、疾疫及生產了。由重視神力治病發展為兼重神力與醫藥，或可視為唐宋變革或宋代踏入近世的一個重要標竿。

王泰升、曾文亮、吳俊瑩合撰〈論清朝地方衙門審案機制的運作——以《淡新檔案》為中心〉，試圖擺脫現代或西方審判制度的框架，採用清代地方官員處理政務的立場，探討「中央政府規範」與「地方衙門實踐」的異同及其原因。

審案可分三個階段：受理、鞫讞（受理之後到裁斷之前）、裁斷。在受理階段，本文認為，影響官府是否准狀立案的主要因素有三：一，呈狀所訴是否合情合理（頁 271 小標題或可補充為「呈准階段對案件的〔合理及〕輕重判斷與受理」）。二，所訴是徒刑以下的輕案還是以上的重案。如是輕案，尤其是戶婚田土錢債口角細故，即使所訴合情合理，也不一定受理，而希望庭外和解（「自向理論」），避免消耗官府有限的資源。如是重案，如命案盜案擄贖傷害，即使所訴不盡合情合理，也會受理。三，當事人的意志。首先，即使是輕案，「只要當事人蠻纏，不願放棄，反覆地催呈」，也可能從「不准」變為「准究」（頁 279）。其次，當事人越級告訴，亦能夠讓下級官府迅速受理。

在鞫讞階段，影響審案的因素來自當事人與地方官。當事人「面對候審壓力，以及傳訊過程的龐大開銷，為了不使久訟破費」，願意庭外和解（頁 282）。地方官的考慮更多：一，息事寧人：「對以息事為審案處理原則的正堂而言，十分樂於接受案件和息，而不堅持執行官府規定所揭示的準則」，例如翻找、賭博、搶擄、酷禁，「甚至案情重大的集體搶船、搶米事件，只要交還部分贓物，亦可了事」（頁 283-284），辦案的「重心不在緝兇，而是在如何將地方頭人認賠款項『趕緊如數給發』，給領完案」（頁 288）。二，來自制度的約束，如朝廷及上級的考成和監督，「一旦有『上司』這個因素進到審案過程的話，正堂連要做出銷案決定時，也會有幾分顧慮，正堂在案件可以獨擅的空間連

帶被壓縮」(頁 286-287)；「一旦地方衙門所受理的案件呈報至上級，則正堂遵從律例為堂諭的可能性即大增」(頁 300)。三，意圖規避制度的約束，例如不將重案上報，變成州縣自理，以免因辦案成效不彰受到懲罰等，但同時也「冒著因隱匿案情而遭上級處罰的風險」(頁 285-286)。又例如明明是重案，但「正堂以儘量輕判、使用非刑名處置方式、或不處理糾紛中的暴力行為等，即可迴避審轉〔上級覆審〕」(頁 291)；「在強搶殺傷的重案，也有正堂利用鎖礮將案斷結之例，……廳縣對鎖礮的運用，不僅模糊了刑的輕重，也跳脫了輕刑＝自理、重刑＝審轉的模式」(頁 293)。

在裁斷階段，本文將重點放在是否遵守律例，共分三節：「律例被引述且被遵守」、「律例未被遵守的情形較多」、「律例規定僅是判案基礎之一」。本文希望讀者相信第二和第三節的題示，但評斷的標準似乎有些前後不一致。在「律例被引述且被遵守」一節，主要例證是異姓子(螟蛉子、義男)與其妾母所生子的分產案。假如只針對作為「核心爭執點」的分產，本案確是根據「查例，義子酌分田產」，但細究起來，至少有兩處沒有遵守律例：一是義子告庶母是犯上，理應處罰，二是庶母誣告義子歸宗，亦應反坐，但均無追究(頁 298-300)。在「律例未被遵守的情形較多」一節，主要例證之一是盜賣田宅案，其核心問題自是恢復盜賣之前的狀態，已依法處理，但盜者和共犯均以「不諳例典」為由從寬免究，本文遂認定為不遵守律例(頁 302)。但是，此處之免究跟前案之兩處免究實屬同科，本文的評斷應前後一致。在「律例規定僅是判案基礎之一」一節，首案是招贅承祀，核心問題是贅夫所生之子是否依約繼承妻家之祀，已依法裁定繼承，但因贅夫本家亦絕祀，是當初招贅時所未能預見的，故裁定一子同承兩家之祀。在此，對核心問題的裁定，最重要的基礎或最優先的考慮應是律例規定，對次要問題的裁定，才加入民間習慣等考慮(頁 303-304)。上述三案的共同點，是核心問題依法處理，次要問題不一定依法處理。

最有趣的是本節提供了王泰升〈數位化歷史資料庫與歷史研究——以明清檔案、淡新檔案、日治法院檔案等資料庫為例〉的研究成果。王氏指出，在五百多份審案檔案裡，清朝司法官員全然依照律例斷罪者佔多數，幾近四分之三(74.55%)，但其中「只引用律例名稱斷罪」的，約佔全體的半數(49.51%)，較詳細「引用律例之條文內容斷罪」的，僅約佔全體的四分之一(25.04%)。剩下的四分之一(25.44%)，是「不全然依律例斷罪」，共有八種情況(頁 304-305)。如是，律例的能見度相當高，可說恆存於官員心中，發揮著不同的作用。即使在

「不全然依律例斷罪」的八種情況中，援引其他律例的還是有三種，其餘是援引不在律例中的前案、把法定刑罰減輕、把法定刑罰加重、不議處、律例無明文。

用歷史學的話來說，本文最大的優點是呈現出「活的」制度史。一如立法與司法之間不能畫上等號，制度（institution）與其適用（application）之間必有相同與差異，並不層次井然，這是古代與現代、東方與西方的共同現象，不足為奇，相信沒有人認為有了民主制度就有了民主。我們要追問的問題有兩種：一是量的問題，究竟是同多於異、異多於同，還是同異各半，其中自以異遠多於同較為嚴重。二是質的問題，即異同的程度，究竟是大同大異、大同小異、小同大異，還是小同小異，其中自以小同大異較為嚴重，而大同小異較不嚴重。

就量而言，唐代 290 年留下來的案例一年不到一件，宋代勉強一年兩三件，而拜檔案之賜，明清案例成千上萬，故量化有其意義，這是本文應該嘗試的，尤其是「律例未被遵守的情形較多」一節，應以數字說明「較多」的情況。必須一提的是，既有律例仍被遵守的各種情況，無論多寡，都表示那些用來區分民事或刑事案件的標準，及區分「州縣自理」或「通詳上申」的標準，是確實存在的。官員心中應有這些客觀的區分標準，只是因各種原因，沒有百分之一百遵行，甚至故意迴避。我們可以說，這些標準或概念不一定精確，有時也徒具形式，但不能說它們並不存在於歷史之中（頁 271-273、289-290、307）。

就質而言，制度與實踐的差異在受理與裁斷兩個階段看來並不嚴重。有些地方，即使是所謂地方官的個人判斷，也符合制度。例如頁 274-275 所列舉的婚書田契和媒人等，與其說是「正堂根據生活經驗……〔判斷〕是否符合『情理』」，不如說是正堂以「書證和人證等證據是否充分」，作為是否受理之條件，這當然屬於制度。在鞠讞階段，本文的發現，尤其是重大刑案也會不依制度運作，是極重要的貢獻。以下就個人對宋代的研究作為對比，<sup>3</sup> 提出一些讀後感：

1. 中西之異同。古今中外的法律未嘗沒有共通之處，例如邏輯三段論（頁 306），應具普世性，並無東西之別，但其自身不無缺點，不一定能派上用場；又如尋求全國較為一致和穩定的法律見解和操作，同事同判，讓百姓可以

---

<sup>3</sup> 柳立言，〈南宋的民事裁判：同案同判還是異判？〉，《中國社會科學》2012.8：153-178；〈「天理」在南宋審判中的作用〉，《中央研究院歷史語言研究所集刊》84.2（2013）：277-328；〈法律史上的「唐宋變革」〉，柳立言主編，《第四屆國際漢學會議論文集·近世中國之變與不變》（臺北：中央研究院，2013），頁 367-439；〈吏理中的法理——從詔令看宋初的法制原則〉，《中國古代法律文獻研究》8（2014）：216-265。

預期行為之後果，達到教化之目的等。如是，地方官員縱使不能一一遵從中央的硬性規定，也未嘗不可以在兼顧地方特性之後，儘量同事同判，而後任官員參考前任的審案，加以效法，逐漸形成該地的法律傳統或法文化，發揮無形的規範。《淡新檔案》包含淡水廳、臺北府及新竹縣三地，正可同時進行縱軸和橫軸的研究，觀察在時間上各地自身的變化，和在空間上三地彼此的異同。

2. 中央與地方之異同。本文以為，典章制度史「所敘述的於今看似關於審案程序的規定，本質是形式上以皇帝為頂端之帝國官僚體系控制地方官的手段」（頁 270）。對此，我們真的應當分別作為形式的「手段」與作為本質的「目的」。我們要追問，中央控制地方官員的目的是甚麼？假如一個重要的目的，是利用審案程序來防止他們上下其手，以之維護公平、公正與和平，那麼中央與地方有時是目的一致的。本文多次提到，地方「以尋求個案的情理之平，作為審理的思考點」（頁 268）、「重視集體的安定與和諧」（頁 288）、「恢復地方秩序穩定，回復在地社會的和諧關係」（頁 297），和「具有平復當事人冤屈的目的」（頁 309），這些難道不也是中央的終極目的？如是，地方司法若能符合中央對實質的規範，達到今日所謂實質正義，也許中央和地方都不會那麼計較程序上的規範了。研究者對古今或東西法律異同的一點共識，也是傳統中國司法較重實質、較輕程序，例如明文規定不得接受黑函檢舉，但只要毒樹能結出好果子，便可權宜處理。無論如何，本文對「規範」可有更明確的定義。
3. 正堂與幕屬的關係。許多正堂的批詞，都出自幕屬的建議和草擬，後者其實是鞫讞的主要推手。他們的工作如初步分案、搜證、取供、拘押、刑求，無一不是制度，今日謂之程序正義，亦可研究。
4. 將案件分門別類。我們可以暫時不管幕屬根據甚麼標準來分案，但研究時還是不宜將性質不同的案件合為一爐，或可參考當時案例彙編的分類，如婚姻一類、繼承一類、田土一類、強盜一類、命案一類、通姦一類、強姦一類等，或可看出典章制度對不同類別的案件有不同的適用情況。眾所周知，宋代的刑事審判較貼近制度規定而民事較有彈性，是否到了清代出現轉變？
5. 分別一個案件的核心問題與次要問題，見上。
6. 不問可知，在每類案件之中，都有符合和不符合制度的情況，能否各舉數個比較重大或有代表性的案例，細加比較：（1）探討不符合制度的原因，應兼顧法律原因和非法律原因，後者如法官的個人信仰（如廢死）、地方勢力、訟棍



作梗等。(2) 探討不符合制度的情況有無共通性或規律性可言。本文已有若干例子，如地方官的「選擇性」(頁 284、286)，可增加案例和加強分析。

7. 分別罪名 (crime) 與刑罰 (punishment)。除了法無明文等屬於疑案的情況外，律例對定罪的主要功用是明確界定犯者的罪名，相關的違法情況有故入人罪和故出人罪等。律例對量刑的主要功用是明確界定「最高的」刑罰，例如只能絞不能斬，但沒有規定非絞不可，可視乎實際情況減輕，和在少數情況下准許加重。假如所判罪名正確而刑罰輕於法定刑，我們不一定可以說是依照律例，因為「先教後誅」、「情有可憫」、「法隨世變」、「不失人道」、「教以哀矜」等原則，一直是傳統司法量刑的重要考慮，連死刑都可減輕，《宋史·刑法志》便稱宋代「立法之制嚴，而用法〔司法〕之情恕」，可見輕刑或減刑之普遍。應追究的，是這些輕減刑罰的原則在個別案件裡是否合理合情，例如對受害人有沒有造成不公不正不平。
8. 分別加害人和受害人。例如在民事案件裡，律例對受害人的主要作用是維護其權益，對加害人的主要作用是使其補償而不一定是懲罰。當受害人的損失沒有得到合理的補償，我們可以說法律沒有發揮應有的功效，但當加害人作出補償之後，並無受到應有或法定之刑罰，我們不一定可以說法律沒有生效。特別是發生在親屬之間的侵權，法官不嚴懲加害人，有時是為了避免進一步破壞雙方的倫理關係，我們不一定可以說這就是違反規定。在觀念上，也許古代民刑之分並不如今天明確，但在行為上，執法者頗為明白，民事是使人賠償，刑事是使人坐牢，故等閒不會陷人於牢獄或其他刑責。清末改制，不大困難便將大清律例分割出民法典和刑法典，可間接反映傳統法律本身潛存民刑之分。
9. 分別當事人的身分地位，因為清代畢竟是階級社會。成功的催呈，真的是因為催呈這個動作，還是因為催呈者是監生(頁 280)? 失敗的催呈，真的是因為催呈本身，還是因為訟棍的涉入，讓官府警覺不能受理(頁 282)? 有些當事人不斷催呈，讓案件受理，真正的目的是圖准不圖審，「使對手感受來自官府的壓力，迫使對方或公親出面解決」(頁 282)。如是，較弱勢的一方即使理直，也可能被逼讓步，造成不公不平。在此情況下，我們若要評斷官員是否符合規範，就不能單以他們是否受理作為標準，而應兼顧接受之後對當事人產生的正負影響。此外，官員不接受訟棍的做狀，不見得違反了針對控訴的規範，反是符合當時針對訟棍做狀的規範。

10. 分別當事人彼此的關係，如服內親和服外親、師生、朋友、凡人等。對不同關係的人，法律有不同的作用，如家人之間，人倫的考慮有時大於法律的規定。本文已有一些家族案例（如頁 283、283-284），或可獨立成文。
11. 分別所謂公訴與自訴。對自訴案件，如當事人不催，官府不處理，不一定是違反規範，公訴（如若干不在赦原之重罪）則否。
12. 不妨以「法隨世變」和「因地制宜」的觀念看待規定與實踐之間的同與異。是否懲罰與如何懲罰，往往隨社會風氣和犯罪情況加以調整，是歷朝常見之事，也是法律與法文化的不同，前者偏重以法論法，後者較兼顧政情和民意等非法律因素，如本文一再提到的輿情（頁 283 兩次、308）、民情（頁 294、308、309）。有人動輒將民意視為民粹或理盲，不過英美等判例法（common law）國家由人民組成陪審團，也是一種民意，也不見得凡事理性。不論古今，不分中外，世上沒有完美的制度，都是批評與讚美並存，但看其利與害的比例而已。
13. 令人詫異的是，假如地方官員違反中央規定，理論上應遮遮掩掩地進行，現在卻是明目張膽地自行紀錄在檔案裡，難道不怕中央問難？一個可能的答案，是有些違反的情況不算十分嚴重，尚屬當時的官場習慣（有如民間習慣）或所謂「潛規定」。假如「正堂被皇帝所期待的是具備因地制宜、洞悉人情的手腕」（頁 270），那麼中央規定與地方實踐出現一定程度之內的落差，實在中央的意料和容許之中。

林文凱〈清代法律史研究的方法論檢討——「地方法律社會史」研究提出的對話〉從地方法律社會史的研究角度，檢討清代法律史的研究方法，讓讀者期待地方史、社會史與法律史的對話。

林氏指出目前主要的研究方法有三：一，以滋賀秀三、寺田浩明師徒及黃宗智為首，對審理性質的研究，主要以法律和法源作為重點，探討民事案件（戶婚田土錢債細事）如何進行審理和根據甚麼來裁斷。它的缺點是「不太重視法律與法源的動態變化及其與整體社會之間的複雜關聯。……僅從法律論法律、且僅討論法律言說的分析……忽略了法律與社會其他面向的關聯，未能適切分析清代國家與地方社會的互動關係，以及清代的經濟、政治與法律文化之間的內在關聯」（頁 315），又「缺乏地方社會脈絡的認識，無法有效說明地方官員在裁斷這些案件時的地方治理考量」（頁 320），也「忽略訴訟互動中的權力與利益因素，而

誤以為糾紛解決過程真的如文書上所說的是憑藉情理的勸諭與共識的取得；或是如黃宗智所以為的，清代的地方官員會真的依照大清律例的精神來審理民事糾紛」（頁 320）。要言之，這個研究方法只能看到審判的法律意義（有時且屬表面），沒有看到其他如經濟、政治、行政、社會，和地方治理等意義。

二，以美國學界為主，如 M. A. Macauley、M. H. Sommer、B. W. Reed 和 T. M. Buoye 等人的法律社會史研究，探討法律與整個國家社會的互動，主要是清代兩百多年的人口、經濟等社會變遷跟法律文化的彼此影響。它的缺點是「過於鉅觀、與偏向法律言說」（頁 315），未能細緻地釐清社會與法律的互動，例如忽略地方性差異、忽略中央規範與地方實踐的落差、沒有討論政府對應社會轉變的法律措施有何效果和影響，尤其沒有討論這些應變措施是否足以應付清代中葉以來社會長期的逐漸失序。若要深入討論，必須具體而微，例如落實到地方的社會組織如血緣（宗族）、地緣（族群）、業緣（會館、公所）或是仕紳文人的網絡等。要考察胥吏和差役的角色，也要立足於地方作細緻的分析，才能避免矛盾，例如專門研究胥役的 Reed 認為他們在一定程度上得到官員和民眾的認同，而 Buoye 則認為他們貪污舞弊，辜負了判決的公平。

三，以臺灣學界為主，如施添福、J. Shepherd、柯志明與林氏等人的地方法律社會史研究，探討法律與單一地方社會的互動，例如糾紛為何在某地出現和如何解決，尤其注重從地方行政的角度探究法律文化與地方治理的整體關聯。它的優點有二：一是可以釐清法律言說背後的法律實踐內涵，如法律與政治和經濟的關聯，較能真實地顯示訴訟的審理邏輯；二是微觀研究（或地方的個案研究）較能顯示法律與社會變遷的內在或密切關係，「這種研究不僅是狹義的法律史研究，而且是結合地方政治史、經濟史的地方社會史研究」（頁 315）。

其實三種研究方法都在回答同一問題：甚麼因素與審判互相影響？第一個方法偏重法律的因素或解釋；第二個強調全國性（national）或區域性（regional）的轉變與法律的互動，由林見木；第三個落實到案件發生地的地方性（local）轉變與法律的互動，以木論木，或可進一步由木見林。何者較佳？

個人認為，不管是法律還是政治、行政、經濟、財政、社會和宗教等因素，也無論是全國性或地方性因素，它跟判決的相關性（relevance）愈強，便是愈佳的答案。地方性的經濟轉變也許明顯可見，但跟判決無關或不大重要，那它就不是很好的答案；反之，甲地因社會轉變產生新判決，並成為全國性通例，乙地沿用，則乙地之新判決似應歸因於法律因素而非乙地之社會因素，至少前者優先於

後者。要之，研究者的主要任務有二：一是證明各個因素跟判決是真正或直接相關，二是指出各個因素之相對重要性，是平等還是有優先次序，而必須避免牽強附會和顛倒先後。以下針對「轉變／互動」和「相關性」提出一些讀後感：

### 1. 轉變是新的還是舊的？

對乙地為新的事物（即對地方性研究之木為新），對甲地、丙地、丁地和戊地卻可能是舊（即對全國性或區域性研究之林為舊）。一田二主是清代的新現象嗎？宋代已有一田三主（田骨所有人、田皮所有人、使用者），土地商品化已蓬勃發展，明代更不用說，難道到了清代消失不見？從宋至清，針對一田多主而累積的新律例和審判經驗何其多也，即使對臺灣是新事物，對清代大陸尤其是江南地區可不是，對渡海來臺的開發者如福建漳泉人仕也不是（頁 335）。派到臺灣的大陸官員左手拿著大陸一田多主的律文和案例，甚至有個人經驗，右手要處理臺灣跟大陸並不完全相同的一田多主糾紛，應如何兩手調合來達到地方治理。除非他們完全拋開左手既有的法律資料和經驗，既不援引律例也不參用民間慣習，否則他們的地方治理在一定程度上還是符合黃宗智的援引律例說（頁 334）和滋賀師徒的參用民間慣習說（頁 335）。例如頁 336 所描述官府處理小租戶 vs 大租戶的方式，實無多少新意可言，應非只限於臺灣一地之獨特處理方式，而是適用於許多其他地方的一般處理方式，甚至是借用其他地方的方式來處理臺灣的事件。頁 336-337 的描述則不易明白，一方面是「官員的審理邏輯雖然表面上都是根據契約內容並以情理為名」，另一方面則是「哪個墾戶擁有較強的武力、能夠有效達成守隘防番的任務，就將隘墾權裁斷給該墾戶」。如是，後者有無違反契約內容？如有，則不知「表面上都是根據契約內容」所指為何？這裡的重點應是「民從私約」，如無糾紛，官府儘量不干涉；如有糾紛，官府便要從各方面評估私約是否合法合情合理等。如私約過於違反私人權利、民間風俗、社會道德、國家律例或利益等，官員自可推翻舊約另立新約，歷朝均是如此處理，這裡沒有多少新意可言。<sup>4</sup> 可惜本文沒有告訴讀者，在更新舊約之時，官員有無要求違約或獲利的一方補償和如何補償損失的一方，亦即學人強調的合情、合理和伸冤等因素。

---

<sup>4</sup> 宋代的例子，見柳立言，〈青天窗外無青天：胡穎與宋季司法〉，柳立言主編，《中國史新論·法律史分冊——中國傳統法律文化之形成與轉變》（王汎森總策劃；臺北：中央研究院、聯經出版事業公司，2008，頁 235-282），頁 253-256。

## 2. 轉變不一定引發互動

無論是轉變或互動，推動者都是「人」，並非國家、政府或社會這些「物」。一件案件裡的人，主要是執法者如官員吏人和役人、涉案者如原告被告、相關者如證人、旁觀者如觀眾，和其他人如調停人和訟師。本文沒有探討官員，其實他們的法律素養、審判經驗和吏治思想等都會影響互動，但本文有探討胥吏和差役。

頁 338-342 描述地方行政體制與民事訴訟文化的關係，其中「官無封建，但吏有封建」一語（頁 340）沿自宋代，各種情況也幾乎是宋代的翻版和進階版，可見法文化之強韌，好的成分得以延續，壞的也積重難返，轉變和互動均不容易。作者也不諱言，胥吏和差役「導致地方官府很難有效裁斷土地訴訟案件」（頁 340），「他們的圖冊保管方式或者行政專業知識，也不足以有效達成官員交付的訴訟業務。譬如有些抗租案件，其實只要胥吏對於地方的土地習慣有所認識，……懂得根據訴訟雙方的土地契據據實定界的話，依照業憑契管的原則裁斷糾紛，並不是太困難的事」（頁 340-341），「差役與地保缺乏足夠的公權力與武力，無法有效執行行政與司法職務」（頁 341）。

果真如此，第一，我們很難想像社會轉變本身能夠直接影響司法，產生互動，這無疑是對本文論點的一大挑戰。第二，實在十分需要胥吏和差役這些第一線的行政人員先行轉變，才能影響司法。那麼，在轉變之前，他們依賴甚麼來執法？這就回到吏有封建的特點了。第三，吏有封建的一個特點是他們充分利用本地的人際關係，建立世代相傳的勢力網絡，寧可犧牲行政效果和地方治理，也要照料網絡中的既得利益（頁 339-340）。所以，較諸本文所說的地方治安、控制成本與財稅徵收等地方治理的考量，滋賀師徒所說的情理教諭及唱和伸冤等，可能更貼近胥吏和差役等人的辦案心態和方式。不過，還應注意，胥吏等人處理士紳與豪民的案件可能是一種態度和方法，處理一般鄉民是另一種態度和方法。這再次提醒我們，必須依照案件的性質和當事人的身份分門別類，分開研究。

本節結語最後兩句有些難明。頁 342 說官治與鄉治人員「以國家權力為名透過地方統治追求自身或者所屬團體的利益，……國家權力實際上無法有效滲透到基層社會，更無法如同近代西方社會那樣直接支配個人。而正是這樣的地方行政體制造就了以上指出的〔地方官〕以情理為表達，但以地方治理為實際考量的地方訴訟文化」；結論又再說一次：「地方官被迫只能依照地方治理的短期考量來裁斷個案」（頁 346-347）。按照邏輯推理，胥吏差役既如上述之無能，地方官

不能依靠他們來達到地方治理，便應被逼放棄或折衷地方治理的考量才是，怎會反是被逼依從呢？

總之，「吏有封建」表示根深蒂固，是轉變與互動的阻力而非助力；胥吏差役也多被認為是地方治理的絆腳石而非踏腳石。本文認為地方官因此被迫只能依照地方治理的短期考量來裁斷個案，恐怕難以說服讀者。其實，地方治理有多種「目的」，不是只有作者所說的控制成本與財稅徵收等，而講究情理和依法行政均是達到目的之「手段」，黃宗智和滋賀師徒所說的種種如能息訟止訟及恢復人際關係的和諧，也未嘗不是地方治理的重要目的。政府亦知道胥吏等人會追求私利大於公益，故一再嘗試以法制約束他們擾民，例如禁止他們無事下鄉，但成效不彰，這是黃宗智等人不能不承認的法律失能現象，自不會盲目主張執法人員一概依法行事。

### 3. 轉變與不轉變並存、符合與不符合法律規範並存及其近代意義

從唐至清末（618-1911）幾近一千三百年，其間大小轉變不知凡幾，但絕大部分的《唐律疏議》一直沿用，有些甚至進入民國，可見有些社會傳統的確屬於長時段歷史或深層結構，轉變不大，而與之對應的法律也無需作出太大的轉變便足以應付。依此，滋賀等人所描述的法律要素，當年派上用場，現在也未嘗不可以。當然，最好的辦法，一是作時間的縱軸探討，把社會轉變之前和之後的同類案件加以比較，看看舊的審判方式是否仍然在用和是否有效；二是作空間的橫軸探討，看看類似的案件在全國有多少同事同判或同事異判，同判表示全國各地謹守某些通則，如罪刑法定等。

本文頁 342-345 探討地方行政、財政體制與刑事訴訟文化，大致與王泰升等人的發現相合，個人的建議如同上文，不必重複。作者特別指出，「M. H. Sommer 分析過的賣妻、通姦與拐逃等類型的案件，如若沒有發展成命盜重案幾乎也都沒有按照律例進行覆審的。……而且地方官員聽訟時，儘管會舉出律條威嚇要依律嚴懲，或者以道德言說指責被告，但是實際上官員的審理邏輯裡，這些言說從來不是重點，重要的是通過聽訟壓力逼迫民間自行和解銷案，或者由官員提供實際的解決方案，讓當事人雙方願意（或被迫）接受而息訟」（頁 343）。Sommer 以為這是因為清代司法體系功能不足和地方控制力薄弱。個人則較同意岸本美緒，認為這種審理方式歷代均不罕見，既非清代之特產，也常發生在司法體系功能健全和地方控制力強厚的時候，那應如何解釋（頁 344）？其實，不符合規範就是轉變的契機，也許我們可以從今日所謂「輕罪化」、「除罪化」和

「刑事案件民事化」的角度去看清代司法的轉變（或不符合規範），也許可以看到，傳統中國不待西方法律觀念如刑法科學主義之傳入，便能自我進行「近代化」，以致在清末改制時，並不困難便從「民刑混沌」進入「民刑分立」。<sup>5</sup>

#### 4. 影響司法的各種因素有優先之別

探討各種因素跟法律的互動並非新鮮玩意，也合情合理確有需要，因為社會本來就是一個複合體，各部分互相牽連彼此影響。大多數歷史現象的背後都可看到多種因素的綜合作用，如一朝一代以至一家一族的興亡，學人莫不舉出政治、經濟、社會、宗教、人口、土地、稅收、軍事等因素，最近還流行氣候變化說與文化碰撞說，要之就是多元，愈多就愈顯得研究者考慮周全。所以，把法律之外的各種大中小轉變用來解釋法律的轉變，總會中標。眾所周知，Ronald Dworkin《法律帝國》（1986）裡的大力神 Hercules 就在考慮法律因素之餘，嘗試窮盡相關的政治、社會、經濟、性別等因素；不過如此殫思竭慮，恐怕要花好幾個月才能了結一個案件。行政因素對審判最明顯的影響，是官員必須在有限的時間裡，利用有限的資源，找出讓多方「雖不滿意但仍可接受」的解決辦法，那能像我們躲在象牙塔裡經年累月從事個案研究。

宋代法律史前輩 Brian McKnight（馬伯良，2004）指出八個影響判決的因素，我略為歸類：（1）現行法規、（2）法理或原則、（3）國家政策、（4）風俗習慣、（5）行政實效、（6）地方人士的意見和態度、（7）基本社會價值，和（8）法官個人的意識形態等，事實上還有禮法。在筆者研究的宗教審判裡，士大夫的身分有二：作為治理者之大夫，至少考慮國家政策、地方治安、地方財政三個因素；作為信仰者之士，至少有信與不信兩種因素，都會影響審判。<sup>6</sup> 我們也應指出三點：一，這些因素不見得同時存在於某一案件裡；二，即使共存，也往往有優先次序，例如個人信仰有時會凌駕對財政的考慮；三，研究者是從判詞

---

<sup>5</sup> 黃靜嘉、胡學丞，〈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〉，柳立言主編，《性別、宗教、種族、階級與中國傳統司法》（臺北：中央研究院歷史語言研究所，2013），頁 143-163；評介見該書〈序論〉，頁 v-vi。黃源盛，〈民刑分立之後——民初大理院民事審判法源問題再探〉，柳立言主編，《中國史新論·法律史分冊》，頁 313-366；評介見該書〈導言〉，頁 16-20。

<sup>6</sup> Brian McKnight（馬伯良），“Some Thoughts on Law and Morality in Sung Justice,” 柳立言主編，《傳統中國法律的理念與實踐》（臺北：中央研究院歷史語言研究所，2008），頁 413-464；柳立言，〈青天窗外無青天〉；《宋代的宗教、身分與司法》（北京：中華書局，2012），頁 88-138。

裡發現這些因素，不是預設有這些因素而到判詞裡逼供，非要吐出這些因素不可。

#### 5. 如何證明各個因素跟案件相關：方法與史料

有些歷史通論（generalization）可以放諸四海，但不見得適用於特定的某個地方（specification）。例如從宋到清，都有學人將人口增加視為健訟的重要原因。乍聽似乎合乎常理，因為即使親密如家庭，人口增加了，因各種原因，產生糾紛的機會也增加，鬧到官府的機會也增加。但是，將人口增加這因素用來解釋江西為何健訟，便要注意研究方法。

首先要問，江西真的健訟嗎？假設一個地方官在十年前只要處理五個案件，十年後要處理五十件，數量上是增加十倍，似乎真的有健訟，但該地的人口，也從十年前的五千人，變成十年後的五萬人，也是增加十倍。也就是說，案件在數量上增加了，但在人口的比例上，一點都沒有增加，這就不是健訟了。要證明該地有健訟，必須指出五千人時只有五個案件，五萬人時卻有一百件，在比例上從千分之一增加至千分之二。但是，現存史料根本不足以作出這樣的統計。

其次要反過來問，人口減少是否也會產生健訟？眾所周知，臺灣少子化嚴重影響各大學的生計，搶學生勢在必行，一如明清田主之爭奪佃戶，糾紛不見得會減少。同理，某地經濟衰退，人口因外流而減少，留下來的口為了爭奪有限的資源，可能引起較多的糾紛，也導致較多的官司。相反，人口增加，但地方資源豐沛，暫時沒有引起太多的糾紛，便不會產生健訟。江西的人口與資源在哪些時間點出現比例失調？健訟是否在這些時間點發生？這些問題，是應該探討卻難以探討的。

總之，即使只研究地方，還是先要針對特定的問題擬定對應的研究方法，避免籠統；然後針對該研究方法看看是否有足夠的史料，否則研究的結果可能跟區域史半斤八兩，就是大而化之，不一定切中要害。地方研究看似資料集中，但細究起來，落實到每一個問題所需要的資料不見得都充足。

#### 6. 如何找出相關的因素

影響司法的因素有很多，哪些曾進入執法者的腦海？我們不要先入為主地硬塞給他們，而要靜聽他們自己的言說，亦即儘可能從史料裡找出直接的因素，再判斷其真實性。

就在學人引用的史料裡，我們可找出五種江西人好訟的原因：<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> 柳立言，〈導言〉，柳立言主編，《第四屆國際漢學會會議論文集·近世中國之變與不變》（臺北：中央研究院，2013），頁 xxxvi-xxxviii。



(1) 地方風氣的因素

a. 百姓的氣尚（習性）不同：「視死如戲玩」，故冒險犯難，不怕打輸官司；「其俗，性悍而急，尤好爭訟」，即脾氣急、直又好勝。b. 處事態度不同：「較理如析毫」，即嚴於分辨是非，好處是對道理的堅持。c. 價值觀念不同：「以終訟為能」，視打官司為一種能力的表現。d. 不畏學法：「編戶之內學訟成風，鄉校之中教律為業」。e. 以打官司維生：「非民之果好訟也，中有一等無籍誹徒，別無藝業，以此資身」，出現了職業訟師，以訟為生，有如教師先生必須以教學維生，也許是健訟的最主要原因。

(2) 法律的因素

a. 人民認為法律可以更有效地保障他們的權益。打官司的一個原因，有時的確是因為其他解決辦法對受害人不利，受害人憑著官司才能爭取更多的權益。b. 法律本身的漏洞或改變，也會導致健訟。例如「頑訟最繁，奸豪最甚」，土豪劣紳利用務限（農務期間官府不受理農田糾紛）來奪取民田。又如親鄰法，要求田土典賣要先在聚居的五服親之間進行，談不攏便容易鬧上官司。此法在南宋被放寬，一方面便利了田土的買賣，另一方面也引起同姓與異姓買主的糾紛。

(3) 行政的因素

官吏貪污腐敗導致司法不公平：「非民之果好訟也，是非難治也，其在上者紊其政，故民得以紛紜於下也。嗚呼，吏不廉、法不平，非哀民口不可塞也。……知有不治〔之〕吏，無難治〔之〕民」。

(4) 經濟的因素

土地制度改變，「自經野無法，田不隸官，豪強者得以兼併，遊手者得自貨賣〔即商品化〕，……千年田換八百主，交易若是之煩，因地推收，稅石之冗，官吏奸蔽，出入挑攪，獄訟萬端」等。

(5) 社會的因素

所謂健訟，應是指法庭之外得到化解的糾紛減少，而演變為官司的糾紛增加。為何法庭之外的家長、族長、地方長者，以至半官半民的保長、里長等人的調解機制沒有產生作用？也許是家庭、家族，和基層社會功能的減弱，而江西正是盛行家庭和家族分居異財、各自為政之地。

上述諸項，有些似乎是江西的特產或以江西較為嚴重，不知讀者是否同意，它們可能就是讓江西的健訟居首的主要原因？我們為何不先相信當時人自己的分

析，而非要弄一個他們鮮少提到的「人口增加」作為原因呢？大部分官員都注重治理，地方如此、區域如此，全國也如此，似不必進行地方研究都可憑常識想到，但正如上述五種健訟的因素，其對「個別案件」有何影響，如無直接證據，未免跟人口增加說同屬似有若無之間，只能說都有「可能」產生影響，但不能「確定」。

## 7. 合理的懷疑

本文一方面批評其他學人，另一方面似乎剛好證成了他們的論點。頁 338 指出，跟滋賀師徒、黃宗智和 T. M. Buoye 等人的說法不同，「清代官員既非從情理勸諭的角度來調解息訟，也非依據契約約定公正裁決，而是從地方治安、控制成本與財稅徵收等地方治理的考量來裁斷案件。這種裁決方式雖然能夠短暫性的壓制地方紛爭，但同時也在鼓勵民人以個人或集體暴力的展示方式來影響訴訟裁決方向，所以實際上容易孕育地方社會更大的暴力衝突」。這段話的後半部似乎證明了，假如缺乏上述學人所說的審理要素，如情理勸諭和援法依約，那麼裁判便不能符合起碼的公平公正公義和公論，便不能避免累訟和社會暴力。假如上述學人的說法雖然不能解決全部問題，但頗能解決部分問題，那麼自應有執法者採用。針對性質不同的案件、輕重不同的情節，和身分不同的涉案者等，執法者或有不同的對應方法，上述學人和本文作者各得一隅，合併起來始見全豹。

頁 345 又說：「如果滋賀秀三與寺田浩明的理論是正確的，那很難想像清代地方社會（如淡新檔案所在的臺灣淡新地區）為何充斥著暴力，為何有這麼多的分類械鬥與社會動亂？」這說法跟主張廢除死刑的一個理由差不多：死刑不能阻遏繼續殺人，自屬無效，不如廢了。個人的回應有三：一，針對走私販毒強姦殺人的刑罰也不能阻遏它們繼續發生，不如一起廢了。二，阻遏就是防止發生，既未發生，不能量化，那麼（1）如何計算死刑對不再殺人的功效？它可能已經阻遏了許多殺人事件的發生；（2）如何比較繼續殺人與不再殺人的比例？縱使殺人的數目繼續增加，也不能說死刑沒有功效，因為也可以說，沒有了死刑，殺人的數目可能更多。三，司法僅是解決社會問題的方法之一，很多時候只能治標不能治本，豈能責以減少社會暴力的全責或重任？較公道的做法，是只就單一案件評論，探討以滋賀師徒理論所解決的案件，有沒有再起爭端或引發其他後遺症，而不應以甲案按照師徒之理論解決了，同類的乙案又起，便說師徒有問題。

總而言之，我們到史料尋找影響審判的各種因素時，首先要注意史料的性質：中央檔案如刑科題本的性質就注定了它只是冰山之一角，必須兼顧地方檔案

才能看到較為全面的真相。其次要分辨史料內容的表裡和虛實：裡和實即所言為是，可以相信，表和虛即有所掩飾，需要揭秘，但最好能找到針對個別案件的直接證據，避免大而化之的證據，如放諸四海皆無不準的國家政策、地方治安和財政需要等。尤應注意：一，學人主張的各種因素可以並存，不一定互相排斥，但可能有優先次序。二，優先次序取決於多重因素，如（一）執法官吏的個人因素，包括他們的法素養、法思想、行政歷練、受賄型、恐龍型、奶嘴型、廢死型、造法型等；（二）當事人的因素，包括性別、身分、階級、宗教、對法律的期待如主張權利（屬於我的東西被人搶了）、伸冤（潛臺詞便是尋求公平、公正、公義）及報復（讓對方受到懲罰）等；（三）相關行為的因素，包括其嚴重性，較屬民事、刑事、經濟還是行政等，必須分門別類；（四）相關人仕或社會的因素，包括地方勢力、公論、輿情等；（五）相關的國家因素，包括政治、行政、軍事、治安、財政、教化（要求移風易俗，不一定順應民情）等。個人建議，以「人」為研究對象，找兩三位曾在多個地方任官和對多種案件都有審判經驗的士大夫，進行個案研究，探討他對同類案件的審判模式，如一類是繼承、通姦、婚姻等案件，另一類是偷盜、強姦、鬥殺等案件。我們或可看到，同一位執法者可能用上滋賀和林氏等人所提出的所有因素，而且儘量同事同判，除了少數例外，不大受到地域差異的影響。

最後，感謝史語所出版部黃詠琳、蔡淑貞小姐。她們不但負責排版校對等出版事務，還設計論文集封面（構思：蔡淑貞；完稿：魏吉玉）。我覺得非常有意思，首先是新舊的對比，天平是近代製品，竹簡是古物，意味著從古到今的法律史研究，心裡都應存著一個天平，不偏不倚，不要讓非學術的因素影響我們的研究。其次是動與靜的對比，天平給人穩重的感覺，竹簡給人流動的感覺，意味著無論史料多麼複雜多變，我們仍能持心如秤，作出公平公正的選擇，不要只挑有利而略過不利的證據。原創作者的意思可能不是這樣，正如我們的研究，留給後人評論吧。

柳立言  
丙申、維思  
南港史語所