

唐律中的「理」—斷罪的第三法源

高明士*

摘要

唐律乃至唐令條文中，常見到「理」，就立法意旨而言，泛言其義者多。從唐律看來，「理」實是律、令（含格、式）之外第三種具有法律效力的斷罪依據，使犯人無所逃於天地之間。其義基本上仍須由先秦典籍，尤其儒家經典去理解，間參唐以前諸儒立論，因為這是當時人的基本教養與共識。淺見以為唐律中的「理」，廣義指道理，狹義為義理。唐律本於禮，此處之禮，析而言之，具有三義：禮之儀、禮之制、禮之義；唐律中的理，大多指禮之義而言，尤其是禮所規範人際關係的義理社會價值。理不可為而為者即有罪，以此法意斷罪，影響至明清律，是傳統法制一大特質。但因「理」為抽象意義，具有不確定性，不免受到後人詬病。

關鍵詞：理、義理、不應得為、法例、中華法系

* 臺灣大學歷史學系名譽教授

一、前言

自戰國時期頒行成文法典以來，到隋唐時，斷獄已傾向罪刑法定，但也不盡然。《唐律疏議·職制律》¹「制書官文書誤輒改定」條（總 114 條）《疏》議曰：

「制書有誤」，謂旨意參差，或脫剩文字，於理有失者，皆合覆奏，然後改正、施行。不即奏聞，輒自改定者，杖八十。

此處是以「理」之有無錯失，作為制書有誤而須「覆奏」的基本依據。《職制律》「事應奏不奏」條（總 117 條）《疏》議曰：

「應奏而不奏」者，謂依律、令及式，事應合奏而不奏；或格、令、式無合奏之文及事理不須聞奏者，是「不應奏而奏」：並合杖八十。

所謂「不應奏」，《疏》議解釋說：「格、令、式無合奏之文及事理不須聞奏者」。格、令、式之文為制定法，有具體條文可作為依據，而「事理」者，與前條所引的「理」一樣，都是指處事應遵循的抽象道理。足見一部唐律除以制定法的律、令、格、式法條作為處斷的依據外，尚含有抽象的「理」要素存在，不可忽視。《唐律疏議·雜律》「不應得為」條（總 450 條）規定：

諸不應得為而為之者，笞四十；（注曰：謂律、令無條，理不可為者。）事理重者，杖八十。

《疏》議曰：

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。情輕者，笞四十；

¹ 《唐律疏議》一書，是採用劉俊文點校本（北京：中華書局，1983）。以下為節省篇幅，凡引用唐律均採用此書，而只列律篇。

事理重者，杖八十。

關於此條的探討，其詳莫若黃源盛〈唐律中的不應得為罪〉一文。²黃氏之文，除介紹中外研究成果（尤其日本學界）之外，並指出：推原此條的法意，本來在補救律、令的不足，以致執法者在無法「輕重相舉」，又「無文可以比附」時，每每援引此律以濟其窮。蓋若事事俱有專條，則律典豈非贅疣？傳統中國始終堅持「有犯罪就要受懲罰」的原則，未嘗不是對受害人的一種保障。如是，則「不應得為條」的設立，不正可以彌補傳統法律民刑不分的缺憾？這樣的刑度，在傳統時代，以目前所掌握資料看來，並未看到有人議其是非。³黃氏所說甚是。這一條規定，如後所述，影響到明清律以及東亞諸國法律，值得重視。尤其《疏》議解釋說：「其有在律、在令無有正條，若不輕重相明，無文可以比附。」這是指《名例律》「斷罪無正條」（總 50 條）不能適用時，「臨時處斷，量情為罪」，乃根據情、理，定罪之輕重。杖八十是「事理重者」，這是律、令無文又不能比附時，依據「事理」所給予最重的處罰。無論如何，都是在說明「理」的要素，也是律、令之外第三種斷罪的依據。一個制度若能存在百年，這個制度的存在價值就須研究，何況以唐律所代表的固有法，存在千年以上，更是不能忽視。所以唐代法官斷罪時，從「量情」到考慮「事理」的思維過程，也就是情、理、法三者的關係，要如何理解？尤其最要思考的「理」究竟是什麼？當時的法官或許有共識，可是今日讀者閱讀此條時，由於時空及教養不同，未必有共識。此處不揣譎陋，就唐律中有關「理」的問題，儘量以當時及古典的規範，試作解析。至於相關研究成果的檢討，將在行文中說明。

² 參看黃源盛，〈唐律中的不應得為罪〉，收入黃源盛，《漢唐法制與儒家傳統》（台北：元照出版公司，2009）。此文原題〈唐律不應得為罪的當代思考〉，《法制史研究》，第5期（台北，2004.6），頁213-259。

³ 參看前引黃源盛，〈唐律中的不應得為罪〉，頁257-259。

二、唐律「理」字解析

唐律及《律疏》，乃至唐令條文中，常見到「理」字，同時還有與理結合的許多名詞。如專有名詞的「理官」、「大理寺」等，作動詞用的「理事」、「理陰陽」等，更多的是作為特定意義的名詞，大致可分為兩類，一為用作說明為人之道以及人與人相處之道，如「人理」、「情理」等，一為事務存在之道以及處理事務之道，如「事理」、「理法」等。但無使用「天理」一詞，今日所見的唐令遺文也無發現「天理」一詞，但有與「天理」相近之詞，如「天秩」、「天常」等，值得注意。其中作為專有名詞及作為動詞用之「理」，與罪刑之判定較無直接關聯，暫不討論。以下擬分別再舉數例進行探討。

（一）唐律中常見的「理」

唐律中單獨使用「理」字之例甚多，就《名例律》而言，如曰「理同十惡」（總 6 條《疏》議，以下為節省篇幅，均只標示總條數）、「篤親親之理，故曰『議親』」（總 7 條《疏》議）、「律貴原情，據理不合」（總 11 條《疏》議）、「以理去官」（總 15 條）、「理務弘通」（總 18 條《疏》議）、「理亦無別」（總 19 條《疏》議）、「死罪上請，勅許留侍，經赦之後，理無殺法」（總 26 條《疏》議）、「一家二丁，俱在徒役，理同無丁之法，便須決放一人。」（總 27 條《疏》議）、「略人為奴婢者，理與強盜義同。」（總 43 條《疏》議）等。此處的「理」，也是作為是非對錯判斷的依據，或謂為道理、正當理由；⁴或謂為非屬犯罪的正常原因。⁵這樣的價值判斷，在當時應有起碼的共識，只是從何而來？實有進一步追問的必要。此外也有以「理」作為推斷之詞，如「究

⁴ 參看曹漫之主編，《唐律疏議譯註》（長春：吉林人民出版社，1989），頁90對《名例律》「以理去官」條（總15條）的注解。

⁵ 參看錢大群，《唐律疏義新注》（南京：南京師範大學出版社，2007），頁67對《名例律》「以理去官」條（總15條）的注解。又，錢氏根據《滂喜齋藏書記》記宋刻本書名及清《四庫全書》中的《唐律疏義》作為書名（參看〈例言〉），值得注意。拙稿處仍從俗作《唐律疏議》。

理」、「合理」、「正理」、「乖理」、「失理」、「非理」等，後面再討論。

（二）唐律特定意義的「理」

1. 為人之道以及人與人相處之道：人理、情理等

就特定意義的「理」而言，在為人之道以及人與人相處之道方面，如「人理」、「言理」、「詞理」、「情理」等。「人理」方面，如《名例律》（總 6 條）《疏》議解釋「謀反」的定義，曰：

為子為臣，惟忠惟孝。乃敢包藏凶慝，將起逆心，規反天常，悖逆人理，故曰「謀反」。

《名例律》「十惡」條（總 6 條）《疏》議解釋「惡逆」的定義，曰：

五服至親，自相屠戮，窮惡盡逆，絕棄人理，故曰「惡逆」。

這是指悖逆君臣、父（母）子人倫之道，也就是人嚴重違逆人倫關係的罪行，而列入十惡之一。所以「人理」，是指為人之道以及人與人相處之道而言，此處則特就謀反、惡逆罪行作說明。

「言理」方面，如《賊盜律》「造祆書祆言」條（總 268 條），規定：「言理無害」的各種情況的刑責，這是就說辭無損於時而言。同樣地，《賊盜律》「謀反大逆」條（總 248 條）也有規定：「即雖謀反，詞理不能動衆，威力不足率人者，亦皆斬。」此處的「詞理」，仍是指言辭。又如《名例律》「十惡」（總第 6 條）之「六曰大不敬」注曰：「指斥乘輿，情理切害」，《疏》議曰：

舊律云：「言理切害」，今改為「情理切害」，蓋欲原其本情，廣恩慎罰故也。

此處的「言理」，指言辭的內容，事涉謗毀；「情理」則指犯罪的實際情況，含主客觀方面，也就是還要論其動機、目的，動機惡

劣者始坐，其犯罪構成要件明顯較嚴，但對當事人說來是較寬。⁶「舊律」，宜指《武德律》（《開皇律》或亦同）；「今改」者，當指《貞觀律》。⁷一字之易，已具體將其精神表現在重「情」、慎刑，所以說：「欲原其本情，廣因慎罰故也」。

至於「情理」中的「情」字，通常指情節、實情，即事實本身，且含行為動機、目的；「理」通常指事理、義理，即行為的正當性。如《名例律》「應議請減贖章」條（總 11 條）《疏》議設問答，而問曰：

居喪嫁娶，合徒三年；或恐喝或強，各合加至流罪。得入不孝流以否？

答曰：

恐喝及強，元非不孝，加至流坐，非是正刑。律貴原情，據理不合。

此處正是觸及情、理、法問題。所謂「原情」，就是原其本情，《名例律》「八議」條（總 7 條），《疏》議曰：「議者，原情議罪者，謂原其本情，議其犯罪。」原字在此處指推究，⁸「律貴原情」，指法律重視推究本來的實情；「據理不合」的「理」字，為「事理」之意（如下引《職制律》「制書官文書誤輒改定」條（總 117 條）引《公式令》所示），所以根據事理不應列入不孝流。

又如《雜律》「錯認良人為奴婢部曲」條（總 401 條）《疏》議曰：

⁶ 參看戴炎輝，《唐律各論》（台北：成文出版社，1988），頁127；前引錢大群，《唐律疏義新注》，頁33。

⁷ 參看律令研究會編，《譯註日本律令·五「唐律疏議譯註篇一」（滋賀秀三譯註）》（東京：東京堂出版，1979），頁46注10；前引戴炎輝，《唐律通論》（臺北：正中書局，1965），頁213注8；前引曹漫之主編，《唐律疏議譯註》，頁47釋「舊律」為《武德律》，亦可參考。但劉俊文，《唐律疏議箋解》（北京：中華書局，1996），頁77注44將「舊律」釋為《貞觀律》，「今改」者為《永徽律》；前引錢大群，《唐律疏義新注》，頁33注27亦同；劉、錢兩氏之說暫不取。

⁸ 錢大群注解「原其本情」的「原」字，有兩種意義，一為推究，一為寬免，此處作推究解。參看前引錢大群，《唐律疏義新注》，頁49注6。

其錯認良人以下為子孫，律既無文，量情依「不應為輕」；若錯認他人妻妾及女為己妻妾者，情理俱重，依「不應為重」科。

這是採用前引《雜律》「不應得為」條（總 450 條）來處理。根據《疏》議的說明，律無明文規定時，可「量情」適用「不應為輕」（笞四十）；但「情理俱重」時，則適用「不應為重」（杖八十）科罪。足見 401 條與 450 條在考量「情」與「情、理」時，很清楚加以分別定罪，前者為輕，後者為重。此處的「情」，宜解為情節；「情、理」，宜解為情節和事理。

再如《斷獄律》「疑罪」條（總 502 條）《疏》議曰：

「是非之理均」，謂有是處，亦有非處，其理各均。……稱「之類」者，或行迹是，狀驗非；或聞證同，情理異。

這是目前所見唐律最後一條，對於疑罪的處理。前曰「理均」，指的是事理；後曰「情理異」，指的仍然是情節和事理。所以唐律及其《律疏》在論「理」時，單用理或情、或情理並用時，所指的事實狀況應該是有程度上的差異。

2. 事務存在之道以及處理事務之道：事理

在事務存在之道以及處理事務之道方面，其用例，如「事理」、「理法」等。在「事理」方面，除前引諸條外，前引《職制律》「制書官文書誤輒改定」條（總 114 條）《疏》議又曰：

依《公式令》：「下制、勅宣行，文字脫誤，於事理無改動者，勘檢本案，分明可知，即改從正，不須覆奏。其官文書脫誤者，諮長官改正。」

此處採用《公式令》以「事理」來解決「制書有誤」之問題。再如前引《職制律》「不應奏而奏」的「不應奏」，《疏》議提到：「事理不須聞奏者」。足見「事理」與法兩者，均是規範官方行事的依據。

又如《戶婚律》「有妻更娶」條（總 177 條），《疏》議提及

「詳求理法」，此處的「理」，仍當「事理」解，⁹同時明確規定「理」與「法」兩者是判定犯罪與否的依據。再如《鬥訟律》「兩相毆傷論如律」（總 310 條），規定「後下手理直者」，¹⁰所謂「理直」，戴炎輝釋曰：

理直者，鬥競有理之謂。律意，祇要拒格，皆兩論如律，一概不認其為正當防衛。惟疏內「乙不犯甲，無辜而被打，遇拒毆之，乙是理直」之句，從現代刑法言，可謂對不法侵害之防衛行為；但仍祇減二等而已。¹¹

足見在有理的情況下，也就是今日所謂的正當防衛，可以減刑。但在傳統法裏，無「正當防衛」一詞，而以「理」（事理）作為量刑要素之一。

此外，貞觀二年（628）三月，唐太宗於錄囚徒時，曾說：「用刑之道，當審事理之輕重，然後加之以刑罰。」¹²根據此段話，尤其著重「事理之輕重」，與今本《唐律疏議·雜律》「不應得為」條（總 450 條）密切相關，因而此條完備形式的出現，或有可能源自太宗的旨意，規定於《貞觀律》。若只就「不應得為」（或曰不當得為）觀念之淵源，則可追溯至先秦、漢代。¹³

⁹ 參看《戶婚律》「有妻更娶」條（總177條）《疏》議的問答，答曰：「一夫一婦，不刊之制。有妻更娶，本不成妻。詳求理法，止同凡人之坐。」此處之「理」，前引錢大群，《唐律疏義新注》，頁435作「情理」解；前引曹漫之主編，《唐律疏議譯註》，頁501作「理獄（的法制）」，均暫不取。

¹⁰ 《鬥訟律》「兩相毆傷論如律」（總310條）曰：「諸兩相毆傷論者，各隨輕重，兩論如律；後下手理直者，減二等。（注曰：至死者，不減）」本條規定分兩種情況，一是雙方同時動手相鬥，致有死傷時，各依鬥毆罪本條科之；另一種情況，一方無理先動手毆擊對方，後下手的一方是有「理直」而毆傷對方，其罪為依鬥毆罪本條減二等，但毆致死者不減。

¹¹ 參看前引戴炎輝，《唐律各論》，頁479。

¹² 此據唐·杜佑，《通典》（北京：中華書局，1988），卷170，〈刑法典·寬恕〉，但宋·王溥《唐會要》（上海：上海古籍出版社，1991），卷39，〈議刑輕重〉將錄囚徒事繫於貞觀元年三月，恐誤，惟省略上引文一段話。

¹³ 參看《秦律·置吏律》，睡虎地秦墓竹簡整理小組，《睡虎地秦墓竹簡》（北京：文物出版社，1978），頁95有「所不當除」一詞。《二年律令·賊律》，收入張家山二四七號漢墓竹簡整理小組，《張家山漢墓竹簡》（北京：文物出版社，2001）「詐增減券書」條，有「所不當（得為）」一詞（頁135）；漢·班固，《漢書》

3. 天秩、天常與天理

唐律乃至唐令並無使用宋代以後常見到的「天理」一詞，而有許多與「天」有關的用語。單獨使用「天」字，是表示宇宙萬物的主宰者，例如《疏》議中數度引用《周易·繫辭上》曰：「天垂象，聖人則之。」（《名例律·序》、《職制律》「私有玄象器物」條〔總 110 條〕）正如《名例律·序》文首曰：

夫三才肇位，萬象斯分。稟氣含靈，人為稱首。莫不憑黎元而樹司宰，因政教而施刑法。

宋·此山賁治子的《釋文》，對「稟氣含靈，人為稱首」，釋曰：「天以二氣、五行化生萬物，氣以成形，惟人也得其秀而最靈。」凡此均說明天有陰陽、五行之氣而生萬物、四時，而人類得此靈氣，成為萬物之首。人君再依據百姓的需求，設置百官、政刑。因此，天也可釋為自然律，人君的政刑即依此自然律而來。《名例律》「死刑二」條（總 5 條）《疏》議曰：「古先哲王，則天垂法，輔政助化，禁暴防姦，本欲生之，義期止殺。」所謂「則天垂法」，即「義期止殺」。

唐律在表示天（自然律）的運行時，另有使用「天秩」、「天常」等名詞。所謂「天秩」，《名例律·疏議序》曰：「咸有天秩，典司刑憲。」是指順天而設的爵秩，屬於上天運行的一種現象。所謂「天常」，《名例律》「十惡」條（總 6 條）：「一曰謀反」，《疏》議曰：

案公羊傳云：「君親無將，將而必誅。」謂將有逆心，而害於君父者，則必誅之。左傳云：「天反時為災，人反德為亂。」然王者居宸極之至尊，奉上天之寶命，同二儀之覆載，作兆庶之父母。為子為臣，惟忠惟孝。乃敢包藏凶

（北京：中華書局，1964），卷63，〈昌邑王傳〉，頁2768；《漢書》，卷78，〈蕭望之傳〉，頁3277；亦有「所不當得為」一詞。又，參看沈家本，〈所不當得為〉條（《漢律摭遺》卷8，收入沈家本撰，鄧經元、駢宇騫點校，《歷代刑法考》，北京：中華書局，1985），頁1531-1532。前引黃源盛，〈唐律中的不應得為罪〉，頁215-217。

慝，將起逆心，規反天常，悖逆人理，故曰「謀反」。

此處將天常與人理同提並論，足見天常相當於天理，即上天的常理、常道。《呂氏春秋》解「天常」為太一、兩儀（天地）、陰陽等自然界變化。（卷五〈仲夏紀·大樂〉）杜預注《左傳·哀公六年》所提到的「天常」，說：「逸書言堯循天之常道。」此即以為天之常道。所以天常本當指陰陽、五行、四時之運行。

一九九八年公刊之《郭店楚墓竹簡》，也有使用「天常」一詞，與其相近之詞有「天德」，仍然用來表示自然律的天命觀，而人間的人倫，以君臣、父子、夫婦最為重要，稱為「六位」，並以義、親、辨三者來說明人倫關係，以與天德、天常相應。天常與人倫的提示，或許也成為此後三綱說的淵源之一。郭沂在其《大常》（原題《成之聞之》）考釋之第一章引楚簡曰：

天降大常，以理人倫。制為君臣之義，著為父子之親，分
31 為夫婦之辨。是故小人亂天常以逆大道，君子治人倫以
順 32 天德。

第九章曰引楚簡：

昔者君子有言曰：「聖人天德」曷？³⁷ 言慎求之于己，而
可以至順天常矣。……是 39 故君子慎六位以祀天常。

（按，引文中的阿位伯數字，指原簡編號）

郭氏考釋曰：「大常，一乃天之所降，性也。」又曰：「父子之親等三者乃後世之三綱，或者說是三綱的雛形。董仲舒云：『王道之三綱，可求于天』（《春秋繁露·基義》），或本于此。」接著又考釋曰：

天常，天所降之大常，性也。……天德，得自天者，即天所降之大常，性也。故天德即天常。自其得自天而言謂之天德，自其恒常性而言謂之天常。

郭氏於第九章引裘錫圭說而考釋「六位」，以為是君、臣、父、子、夫、婦，由於天常來自天，具有神聖性，所以「君子慎六位」，是指君子對六位好像就是對天常的敬祭一樣，¹⁴也與「君子治人倫以順天德」是相通的。這樣的思想，啟示天命觀已向心性學深化的發展。¹⁵由此看來，唐律以君為臣之天、父為子之天、夫為妻之天，即將君臣、父子、夫妻關係比喻為天常，不可違逆一事，當基於古訓，並非始於唐律。

「十惡」謀反條，是臣下「謀危社稷（君王）」，即是「規反天常，悖逆人理」，所以定為十惡之首惡。《疏》議引《左傳》（宣公十五年）：「天反時為災，人反德為亂。」可作為「規反天常，悖逆人理」的註解。《後漢書》卷八十四〈董祀妻傳〉記載董妻（字文姬）作感傷亂離詩，其辭曰：「漢季失權柄，董卓亂天常。」此即史上所謂董卓之亂，君臣失序之意。唐憲宗元和九年（814），淮西吳元濟反，帝下詔曰：「吳元濟逆絕人理，反易天常；不居父喪，擅領軍政。」亦以違逆人理、天常之罪加以討伐。這樣的「天常觀」（自然律）與人倫觀相呼應，也就是天人合一觀，自戰國以來已深入人心。

宋·此山賁治子的《釋文》，其解「天常」曰：

天常之性，子孝于父，臣忠于君，弟悌于兄，卑順于長，此乃謂之天常。今為臣敢有謀弑其君，為子敢有謀弑其父，故名此者為反天常也。反天常者，必絕其類，必毀其居，必污其宮。

唐代言天，雖仍指上天，只是承漢代天人合一說，而以天為有意志的天，將人間的綱常視為天意，所以前述十惡條之二曰：「謀

¹⁴ 參看郭沂，《郭店竹簡與先秦學術思想》（上海：上海教育出版社，2001），第一卷之肆〈《大常》（原題《成之聞之》）考釋〉，頁209、228-229。

¹⁵ 參看丁四新，《郭店楚墓竹簡思想研究》（北京：東方出版社，2000），頁251。又，廖名春也以為「天德、天常都是指自然之德、自然規律。簡文認為人倫、六位出于天德、天常，不但是人為的，更是自然的，人道就是天道。」（參看廖名春，〈荊門郭店楚簡與先秦儒學〉，《中國哲學》，第20輯，頁52；《郭店楚簡研究》，瀋陽：遼寧教育出版社，2001。）

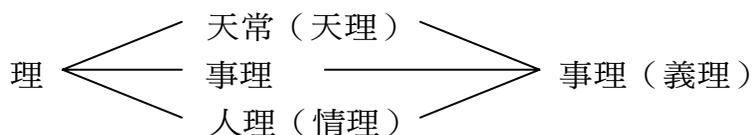
大逆」，《疏》議曰：「有人獲罪於天，不知紀極，……謀毀宗廟、山陵及宮闕。」即以謀大逆之行為視為獲罪於天。又，《賊盜律》「親屬為人殺私和」條（總 260 條），《疏》議曰：「祖父母、父母及夫為人所殺，在法不可同天。」也是規定殺祖父母、父母及夫的仇人，在「法」（此處除本條律文規定外，當含禮經¹⁶）是不共戴天，而為「天」所不容。這個「天」，依然是前述的天常，或天理。沈家本〈重刻唐律疏議序〉：「律者，民命之所繫也。……根極於天理民彝，稱量於人情事故。」沈氏明確使用「天理」，雖非唐律原文，仍以天理來對應人情事故。

以上說明「理」可以單獨顯現其義，尤其在表明是非對錯，但也有藉其他文字作更具體表明其理，如人理、情理、事理等。此外，唐律非常重視「天」意，較多場合是使用「天常」，以表示天之常道或常理，雖然無使用「天理」一詞，但也與其義相當，以表示天地、陰陽、四時的自然律。天常是自古以來常見的用語，唐律為表示至尊、至重，¹⁷乃以天作為比喻。而人理、情理，主要在彰顯人間尊卑、貴賤、長幼、男女之序，相當於人倫之義。由於情理仍含有感情之義在內，在表現人與人關係之正當義理，則以人理較為貼切。至於事理，正面上表示處事的道理，也就是呈現公私秩序的義理，如君臣、父母、夫妻、妻妾、師弟等，簡單說是在彰顯尊卑秩序。這個秩序，以天為至尊、至大，人間是指君、父、夫，所以比喻為天，天乃成為人間秩序最尊、最大的義理所在。於是天（自然）、人（人為）間的關係成為一個有機體。這是從戰國秦漢以來，儒、法、道、陰陽等學說調和而成的，用以作為規範人間社會秩序的理論依據。¹⁸據此而言，唐律中的理，其義可簡化為如下圖示：

¹⁶ 《禮記·曲禮上》（李學勤主編，《標點本·禮記正義》上，北京：北京大學出版社，1999）曰：「父之仇，弗與共戴天。」（頁84）

¹⁷ 宋·此山賈冶子《釋文》解律文「妻以夫為天」曰：「左傳云：父為子天，夫為婦天。天者，乃尊大之稱也。」（參看劉俊文點校，《唐律疏議》，附錄，頁621）。

¹⁸ 瞿同祖是從儒、法論其調和，參看瞿同祖，《中國法律與中國社會》（北京：中華書局，2003），頁329-354〈以禮入法〉。



此意即「理」的各種意義，終究可由「事理」來表示，成為律、令外之另一種價值判斷依據。而事理要展現者，則為義理，若參照唐令規定，更為明顯。

(三) 從中華法系「不應得為」條探討「理」

唐律最能彰顯情、理（禮）入法的立法原理，當是《雜律》「不應得為」條（含《疏》議）。此條如前所述，可追溯至先秦、漢代，秦律、二年律令皆有「所不當得為」；其完備條文，或始於《貞觀律》。此後不僅行用至明清律，也成為中華法系中一直存在的法條。茲作一覽表如下。

中華法系「不應得為」罪規定一覽表

律典	條文名稱	內容	備註	出處
唐律·雜律	不應得為條	諸不應得為而為之者，笞四十；（註：謂律令、無條，理不可為者。）事理重者，杖八十。 《疏》議曰： 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。情輕者，笞四十；事理重者，杖八十。		唐律疏議·雜律（總450條）
宋刑統·雜律	不應得為條	同上	「觸類弘多」 因避諱改為 「觸類尤多」	宋刑統·雜律
大明律·刑律·雜犯	不應為條	凡（註：事理有）不應得為而（註：妄）為之者，笞四		明朝姚思仁：大明律

律典	條文名稱	內容	備註	出處
		十。(註：謂律令、無條，理不可為者。)事理重者杖八十。		附例注解
清律·刑律·雜犯	不應為條	凡不應得為而為之者，笞四十；事理重者，杖八十。(註：律無罪名，所犯事有輕重，各量情而坐之。)		大清律例 ¹⁹
日本養老律·雜律	不應得為條	凡諸不應得為而為之者，笞四十；(註：謂律令、無條，理不可為者。)事理重者，杖八十。		(新訂增補)國史大系：律 ²⁰
日本新律綱領·雜犯律	不應為條	凡律令雖無正條，於情理不應得為而為之者，笞三十；事理重者，杖七十。		新律綱領卷 5 雜犯律
日本改定律例·雜犯律	不應為條	第二百八十九條： 凡二人以上同犯不應為，為首者該科以懲役三十日，從者該科以懲役二十日；為首者該科以懲役七十日，從者該科以懲役六十日。若所犯之輕重有分，以不應輕重之分擬，勿論首從。 第二百九十條： 凡棄毀佛像者，科以不應為重。 第二百九十一條： 凡流傳及著述詭言怪說、妨害政體者，科以不應為重。		
韓國統一新羅與高麗王朝刑律	不應為條	同唐律(?)	「高麗一代之制，大抵皆倣乎唐。至於刑	高麗史卷 38 刑法志

¹⁹ 田濤、鄭秦點校，《大清律例》(北京：法律出版社，1998)，頁540；林詠榮，《唐清律的比較及其發展》(台北：國立編譯館，1982)，「唐清律對照表」，頁805。

²⁰ 黑板勝美編，《(新訂增補)國史大系：律》(東京：吉川弘文館，1978)，「律逸文」，頁166。按，《養老律》之《雜律》已散佚，此處所錄，係依據石原正明所收「律逸文」。

律典	條文名稱	內容	備註	出處
			法，亦採唐律，參酌時宜而用之。」	
韓國朝鮮王朝刑律	不應為條	同明律（？）	「用律：用大明律」	經國大典卷5刑典
越南後黎朝洪德刑律	不應為條	諸不應得為而為之者，大以徒流論，小以貶罰論。		歷朝憲章類誌·刑律志

由唐律檢討「不應得為」罪，如前所述，黃源盛已有詳論。²¹拙稿此處要說明的，除「不應得為條」一直存在到晚清外，同時也是近代以前中華法系特有的一個條文。其存在的歷史意義，格外引人注目。正面而言，朝鮮諸王朝的規定同中國，日本《養老律》亦同唐律，但到明治初期的《新律綱領》，量刑較輕，《改定律例》又有更詳規定，為他國所無。而越南黎朝聖宗洪德刑律（又稱《黎朝刑律》），則為最嚴。

根據此條，可知中華法系的共相，是以禮（理）作為立法的基本原理。此外，需要進一步說明者，1.「理」為律、令之外第三種斷獄依據。唐律此條註曰：「謂律、令無條，理不可為者」，指「理」為律令（並含格式）之外第三種具有法律效力的斷罪依據。2.傳統儒者對「理」應有共識。律令（並含格式）為具體條文，「理」與律令不同，屬於抽象概括性，廣義為道理，狹義為義理，這是傳統時代儒者的共識。3.包含情、理、法三者規範性的典型律文。本條《疏》議以「情輕」、「事理重」兩者來解釋律注「理不可為者」之「理」字。足見本條之「理」字，分為人理（情）與事理（理）兩者，²²可簡稱為情、理，情（人理）為輕，

²¹ 此外，陳新宇〈繼受與變革—以日本過渡刑律下「斷罪無正條」與「不應為」的變化為中心〉（《清華法學》，2：3（北京，2008.5），頁107-118）一文，也值得參照。

²² 錢大群在《唐律疏義新注》（以下簡稱《新注》）對《疏》議曰：「情輕者，笞四十；事理重者，杖八十。」譯文，是：「其情節輕的，處笞打四十；所犯情節重的，處杖打八十。」（參看前引錢大群，《唐律疏義新注》，頁918。）此即將「情」與「事理」均譯為「情節」，可能是對應上下文所作的簡要解釋。但對此條

理（事理）為重，成為包含情、理、法三者規範性的典型律文，這是千餘年來能通行於中華法系的理由所在。4.本條在固有法時期具有存在價值。本條的規範，從近代罪刑法定主義的觀點來評論時，易流為法官的擅斷，造成冤獄，是其缺陷。這個問題，的確不易否認。但今日法院判刑，從無罪到死刑，或從死刑變成無罪的翻案訊息，並無不新鮮，所以罪刑法定也不是萬靈丹。

今日若要評價本條，有以下三點應注意：第一、存在千餘年的意義。從歷史發展的觀點而言，本條能夠在中華法系地區行用千餘年，其存在的價值不能否認。第二、適用本條有嚴格限定。《疏》議規定得甚為清楚，必須受到以下三個條件的限制：1.在律在令無有正條，2.不能輕重相明，3.無文可以比附。在這樣的限制下，才根據情、理進行「臨時處斷」，應該是極為嚴格。第三、刑度適中。適用本條時，其刑度只有二種：一為情輕者笞四十，一為事理重者杖八十，並不是從笞四十到杖八十可以任意加減。總之，本條立法意旨，在於「庶補遺闕」，目的要讓犯罪者不能逍遙於法外，逃避於天地之間；造成法官擅斷，並非其本意。

（四）附述：唐令中的「理」

茲以仁井田陞著《唐令拾遺》所見令文及其引據，說明唐令中的「理」。關於唐令中單獨使用「理」字，如「理不可易」、「推理言之」、「理實未通」、「處斷乖理」、「以理去官」、「非理死損」、

律注所謂「理不可為者」之「理」，注釋為：「此處指以儒家倫理思想為核心的在法理、禮法、道德等方面的評價標準」。另外，錢氏對《名例律》「八議之程序及特權（議章）」（總8條）《疏》議曰：「『議者，原情議罪』者，謂原其本情，議其犯罪。」其中「原其本情」的「情」字，注釋曰：「『情』在唐律中通常用作三種意義：一是當『事實』、『實際』講。二是當盡心、誠心講。如《左傳·莊公十年》：『小大之獄，雖不能察，必以情。』注文：『必盡己情察審也。』三是當『內心』、『情感』講，在律學範疇可指行為動機、目的等犯罪主觀心態方面。句中之『情』屬這種意義。（參看前引錢大群，《唐律疏義新注》，頁49注6。）《雜律》「不應得為」條的「情」字，實際也當是上述第三意義作解。由於錢氏《新注》是當今對唐律逐字注解最詳細者，所以詳引於此，以供參考。細按錢氏對情與理的詳細注解，可知兩者之義其實仍有差別，「情」著重當事人的主觀心態，「理」則著重儒家倫理思想的核心價值；情尚須考慮行為動機、目的，而理則為正面肯定的倫理價值。這是很重要的提示。

「於理為允」等，不勝枚舉。若依上圖三種理字用法來考查時，仍不見有使用天理、天常之詞，亦無人理之詞，只在《賦役令》二十二條「開元二十五年」曰：「侍丁，依令免役，惟輸調及租。」引用《文苑英華》卷四百二十一〈赦書·改元天寶赦〉提到：「王政優容，俾申情理。」²³

其用於事理，有「術理」、「文理」、「詞理」、「究理」、「義理」等，而以「義理」為多。「術理」用在《學令》的明書、明算考試，「取明數造術，辨明術理者為通」。「文理」在《選舉令》第三條引《通典·選舉三·歷代制下（大唐）》記載：「其擇人有四事，一曰身（取其體貌豐偉），二曰言（取其言詞辨正），三曰書（取其楷法適美），四曰判（取其文理優長）。」²⁴此即試判時，文、理兩者要兼優。另外，在《考課令》四十九條（開元七年、開元二十五年）規定：「諸秀才試方策五條。文理俱高者為上上，文高理平、理高文平為上中，文理俱平為上下，文理粗通為中上，文劣理滯為不第。」這是貢舉秀才科考試方策時，也是以文、理兩者作為評斷高下。再者，《考課令》第二條引《唐六典》卷二〈考功郎中〉記載官人考課之法有四善二十七最，其中「六曰決斷不滯、與奪合理，為判事之最；十五曰詳錄典正、詞理兼舉，為文史之最；二十二曰推步盈虛、究理精密，為歷官之最。」此處出現合理、詞理、究理，連同上述術理、文理等，均特指某事，並非泛稱。唐·劉肅《大唐新語》卷四〈持法第七〉「朱履霜」條，記載履霜曰：「准令，當刑能申理者，加階而編入史，乃侍御史之美也。」此令當為《考課令》，²⁵所謂「當刑能申

²³ 按：李昉等編，《文苑英華》（台北：新文豐出版公司，1979，係採用宋、明刊本影印），卷421，〈赦書·改元天寶赦〉、王欽若等編，《冊府元龜》（台北：台灣中華書局，1981，據明本影印；周勳初等校訂，《冊府元龜（校訂本）》（南京：鳳凰出版社，2006），卷86，〈帝王部·赦宥〉均記載「王政優容，俾申情理。」惟楊家駱主編，《唐大詔令集》（台北：鼎文書局，1972，採用明鈔本及《適園叢書》本校勘與斷句），卷4，〈帝王改元中·改元天寶赦〉，則曰：「王政優容，俾申情禮。」（頁21）禮與理一字之異，當係版本問題，此處採「情理」說。

²⁴ 王欽若等編，《冊府元龜》，〈銓選部·條制〉亦同。

²⁵ 參看何正平、王德明等編著，《大唐新語譯注》（桂林：廣西師範大學出版社，

理者」，即指執行死刑時，而能替有冤情的死刑犯「申理」者，也就是申冤者，可以加階而編入史冊，即是侍御史的美德。所以此處的「理」字，其實也就是事理或義理。

唐令中言及義理，最受矚目者，厥為貢舉科目中的明經科、進士科，以及明法科考試。《考課令》五十條規定明經科在試策時，「須辨明義理，然後為通。」五十一條規定進士科在試時務策時，「其策文辭順序、義理愜當。」五十二條規定明法科在試律、令時，「識達義理，問無疑滯者為通；粗知綱例，未究指歸者為不通。」由於官人受命斷獄，未必皆由明法科出身，恐更多是由明經、進士科出身，所以辨明義理或識達義理，可廣義解為官人斷獄的共識，一方面也因其教養來自儒家經典之故。就這個意義而言，前述「事理」，可解為「義理」，也就是禮的規範。

基於以上諸規定，可知整部唐律，乃至唐令所出現的「理」字，可用事理來說明，而事理的精要就是義理。律、令的「指歸」或立法的基本精神即在義理，所以律、令無正文時，依據事理斷獄，也就是依據義理來判斷是非對錯，這個事理或義理，其實也是禮的規範。

另一方面，整部律、令條文中，果真無「理」或「情」的要素在內？霍存福以為諸如故意過失、動機善惡、正當防衛等類似近現代的一系列法律原則和原理都被包容在「情理」之中。²⁶俞榮根也指出唐律當中有不少「人情」的內容滲入法律，作為立法的基本原則，例如同居相為隱、允許復仇、矜恤老幼、存留養親、五服定罪等。²⁷這些例證，應該可以接受。當然也有學者持不同看法，如佐立治人舉《漢書》到《舊唐書》等正史為例，不見有以

1998)，頁161。按，此條令文，疑為《考課令》，但不見於仁井田陞，《唐令拾遺》（東京：東京大學出版會，1964年覆刻發行），亦不見於池田溫等，《唐令拾遺補》（東京：東京大學出版會，1997）。

²⁶ 參看霍存福，〈中國傳統法文化的文化性狀與文化追尋—情理法的發生、發展及其命運〉，《法制與社會發展》，2001年第3期（長春，2001.6），頁1-18，尤其是頁13。

²⁷ 參看俞榮根，《道統與法統》（北京：法律出版社，1999），〈又一個三角關係：天理、國法、人情〉一節，頁370-381，尤其頁373-378。

「情」或「人情」作為裁判基準的用例，有的話只是作為裝飾的文句。顏師古在《漢書》注釋中有使用「人情」用語也是如此。即使唐代所見的判，如白居易的「百道判」、敦煌本唐判集所見的「人情」用語，也不是作為裁判的基準。²⁸但是佐立氏這個說法，太過於狹隘解讀「情」或「人情」，²⁹唐律明文規定以「情」或「理」作為定罪依據，已說明於前，今日不見漢唐間的正史有其斷案用例，不等於無案例。事實上除前述若干事例外，如下所舉判集諸例，亦可證明其存在。

漢唐間有關判例傳存至今，除皇帝裁決之特例外，地方官判案之資料，除虛擬的判集外，留存極少。因此，在討論案例時，不若宋代以後資料較多，尤其明清時期。學界討論情理法問題，多集中在宋代以後的案例，當即由於此故。其代表例子，為黃宗智與滋賀秀三學說的對立。³⁰雖是如此，如果進一步要問：斷獄有無第四個法源？應當回答有，此即判例，唐代通常以「法例」稱之，將於另文說明。以下茲再舉現今傳存的唐判，進一步說明

²⁸ 佐立治人，〈裁判基準としての「人情」の成立について〉，《法制史研究》，45（東京，1995.3），頁73-106。

²⁹ 關於「情」或「人情」或「情理」，乃至「情理法」釋義及論證，學界已有頗多論著發表，其代表可舉前引霍存福，〈中國傳統法文化的文化性狀與文化追尋—情理法的發生、發展及其命運〉，頁1-18；王斐弘，〈中國傳統法文化中的情理法辨析—以敦煌吐魯番唐代法制文獻為例〉，收入中南財經政法大學法律文化研究院編，《中西法律傳統》，第7卷（北京：北京大學出版社，2009），頁49-100；王斐弘此文又以較簡要內容發表，題為〈敦煌吐魯番文獻中的情理法辨析〉，《蘭州學刊》，2009年第12期（蘭州，2009.12），頁1-5；蔣鐵初，〈情證折獄與古代中國的訴訟理想〉，收入前引《中西法律傳統》，第7卷，頁267-297。

³⁰ 滋賀秀三認為民事裁判側重情理，而黃宗智則以為是實定法。關於二位學說簡單的介紹，參看汪雄濤，〈功利：第三種視角—評滋賀秀三與黃宗智的「情理/法律」之爭〉，《學術界》，總128期（合肥，2008.1），頁117-122。關於滋賀秀三的學說，可參看其專著《清代中國の法と裁判》（東京：創文社，1984），第四章，〈民事的法源の概括的検討—情、理、法〉，第五章，〈法源として經義と禮および慣習〉；滋賀秀三等著，《明清時期的民事審判與民間契約》（北京：法律出版社，1998），所收諸篇文章。黃宗智，《清代的法律、社會與文化：民法的表達與實踐》（上海：上海書店出版社，2001），第一章，〈導論〉。前引俞榮根，《道統與法統》所收〈天理、國法、人情〉一節。徐忠明，《情感、循吏與明清時期司法實踐》（上海：上海三聯書店，2009），第一章，〈訴諸情感：明清中國司法的心態模式〉。

「理」在斷獄程序的作用。

三、唐判依理據律

唐代的判，除於法司斷獄而成為實判案牘外，其於吏部選才、天子制舉（「書判拔萃」科）試判則為擬判。今存實判案牘，除少數敦煌、吐魯番文書外，³¹傳世極少。現存大部分為選士的擬判。

今日所見的唐代判集，雖是擬判，但通常依理據律判斷，甚至以理折律。因此，理在唐判中並非只作文飾而已，其與律的關係，乃至理的作用為何？實有再探討的必要。³²

唐代吏部選試，對貢舉人試以身、言、書、判，而且以判為最重要，則判集為人人必讀或競相仿作，當可想見。馬端臨於《文獻通考》卷三十七〈選舉志〉「舉官」條，論曰：

吏部所試四者之中，則判為尤切。蓋臨政治民，此為第一義。必通曉事情，諳練法律，明辨是非，發摘隱伏，皆可以此規之。

基於此故，官學律學生所習之教材，除律、令、格、式、《法例》以外，當亦包括判集。³³

（一）唐代的判集

唐代的判集，現存有張鷟的《龍筋鳳髓判》（計 78 道），白居易的《百道判》（計 100 道）及〈考試答案〉（1 道），《文苑英華》收有 1,062 道，《全唐文》收有 1,186 道，《唐文拾遺》收有 1

³¹ 參看大野仁，〈唐代の判文〉，收入滋賀秀三編，《中國法制史：基本資料の研究》（東京：東京大學出版會，1993），頁263-266引大谷文書第2836號；王震亞、趙楚，《敦煌殘卷爭訟文牒集釋》（蘭州：甘肅人民出版社，1993）一書，亦著錄數例。另外劉俊文、池田溫所引敦煌、吐魯番文書，詳見後述。

³² 桂齊遜，《唐代「判」的研究—以唐律與皇權的互動關係為中心》（台北：私立中國文化大學史學研究所博士論文，1996.6），係透過「判案」，來檢驗唐律的落實程度，及其唐代皇權的互動關係，屬於另一角度考察唐判的研究，亦可參看。

³³ 參看拙著，《中國中古的教育與學禮》（台北：台灣大學出版中心，2005），頁129-137，有關「律學」的討論。

道。由於張鷟、白居易以及《文苑英華》所見諸判均可見於《全唐文》，若只論判文遺存，則包含《唐文拾遺》及其他殘篇，總共今日尚可見到唐判共有 1212 道。此外，在典籍著錄方面，尚有《新唐書·藝文志》、《宋史·藝文志》、《通志·藝文略》等，著錄了駱賓王《百道判》一卷，崔銳《判》一卷，鄭寬《判》一卷，南華張《代耕心鑑甲乙判》一卷。在《日本國見在書目錄》之〈刑法家〉，可見到牛鳳《中臺判集》五卷，著者不明之《百節判》一卷、《大唐判集》一卷等，只是這些判集，今日皆無傳存。³⁴劉俊文《敦煌吐魯番唐代法制文書考釋》一書所收的唐代判集，共有四種，其中三種出自敦煌，一種出自吐魯番。敦煌三種判集為：P.3813 文明判集殘卷、P.2754 麟德安西判集殘卷、P.2593 開元判集殘卷，吐魯番一種為 73TAM222：56(1)-(10)唐西州判集斷片。³⁵凡此都是今日研究唐判集的重要資料。

判的文體始於何時？仍無可考，或可追溯至漢代的木簡文書，而北魏、北齊、隋也可見到類似大谷文書的判文。³⁶瀧川政次郎以為南梁時代的《文選》不見有判的文體，而《文苑英華》卷五四四〈國城篇〉所見褚亮的〈建國判〉，或可視為唐判最直接的淵源，只是不知其作成時年代。褚亮為褚遂良之父，所以該判作成時間，當在貞觀以前、梁陳以後。其作為制舉拔萃科考試參考用的判集，當以駱賓王的《百道判》為最早，惟今日已不見其內容。

³⁴ 參看市原亨吉，〈唐代的「判」について〉，《東方學報》，33（京都，1963.3），頁119-120、135、151。

³⁵ 參看劉俊文，《敦煌吐魯番唐代法制文書考釋》（北京：中華書局，1989）一書，在「判」條之下所收四種敦煌判集殘卷（頁436-494）。池田溫，〈敦煌本判集三種〉，收入末松保和博士古稀記念會編，《古代東アジア史論集》，下卷（東京：吉川弘文館，1978），頁420-462，其錄文〈I判集〉，即劉氏著錄的〈開元判集殘卷〉；〈II唐判集〉，即劉氏著錄的〈文明判集殘卷〉；〈III安西判集〉，即劉氏著錄的〈麟德安西判集殘卷〉。前引王震亞、趙熒，《敦煌殘卷爭訟文牒集釋》，頁125-177；其中〈唐判集三道〉，即劉氏著錄的〈開元判集殘卷〉；〈唐（公元七世紀後期？）判集（存十九道）〉，即劉氏著錄的〈文明判集殘卷〉；〈唐安西判集殘卷（存六道）〉，即劉氏著錄的〈麟德安西判集殘卷〉。惟解析部分，仍以劉氏著錄為詳，而王、趙之集釋，似無參照劉氏著錄。

³⁶ 參看前引大野仁，〈唐代の判文〉，頁267。

若依照當代判詞格式，同時依據省臺寺監百司州縣等單位作為編排次序，則首創於張鷟的《龍筋鳳髓判》。³⁷《龍筋鳳髓判》因仿自駱賓王的《百道判》，就宋元時期的著錄而言，尚保存原有《百道判》的完本，到元末明初似已殘缺。今日所見殘存 78 道，卷四最末「勾盾」有目無文，州縣部分則完全缺文；其編列方式，當以一個單位編列二條為原則，所以卷一著錄工部、戶部各一條，按理是各缺一條。³⁸

至於白居易的「百道判」，實際為 101 道，由於第 89 道「毀方互合判」，為白居易參加貞元十八年(802)制舉「書判拔萃科」的試題及答案，與其他判題為習作，並不相類，如扣除此道判，正好百道。³⁹

張鷟的《龍筋鳳髓判》與白居易的「百道判」，為現今保存唐代判集較為完整的兩種判集；而前述敦煌三種判集殘卷，以 P.3813 文明判集殘卷與 P.2754 麟德安西判集殘卷較古。P.3813 文明判集殘卷共保存 19 道，⁴⁰甚為珍貴，從其判文內容看來，本書之作成，當以 650 年為上限，大致在七世紀後半葉，也就是高宗時期。殘卷抄寫時間，大致在八世紀前半。而殘卷第 9 道判文與日本《令集解·賦役令》「孝子順孫」條《集解》引《古記》（約成書於 738 年左右）所見的《判集》有 80% 以上的雷同，所以可推定抄錄此《判集》傳到日本，也大約在八世紀前半。⁴¹至於張鷟

³⁷ 參看瀧川政次郎，〈龍筋鳳髓判について〉，《社會經濟史學》，10：8（東京，1940.10），頁4-9。

³⁸ 參看前引瀧川政次郎，〈龍筋鳳髓判について〉，頁10-12。前引市原亨吉，〈唐代の「判」について〉一文，亦以78道計，但郭成偉在〈《龍筋鳳髓判》初步研究〉，收入田濤、郭成偉校注，《龍筋鳳髓判校注》（北京：中國政法大學出版社，1996）一文，是以79道計（頁188），顯然將「勾盾」有目無文亦計入一條，拙稿此處不取。

³⁹ 詳細討論白判，參看陳登武，〈白居易「百道判」試析—兼論經義折獄的影響〉，收入中央研究院歷史語言研究所會議論文集之八，《傳統中國法律的理念與實踐》（台北：中央研究院歷史語言研究所，2008），頁343-411，文末有附表〈「百道判」判題出典與判文主張分析表〉，很有參考價值。

⁴⁰ 參看前引池田溫，〈敦煌本判集三種〉，頁445-447，列有19道判文內容表，檢索方便。

⁴¹ 參看前引池田溫，〈敦煌本判集三種〉，頁451-454，同時以為第16道所見的「文

的《龍筋鳳髓判》，大約成書於睿宗時期，而以武后聖曆三年(700)為上限。⁴² P.2754 麟德安西判集殘卷，共收判文 6 道，有 2 道不完全，從其判詞內容看來，判集的作成，當在 660 年代不久，主要是集錄安西都護府官文書案件而成。其鈔寫時間，大約在七世紀後半葉。所以就成書時代前後順序而論，三者可排為敦煌文書 P.3813 文明判集殘卷、P.2754 麟德安西判集殘卷、張鷟《龍筋鳳髓判》、白居易「百道判」。

杜佑《通典》卷十五〈選舉三·歷代制下·大唐〉曰：

^a 初，吏部選才，將親其人，覆其吏事，始取州縣案牘疑議，試其斷割，而觀其能否，此所以為判也。（注曰：按，顯慶初，黃門侍郎劉祥道上疏曰：「今行署等勞滿，唯曹司試判，不簡善惡，雷同注官。」此則試判之所起也。）^b 後日月寢久，選人猥多，案牘淺近，不足為難，乃采經籍古義，假設甲乙，令其判斷。^c 既而來者益眾，而通經正籍又不足以為問，乃徵僻書、曲學、隱伏之義問之，惟懼人之能知也。

據此，可知唐代選人試判時，其問答方式有三階段的發展，a 為第一階段，b 為第二階段，c 為第三階段。此即第一階段是取州縣的「案牘」，也就是實際案例，具有疑議者令其判斷；第二階段，因為選人日多，原來辦法無法測出實力，而改採「經籍古義，假設甲乙」，來做判斷；第三階段，又以考經籍古義測不出實力，乃找冷僻問題設問，才能考倒考生。敦煌的文明判集殘卷、麟德安西判集殘卷與張鷟《龍筋鳳髓判》屬於第一階段，白居易「百道

明御曆」，當與武后稱制改元為「文明」無關。劉俊文也認為此《判集》當係初唐之作，但也有可能作於武后文明之時，所以定名為《文明判集》，參看前引劉俊文，《敦煌吐魯番唐代法制文書考釋》，頁450-451。所以關於此《判集》之作成年代，有待進一步檢討。

⁴² 參看前引瀧川政次郎，〈龍筋鳳髓判について〉，頁18。霍存福則以為：「武周、中宗及睿宗時事為多，但不排除使用高宗末及玄宗初時事。」參看霍存福，〈《龍筋鳳髓判》判目破譯—張鷟判詞問目源自真實案例、奏章、史事考〉，《吉林大學社會科學學報》，1998年第2期（長春，1998.3），頁19。

判」為典型的第二階段。

(二) 判集依理據律舉隅

對於敦煌文明判集殘卷、麟德安西判集、張鷟《龍筋鳳髓判》、白居易「百道判」的個案研究，學界已有若干成果發表。⁴³ 此處不是就個案再作探討，而是針對拙稿主題試舉十例，進行討論。

《文明判集》殘卷

例一：《文明判集》殘卷 20-28 行

案由

20 奉判：秦鸞母患在床，家貧無以追福。人子情重，為計無從，遂乃行盜

21 取資，以為齋像。實為孝子，准盜法合推繩。取捨二途，若為科結？

判文

(下略)

24……今若偷財

25 造佛，盜物設齋，即得著彼孝名，成斯果業，此即齋為

⁴³ 對於敦煌文明判集殘卷、安西判集的個案研究，例如前引劉俊文，《敦煌吐魯番唐代法制文書考釋》，頁436-478；劉俊文，《唐律疏議箋解》（下冊），頁1947-1948。王斐弘，〈輝煌與印證：敦煌《文明判集殘卷》研究〉，《現代法學》，52：4（重慶，2003.8），頁64-73。陳永勝，《敦煌吐魯番法制文書研究》（蘭州：甘肅人民出版社，2000），第七章，〈敦煌吐魯番文獻中的訴訟法律制度〉，頁182-214。

對於張鷟《龍筋鳳髓判》的個案研究，例如霍存福，〈張鷟《龍筋鳳髓判》與白居易《甲乙判》異同論〉，《法制與社會發展》，1997年第2期（長春，1997.4），頁45-52；前引霍存福，〈《龍筋鳳髓判》判目破譯—張鷟判詞問目源自真實案例、奏章、史事考〉，頁19-27；黃源盛，〈唐律與龍筋鳳髓判〉，收入黃源盛，《漢唐法制與儒家傳統》；原刊《政法學評論》，79（2004.6），頁339-383。

對於白居易「百道判」的個案研究，例如前引陳登武，〈白居易「百道判」試析—兼論經義折獄的影響〉，頁343-411。

盜本，佛是罪

26 根，假賊成功，因賊致福，便恐人々(人)規未來之果，家家求至孝之名。側鏡此

27 途，深乖至理。據禮全非孝道，准法自有刑名。行盜，理合計贓，定罪須知多

28 少。々々(多少)既無疋數，不可懸科。更問盜贓，待至量斷。

例二：《文明判集》殘卷 71-86 行

案由

71 奉判：豆其谷遂本自風牛同宿，主人遂

72 邀其飲，加藥令其悶亂，困後遂竊其資。所得之財，計當十疋。事發

73 推勘，初拒不承。官司苦加拷誅，遂乃攀其雙腳，後便吐實，乃款

74 盜藥不虛。未知盜藥之人，若為科斷？

判文

79 (下略) 買藥令其悶亂，困後遂竊其

80 資。語竊雖似非強，加藥自當強法。事發猶生拒諱，肆情侮弄官

81 司。斷獄須盡根源，據狀便可拷誅，因拷遂攀雙腳，攀後方始承贓。

82 計理雖合死刑，攀腳還成篤疾，々々(篤疾)法當收贖，雖死只合輸銅。

正賊與

83 倍賊，并合徵還財主。案律云：犯時幼小，即從幼小之法；事發老疾，聽依

84 老疾之條。但獄賴平反，刑宜折衷，賞功寧重，罰罪須輕。雖云十足之

85 賊，斷罪宜依上估，估（估）既高下未定，賊亦多少難知。賊估既未可明，與奪

86 憑何取定？宜牒市估，待至量科。

例三：《文明判集》殘卷 148-155

案由

148 奉判：選人忽屬泥塗，賃馬之省。泥深馬

149 瘦，因倒致殂。馬主索倍，選人不伏。未知此馬合倍已不？

判文

152（下略）計馬

153 既倒自亡，人亦故無非理。死乃仰惟天命，陪則竊未弘通。……

154……倒既非馬之心，死亦豈人之意。

155 以人況馬，彼此何殊。馬不合倍，理無在惑。

例四：《文明判集》殘卷 156-171 行

案由

156 奉判：宋里仁兄弟三人，隨日亂離，各在一所：里仁貫屬甘州，弟為貫屬鄆縣，

157 美弟處智（貫）屬幽州，母姜元貫揚州不改。今三處兄弟，並是邊貫之人，俱悉入軍，

158 母又老疾，不堪運致，申省戶部聽裁。

判文

161（下略）宋仁昆季……

162……俱霑邊貫，並入軍團。各限憲章，

163 無由覲謁。……

164……撫事論情，實抽肝膽。

166……至若名霑軍貫，不許遷移，法意本欲防奸，非為絕其孝

167 道。即知母年八十，子被配流，據法猶許養親，（親）歿方之配所。此則意存

168 孝養，具顯條章，舉重明輕，昭然可悉。且律通異義，（義）有多途，不可

169 執軍貫之偏文，乖養親之正理。今若移三州之兄弟，就一郡之慈親，庶子

170 有負米之心，母息倚閭之望，無虧戶口，不損王徭，上下獲安，公私允愜。移

171 子從母，理在無疑。（下略）

例五：《麟德安西判集》殘卷 72-81⁴⁴

案由

（「奉判」以下缺文，從判文看來，當指郭微身為屯官，

⁴⁴ 本案之解析，參看前引劉俊文，《唐律疏議箋解》，頁1947-1948。

漫行威福，專行龐杖，情理俱惡，合當懲治。）

判文

72 郭微先因儉從，爰赴二庭，遂補屯官，方牒万石，未聞檢校之劾，

73 遽彰罪過之蹤。笞撻有情，豈緣公務，所為無賴，只事

74 陰私。……

80 ……元情實可重科。但為再問即臣，亦足聊依輕典。
按《雜律》云：

81 諸不應得為而為之者，答卅

（後缺）

張鷟《龍筋鳳髓判》

例六：卷一中書省之一條

案由

中書舍人王秀漏泄機密，斷絞；秀不伏。款於掌事張會處傳得語，秀合是從，會款所傳是實，亦非大事，不伏科。

判文

（前略）張會掌機右掖，務在便蕃；王秀負版中書，情惟密切，理宜克清克慎，……若潛謀討襲，理實不容；漏彼諸蕃，情更難恕。非密既非大事，法許準法勿論，待得指歸，方可裁決。中書舍人王秀漏泄機密，斷絞；秀不伏

例七：卷一門下省之一條

案由

給事中楊珍奏狀錯以崔午為崔牛，斷笞四十，徽（徽字當為「徵」之誤）銅四斤，不伏。

判文

（前略）出納王命，職當喉舌之官……馬字點少，尚懼亡身，人名不同，難為逃責。準犯既非切害，原情理或可容，何者？寧失不經，宥過無大。崔牛崔午，既欲論辜，甲申甲由，如何定罪？

白居易「百道判」⁴⁵

例八：第 34 道

案由

得景進柑子，過期壞損。所由科之，稱於浙江楊子江口，各阻風五日。

判文

進獻失期，罪難逃責；稽留有說，理可原情。景乃行人，奉茲錫貢。薦及時之果，誠宜無失其程；阻連日之風，安得不愆于素？覽所由之詰，聽使者之辭。既異違寧，難科淹恤。限滄波於于役，匪我愆期。販朱實於厥芑，非予有咎。捨之可也，誰曰不然？

例九：第 72 道

案由

得甲牛觶乙馬死，請償馬價。甲云：在放牧處相觶，請陪半價。乙不伏。

判文

⁴⁵ 參看白居易著，朱金城箋校，《白居易集箋校》（上海，上海古籍出版社，1981），卷66、67；判文編號，根據前引陳登武，〈白居易「百道判」試析—兼論經義折獄的影響〉一文附表〈「百道判」判題出典與判文主張分析表〉。

馬牛于牧，蹄角難防。苟死傷之可徵，在故誤而宜別。況日中出入，郊外寢訛。既谷量以齊驅，或風逸之相及。爾牛孔阜，奮駢角而莫當；我馬用傷，踣駿足而致斃。情非故縱，理合誤論。在阜棧以來思，罰宜惟重；就桃林而招損，償則從輕。將息訟端，請徵律典。當陪半價，勿聽過求。

例十：第 99 道

案由

得乙請襲爵，所司以乙除喪十年而後申請，引格不許。乙云：有故，不伏。

判文

爵命未墜，嗣襲有期。在紀律而或愆，當職思而宜舉。乙舊德將繼，新命未加。所宜慕彼前修，相承以一子；何乃廢其後嗣，自棄於十年？歲月既已滋深，公侯固難必復。然以法通議事，理貴察情；如致身於宴安，則宜奪爵；若居家而有故，尚可策名。須待畢辭，方期析理。

茲對上舉十例，有關情、理部分，如判文劃線處所示，其與唐律關係略作說明於下。

例一，秦鸞為母病而行盜，「深乖至理。據禮全非孝道，准法自有刑名。行盜，理合計贓。」秦鸞行為不合禮，依「理」計贓，此處的理為事理，其實也是法，所以依據《賊盜律》「竊盜」條（總 282 條）竊盜疋數多寡斷罪。此案例充分考量禮（理）、法要素，再依法論罪。

例二，這是很有意思的判文，其內容包括審訊時「拷諍」，因而攣雙腳成篤疾。判文中引用唐律多達包括《賊盜律》「強盜」條（總 281 條）、《名例律》「老小及疾有犯」條（總 30 條）、《名例律》「彼此俱罪之贓」條（總 32 條）、《名例律》「犯時未老疾」條（總 31 條）、《名例律》「平贓及平功庸」條（總 34 條）等。判詞

中，提到：「計理雖合死刑，攣腳還成篤疾，篤疾法當收贖，雖死只合輸銅。」此即主刑依「理」由死刑減為輸銅。此處之理，仍為事理。「正賊與倍賊，并合徵還財主」，則為附加刑，依據《名例律》「彼此俱罪之賊」（總 32 條）、「以賊入罪」（總 33 條）而判。此一判文，兼顧到情、理、法，以及重證據、重調查，⁴⁶殊為難得。至於法司將犯者拷諍而攣雙腳成篤疾，有無過失，在判文中不見被追究，是美中不足之處。

例三，這是選人某賃馬赴省，因「泥深馬瘦」，以致在途中倒斃，馬主索賠，選人某不伏。判文中以為馬自亡，選人某亦無「非理」，死亡係「天命」，所以判定馬不賠，這是「理無在惑」，也就是據理無可置疑。判文中無引用律文，而以「天命」及「理」判定，相當於「天理」，較為特殊的案例。

例四，隋末大亂之際，宋里仁兄弟三人在邊貫入軍，以老母疾病為由，申請在同郡奉養。判文指出「據法猶許養親」，「舉重明輕」，「律通異義，義有多途」，「不可執軍貫之偏文，乖養親之正理」，「移子從母，理在無疑。」很明顯地，判文的立場，以為有司不能只就單項法規去執行，而應在無違背法意之下，充分考慮義理，並強調這是正理，而允許宋氏兄弟的請求。

例五，判文最後引《雜律》「不應得為」條正文，這是現在看到的判文中，少數直接引用律文原文者，甚為珍貴。判文指出郭微所犯情節，本應重科，因審訊時認罪，所以改為從輕，乃依據《雜律》「不應得為」條，科笞四十，可視為西陲之地，依律審判之佳例。判文中，雖無直接提及「理」字，但從判文中可推知其思維仍是由據理原情出發，最後依「情輕」論罪，充分運用情、理、法三者的法理思維。

例六，中書舍人王秀漏泄機密，斷絞，秀不服。判文是根據《職制律》「漏泄大事」條（總 109），認為法司斷王秀絞刑是誤判。同時說明如果是「潛謀討襲」，則為大事，所以「理實不容」，張會應該為首（初傳者），王秀為從（傳至者，或者轉傳

⁴⁶ 參看前引王斐弘，〈輝煌與印證：敦煌《文明判集殘卷》研究〉，頁66。

者)；設若將大事應密「漏彼諸蕃」，則「情更難恕」，依《名例律》首犯、從犯都應罪加一等，但《名例律》「稱加減」條（總 56 條）注曰：「加入絞者，不加至斬。」漏泄首犯仍處絞，從犯原處流，至此應加至絞。問題是原判有誤，王秀只是「傳至者」，屬於從犯，根據《名例律》「共犯罪造意為首」條（總 42 條），應比首犯處絞減一等而為流三千里。⁴⁷此案顯然是由情、理釋法，認為原審法司誤判，最後雖有待上司裁決，仍可視為傳統審理法案典型的例子。

例七，給事中楊珍奏狀誤失案，法司原判「笞四十，徵銅四斤」，根據《職制律》「上書奏事誤」條（總 116 條），上書若奏事而誤，應杖六十。張鷟判文以為「準犯既非切害，原情理或可容，何者？寧失不經，宥過無大。」也就是認為所犯並非「切害」，依據「情理」，當可諒解。同時引用《尚書·大禹謨》說：「宥過無大，刑故無小；……與其殺不辜，寧失不經。」主要是強調過誤所犯，雖大必宥，所以裁定原判過重。

例八，進獻土貢，過期損壞，有司追究其責。辯稱受阻於江口風浪，為不可抗力。此一阻却理由，可否接受？判文以「進獻失期，罪難逃責」，此即應當依據《職制律》「公事應行稽留」條（總 132）處罰。但白判以為「稽留有說，理可原情。」也就是延遲有故時，按「理」就要察明實情。結果以為「限滄波於于役，匪我愆期。」也就是為風浪所阻，屬於不可抗力的自然現象，應當無罪。這裏所謂「理可原情」，仍然是從「理」的觀點出發，主張適用《名例律》「八議」條（總 8 條）注曰：「原情議罪」。

例九，在放牧處，甲牛舐乙馬死，甲請賠半價，乙不服。白判以為「情非故縱，理合誤論。」「將息訟端，請徵律典。當陪半價，勿聽過求。」此即查明實情，應依據《廐庫律》「犬傷殺畜產」條（總 206 條）規定，不以故殺傷殺罪論，而以誤殺判定賠

⁴⁷ 關於此案詳細解析，參看前引霍存福，〈張鷟《龍筋鳳髓判》與白居易《甲乙判》異同論〉，頁51-52；前引黃源盛，〈唐律與龍筋鳳髓判〉，頁355-360。

半價，符合律意。

例十，乙因有故，在除喪十年後申請襲爵，有司引《格》不許，乙不服。白判以為「法通議事，理貴察情；如致身於宴安，則宜奪爵；若居家而有故，尚可策名。須待畢辭，方期析理。」即如果確實有故，應可接受，但此事須再查明。判文所引之「格」指何者？無法知其詳。但指出：「法通議事，理貴察情」，即再次強調理與法是作為審理案件的二個思維要件。理即事理，是作為察明實情的指導原理，也是義理。

根據上舉十例，有以下幾點需說明：1.判文格式，不外為「由事而理，由理而斷」的「正三段論」。此即判詞中首先講明案情事實，然後闡述理由，最後為結論。這樣的法律文書，也符合人們一般的思路。⁴⁸2.判文對於罪行非只做有罪或有待進一步調查等結論，同時也包含審理過程，這是非常珍貴的資料。3.判詞中的當事人，雖為虛構或代稱，但案情本身有一定的真實性，對法史研究是有其價值，不可忽視。⁴⁹4.判文雖有階段性差別，但判詞仍著重於說理，甚少直接引用律文原文，通常只節略引述律意，或法意。⁵⁰5.說理部分，含情、理、法三要素。此即情、理兩者仍是判斷的依據，並非只作為文飾而已，其作用在於禮教，可說是漢代經義折獄的延伸。⁵¹

以下再就禮與理，以及情理法中的理，作進一步說明。

⁴⁸ 參看前引王斐弘，〈輝煌與印證：敦煌《文明判集殘卷》研究〉，頁67。

⁴⁹ 前引霍存福，〈《龍筋鳳髓判》判目破譯—張鷟判詞問目源自真實案例、奏章、史事考〉一文的作業，是極佳例證。

⁵⁰ 劉馨珺透過南宋《明公書判清明集》案例研究，也以為「法條只不過是原情的參考而已。至於官員講究『援法據理』，則顯示出讀書人辨識道理的能力，以及據理者的義理能夠闡明『天理』。」參看劉馨珺，〈論宋代獄訟中「情理法」的運用〉，收入曾憲義主編，《百年回眸：法律史研究在中國》第三卷《當代台港卷》（北京：中國人民大學出版社，2009）；原刊《法制史研究》，3（台北，2002.12），頁168。

⁵¹ 參看前引大野仁，〈唐代の判文〉，頁270；陳登武，〈白居易「百道判」試析—兼論經義折獄的影響〉，頁392-393。

四、禮、理與情理法

《四庫提要》對《唐律疏議》的說明，提到：「論者謂唐律一準乎禮，以為出入得古今之平。」這是最簡單而且具體指出唐律的特質，學界經常引述，也就是具有共識。但是禮與理的關係要如何理解？最簡單的回答，就是孔穎達序《禮記正義》說：「禮者，理也。」正是說明理也就是禮。另外，《禮記·喪服四制》鄭玄注曰：「理者，義也。」然則義又如何？《禮記·中庸》引孔子說：「義者，宜也。」朱子解「宜者，分別事理，各有所宜也。」也就是事理的正當性。依此看來，要探討「理」時，必須同時兼及禮與理、義的關係。蓋禮是理、義規範化的表現，所以要了解理或義，應先了解禮的規範作用。

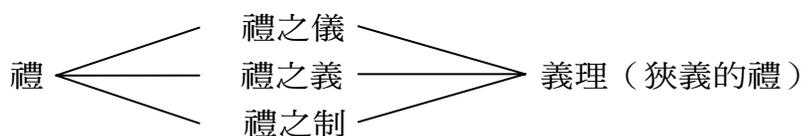
從先秦以來到兩漢，有關禮說的發展可歸結為以下三方面：此即禮之義、禮之儀、禮之制。所謂禮之義，指禮的義理；所謂禮之儀，指禮的儀式；所謂禮之制，指禮的制度，《禮記·仲尼燕居》引孔子曰：「制度在禮」。以漢代整理而成的禮典而言，禮之儀主要見於《儀禮》，禮之制主要見於《周禮》，詮釋禮之儀、禮之制而成為禮之義者，主要見於《禮記》。關於禮的這三種內涵，學界常就某一方面討論，尚乏對此三方作宏觀討論，因而不能充分掌握禮的全貌。⁵²秦漢以後，在專制皇權影響下，三者當中，以禮之儀、禮之制較有新的發展，而成為皇權的包裝，進而典制化。至於禮之義，除隱含於禮之儀、禮之制外，亦被吸納入律典（或曰法、刑）。⁵³

⁵² 初步就禮之三義作說明，當推張壽安，惜無進一步解析。張氏指出：禮用現代的話說，包括三部分：一是禮制（典章、制度），指國家、社會、家族的組織和規範；一是禮儀（儀文、節式），指昏冠喪祭等特定典禮的儀式；一是禮義（價值、道德），指在制度儀文之上的倫理準則和價值取向。其引用馬宗霍，《中國經學史》（台北：台灣商務印書館，1972），說明三禮之性質，而謂：《儀禮》為禮的本經，所論乃人倫鄉黨之倫理規範和生活禮俗；《周禮》所論多為立國之典章制度，《禮記》則是關於禮之理論的討論。參看張壽安，《以禮代理—凌廷堪與清中葉儒學思想之轉變》（台北：中央研究院近代史研究所，中央研究院近代史研究所專刊〔72〕，1994），頁4。

⁵³ 從法制乃至中華法系探討禮在立法原理的重要性，詳細參看拙作，〈中華法系基本

禮就廣義而言，為「天地之序」（《禮記·樂記》）；具體而言，則為「定親疏，決嫌疑，別同異，明是非也。」（《禮記·曲禮上》）也如同荀子所說：「禮者養也。君子既得其養，又好其別。曷謂別？曰：貴賤有等，長幼有差，貧富輕重皆有稱者也。」（《荀子·禮論篇》）瞿同祖因而解析為親疏、尊卑、長幼分異的家族和貴賤、上下分異的社會，這兩種秩序差異的總和，呈現親親尊賢，而仁義在其中，即是儒家的理想社會。但國家、社會的政治、法律組織仍為家族單位的組合，建立秩序，即達到齊家治國的理想地步。⁵⁴這個說法很值得參考。晉朝李軌注揚雄《法言·修身》所謂「天地交」、「人道交」，曰：「天地之交以道，人道之交以理」，所以順天人的道理，可視為廣義的理；論人道之理，可視為狹義的理；而律、令正是規定人道之理，所以律、令當中所意涵的理，可稱為狹義的理，也就是義理。

根據以上所說，禮之三義可作如下之圖示：



如果連同上一節所論的理，一併思考時，則理、禮關係可簡化如下：

理 = 禮 —— 事理 = 義理

基於如上的禮論，探求固有法的特質，可化約如下：理貴原

立法原理試析》，收錄朱勇主編，《中華法系》，第1卷（北京：法律出版社，2010），頁16-32。

⁵⁴ 參看前引瞿同祖，《中國法律與中國社會》，頁28、294-295。張晉藩也認為：「在中國古代，家族（庭）不僅是一個基本的生產單位，也是一個政治法律單位。」參看張晉藩，《清代民法綜論》（北京：中國政法大學出版社，1998），頁29。

情，以及原情制禮、納禮入法。在此前提下，論法不可忽視情、禮（理）。但因禮為理的規範化，情、理（禮）、法乃成為量刑定罪的要素。例如房玄齡在唐太宗貞觀二年(628)三月上奏，指出「舊條疏」（按，當指開皇、武德律）有兄弟連坐俱死而祖孫配沒，是不合理規定，因為「祖孫親重，而兄弟屬輕」。所以「據理論情」，⁵⁵主張兄弟以「配流為允」。太宗納之。（《舊唐書·刑法志》）這是以理、情斷罪的典型例子。這個修正案，已收入貞觀《賊盜律》，如今本《唐律疏議》所見者（總 248 條）。

再者，貞觀五年(631)實施京師決死刑須五覆奏時，詔曰：

守文定罪，或恐有冤。自今以後，門下省覆，有據法令合死而情可矜者，宜錄奏聞。（《貞觀政要》卷八〈論刑法〉、《通鑑》卷一九三亦同）

這是以「情」來救濟法之不足，也就是以行政來救濟司法之不足，因而有赦。又如《斷獄律》「訊囚察辭理」條（總 476 條）規定曰：

諸應訊囚者，必先以情，審察辭理，反覆參驗。（下略）

由於《斷獄律》此處有關審訊、拷囚諸規定，是見於修訂《貞觀律》文中（參看《舊唐書·刑法志》），頗疑此條亦訂於《貞觀律》。其審訊重視「情」、「理」，當皆是太宗即位以來一貫的

⁵⁵ 後晉·劉昫，《點校本·舊唐書》，卷50，〈刑法志〉將「據理論情」，改為「據禮論情」；其注5曰：「〈禮〉字，通典卷170、唐會要卷39、冊府卷612作〈理〉。殘宋本冊府仍作〈禮〉。」此即根據《殘宋本·冊府》將理字改為禮字。又，《點校本·通典》，卷170，〈刑法典〉「寬恕」條對於此事，在其注43亦曰：「〈禮〉原訛〈理〉，據北宋本及舊唐書刑法志2136頁改。」論版本，當然《殘宋本·冊府》以及《北宋本·通典》較為古老，但所謂「據理論情」說，本來是房玄齡等人的定議，在說到這句的前面，其實是先說：「按禮」云云，所以，下接「據禮論情」，一般而言，語氣是很自然的。問題是如同拙文中的引證，「理」、「情」相對於「法」的概念，在唐初恐怕是普遍存在，今日我們也還是常常連稱情、理、法，更何況通行本的《通典》、《會要》、《冊府》等皆作「理」字。換言之，宋本的《通典》、《冊府》，在此處的「禮」字，恐是誤植，「理」字應無須改；若用「據禮論情」說，雖亦可通，但與唐初的法制觀念似較不相符。

要求，目標在於前述之「廣恩慎罰」。結果，有關死刑的判決，與過去相較，「殆除其半」。（《舊唐書·刑法志》）

五、結論

唐律中的理，簡單說，就是義理，事理也是義理，正如貢舉明經科在試策時，「須辨明義理」；進士科在試時務策時，「義理愜當」；明法科考試律令，必須「識達義理」。理是審判罪行時，除依據律、令外，第三種法源，所以官人考核二十七最當中，第六最是以「決斷不滯，與奪合理，為判事之最」；第九最是以「推鞠得情，處斷平允，為法官之最」（《唐六典》卷二〈吏部考功郎中〉條）。但律、令當中也有不少條文含有理的要素。這樣的事實，說明整部唐律的立法思想在於理或義理，執法者應有共識。

理或義理，講求事情的正當性，正如《禮記·中庸》引孔子說：「義者，宜也。」判集中常以「宜」字作論斷，其實也是義理之意。理或義理為抽象的概括觀念，所以必須藉由行事來考量，因而常與情字聯稱曰：「情理」，又曰：「理貴原情」。理或義理呈現於外在的規範性即是禮，所以說：「禮者，理也。」（孔穎達語），而《禮記·樂記》更擴大說：「禮者，天地之序也。」這個「序」要展現的是禮之義，也就是親疏、尊卑、貴賤、長幼的秩序；成為制定法時則為律、令，而有唐律「一準乎禮」的說法。以唐律為代表的固本法特質，可歸納如下：理貴原情，原情入禮，納禮入法。簡言之，就是一般所謂的情、理、法，相互為用。

學界過去對情、理、法的討論，多著重於宋代以後，尤其明清時期，這是因為可使用的材料較多的緣故，並非唐以前就不重視情、理、法，透過拙稿所論，可知不論唐朝的制定法或判集，都非常重視情理，尤其是理。

在判集中，唐朝雖可分三期的發展，但在判文中，重視情理的禮教秩序原理遠甚於徵引律文的刑責，即使徵引律文，通常也只節略提示而已。甚至以理折法，目的在強調教化，例如前引判

集例五《文明判集》說：「不可執軍貫之偏文，乖養親之正理。」⁵⁶白居易也說：「聖王之致理也，以刑糾人惡，故人知勸懼；以禮導人情，故人知恥格；以道率人性，故人反淳和。三者之用，不可廢也。」⁵⁷此即主張為政者要達到「致理」，必須刑、禮、道相互為用。

明朝丘濬進而說：「論罪者，必原情，原情二字，實古今讞獄之要道也。」（《大學衍義補》卷一〇八〈謹詳讞之議〉）清末沈家本更具體說：

吾國舊學，自成法系，精微之處，仁至義盡，……新學往往從舊學推演而出，事變愈多，法理愈密，然大要總不外「情理」二字。無論舊學、新學，不能舍情理而別為法也，所貴融會而貫通之。⁵⁸

兩說均強調論法必重「情理」。近人陳顧遠則語重心長地指出：

現代民主國家的法律，明明以情、理、法同重，而一般人却仍在「法」字以外，喊出「情理」兩字，這不必即係法律本身有何缺陷，乃是一部分行用法律者每不注意法律的全盤精神，善為運用，祇知握緊單一的條文，硬板板地實用起來，雖對法理說得通，却不見得合於天理，適乎人情。⁵⁹

陳氏的這個說法，與沈家本相近，若再參照唐人說法，可說古今看法一致，甚至可說是先秦以來朝野的共識。基於此故，就司法

⁵⁶ 齊陳駿也認為伯3813號《唐判集》有一點值得後人借鑒的地方，是在處理案件中，行判者非常重視調查研究，講求實際，使每個案件得以合情合理的得到處理。參看齊陳駿，〈讀伯3813號《唐判集》札記〉，《敦煌學輯刊》，1996年第1期（蘭州，1996.4），頁19。

⁵⁷ 參看前引白居易著，朱金城箋校，《白居易集箋校》，卷64，〈策林五十四·刑禮道（注曰：迭相為用）〉，頁3525。

⁵⁸ 參看沈家本，《寄移文存》，收入沈家本撰，鄧經元、駢宇騫點校，《歷代刑法考·附寄移文存》，卷6，〈法學名著序〉，頁2240。

⁵⁹ 參看陳顧遠，〈天理—國法—人情〉，《法令月刊》，6：11（臺北，1955.11），頁9。

斷獄而言，理論上執法者對情、理、法應有共識，這也是「不應得為」條能夠存在千餘年，乃至成為東亞的中華法系共同行用法條的道理所在。

唐律中的理，大致可分為三類，此即天常、人理、事理，但也可用事理概括。天常指自然界的運行原理，因受天人合一說的影響，所以常藉由天常來規範人事。這樣的用法，宋代後也常見，只是到宋代另用天理來表達人間三綱五常的至大道理；這個天理，其實相當於唐朝的人理；也就是將天道視為人道，人由從屬於天（自然）轉而成為天（自然）的具現者，但人間結合關係重義則不變。⁶⁰唐律乃至唐令皆無使用天理一詞，所以唐律中的天常，也含有相當於宋代的天理之義，但兩者其實有別。這是有關唐宋間的斷獄，在法理基礎上較為明顯不同的地方。此一問題，有待今後進一步探討。其次，宋代以後將天理化為人理，將「法例」化為則例、條例，隨著皇權的獨裁化，而使「刑律法定」較唐以前更為褪色，這也是有待進一步探討的課題。

⁶⁰ 參看仁井田陞，《補訂·中國法制史研究：法と慣習·法と道德》，第四章，〈舊中國社會の義理と人情〉（東京：東京大學出版會，1964年初版，1980年補訂版），頁567；溝口雄三，〈中國の「理」〉，《文學》，55：5（東京，1987.5），頁53-70，尤其頁59-60；溝口雄三，〈中國の「自然」〉，《文學》，55：6（東京，1987.6），頁81-98，尤其頁84-86；溝口雄三，〈天理觀の成立について〉，《東方學》，86輯（東京，1993.7），頁1-20有詳細論證，尤其頁18。

The “Reason” in the Tang Code

Kao Ming-shih

Abstract

The word “Reason” appeared frequently in the Tang Code or Statues. It was discussed with a wide range of meanings regarding its usage as a legal term. Seen from the Tang Code, “reason” was in fact an alternative criteria for court judgment in addition to “code” and “regulation” (including rules and forms) with legal authority. It was designed to bring the criminals to justice. This arrangement of “reason” could be understood through the pre-Qin Classics, especially the Confucian cannons, combined with the discussion of the pre-Tang Confucianists. There was a “consensus” and shared upbringings among the Tang contemporaries regarding the “reason”. My understanding of the “Reason” in the Tang Code was that it was “the Way and Truth” in general and the “righteousness” in particular.

The making of the Tang Code was based on “propriety”. Here the “propriety” could be interpreted from three ways: the rituals, the institutions and the righteousness. The “reason” of the Tang Code mostly was referred to the last meaning, ie, the righteousness of the propriety. It regulated the inter-personal relationships and social values. If one committed an act which was forbidden according to the “reason”, then he was considered as a criminal and would be brought to court and sentenced. This kind of practice had influenced the making of the legal code of the Ming and Qing dynasties and was a characteristic feature of traditional Chinese legal history. However, since the “reason” is very abstractive and has no fixed definition, it has been inevitably criticized and even denounced.

Key words: reason, righteousness, Offenses Concerning Forbidden Acts in the Tang Code, precedent, Chinese legal systems