

法制史研究三十六期

二〇一九年 十二月

論中村茂夫的東洋法制史研究*

趙 晶**

中村茂夫是日本東洋法制史學界的第五代學者。其研究以清代刑法為主要對象，廣泛利用刑案與判語等判例文獻，嘗試在與唐律的比較中解讀清代的法意變化，並展現司法實踐對於法條的適用機理，藉此反駁既往研究所持「傳統中國法＝模型」、缺乏實效性等觀點。而在援用近代西方法律術語與制度說明傳統中國法時，他又秉持極為謹慎的學術態度，往往能在細微之處抽繹出中西法律之別。

關鍵詞：中村茂夫、東洋法制史、清代刑法、法＝模型

* 本文為教育部哲學社會科學研究後期資助項目「日本東洋法制史學史初編」（18JHQ064）的階段性成果。日本關西學院大學法學部川村康、帝京大學法學部赤城美惠子、金澤大學歷史言語文化學系吉永匡史等先生提供了部分材料，謹此致謝。

** 中國政法大學法律古籍整理研究所副教授，德國明斯特大學漢學系暨東亞研究所洪堡學者

如果將宮崎道三郎視為近代日本第一代法制史學者的話，那麼中田薰是第二代，仁井田陸、瀧川政次郎是第三代，滋賀秀三、島田正郎是第四代。2018年3月，分別受學於滋賀氏和島田氏的寺田浩明與岡野誠退休，這就意味著第五代法制史學者基本退出日本高等教育的第一線。¹

而在第五代學者當中，較為資深與年長者，應屬滋賀氏門下的中村茂夫。中村氏於1925年11月出生在靜岡縣浜松市，1953年畢業於東京大學法學部法律學科。此後，他並未直接踏上研究之路，而是在東京都立北園高等學校任職14年，並且在職入讀東京大學大學院法學政治學研究科，在滋賀氏的指導下專攻東洋法制史，最後於1965年獲得法學博士學位。1967年10月，他出任新瀉大學教養學部助教授，1972年1月升任教授，1982年4月改任金澤大學法學部東洋法制史教授，至1991年退休，獲金澤大學名譽教授稱號；後又執教於愛知大學文學部，為期五年。2012年4月17日，中村氏逝世於鎌倉，享年86歲。²

中村正人曾經指出，作為滋賀氏的弟子，中村茂夫與老師有兩點相似之處：³

第一，2008年2月25日，滋賀氏於鎌倉家中去世，享年86歲。中村氏的壽數與去世地點皆與老師相同。

第二，寺田浩明曾概括滋賀氏的法制史學「不同於同時代強調法制史的歷史學屬性的趨勢，始終非常自覺地以作為『法學』的一個領域為目標」。⁴而中村氏以清代刑法為主要研究對象，完全繼承了老師的研究風格。

1 參見趙晶，〈日本東、西兩京東洋法制史學的「雙子星座」〉，《文匯學人》第332期第5版（上海，2018）。

2 〈中村茂夫教授略歷及び業績目録〉，《金沢法學》第33卷第1、2合併號「中村茂夫教授退官記念論文集」（金沢，1991），頁3-7；中村正人，〈中村茂夫先生を偲ぶ〉，《法制史研究》第62號（東京，2013），頁322-323。

3 中村正人，〈中村茂夫先生を偲ぶ〉，頁322-323。

4 寺田浩明，〈滋賀秀三先生を偲ぶ〉，《法制史研究》第58號（東京，2009），頁463。

上述第一點是客觀事實，無需評論，而第二點是主觀歸納，尤其是關於法制史研究的雙重屬性，值得略加剖析，即作為「法學」領域的法制史研究該如何進行，這涉及方法論的層面。

中村茂夫在為自己確立以清代刑法為研究領域時，面臨的現狀是：雖然刑法史的研究已有不少重要成果，但是關於傳統中國刑法的理論層面，卻少有人予以考察，⁵因此他不急於根據事物的外觀與名稱的異同來下判斷，而是著力於區分客觀性事實問題與概念上的限制問題，從不同的法中掌握其獨特的邏輯結構；而他的做法是，關注具體的、活生生的法律案件，從中探尋中國固有的法概念、邏輯結構的特質以及中國人的思維方法等。⁶

之所以如此，是因為他認同滋賀氏的看法，「關於中國法或社會的研究現狀（昭和二十五年至今），『在廣泛搜集資料上取得了長足的進步，但就深思玩味搜集到的資料的意義、從而建構出一個體系而言，實在是落後太多了』（《中國家族法論·序》，弘文堂，1950）」。⁷因此，無論是滋賀氏，還是中村氏，他們關注的重點都在於「體系」，而建構體系的途徑是辨析法律概念、探尋法律邏輯、歸納法律原理，這或許就是作為「法學」領域的法制史研究的特色所在。

以下本文將詳細回顧中村氏的全部研究業績，以此展現以「法學」領域為指向的東洋法制史學究竟如何實現。為體現中村氏研究的「體系」性，本文將根據其研究的對象與內容，大致分為「犯罪主體」、「法律適用」、「刑事制度」三個部分加以討論。

5 中村茂夫，《清代刑法研究·序說》（東京，東京大學出版會，1973），頁3。

6 中村茂夫，《清代刑法研究·序說》，頁4。

7 中村茂夫，《清代刑法研究·序說》，頁6。

壹、犯罪主體

一、主觀心理

中村氏的成名作是發表於1966年的〈清朝刑法中的過失〉，⁸考察的是中國傳統刑法領域區別故意犯罪與非故意犯罪的觀念。

他在一開始就指出，在中國法上，侵害的結果並非論罪的唯一根據，考慮犯意的法律思想自古就已存在。通過列舉經史典籍，中村氏說明在唐代以前「過」、「過失」、「誤」、「過誤」、「失」等語詞都被用於非故意行為導致侵害後果的場合，亦即區別有意犯罪與無意犯罪，且分別給予處罰。進入唐代，唐律在侵害生命的犯罪上劃分出謀殺、故殺、鬥殺、誤殺、戲殺、過失殺等六種形態，並對「過失」一詞進行了定義「耳目所不及、思慮所不到，共舉重物，力所不制，若乘高履危足跌，及因擊禽獸，以致殺傷之屬」。這一定義與法律觀念同樣為清律所繼承。

自近代以來，中、日兩國的法制史研究者基本都認為，這個「過失」概念與現代法意義上的「過失相同」，皆與注意義務相關；而歐美學者則有不同意見，有的以「accident」來翻譯清律的「過失」，有的則譯為「negligence」，並區分故意「intention」、過失與純粹的偶然事故「mere casualty」。中村氏認同古代中國法的「過失」與現代法「過失」概念的名同實異，因此擬利用清代關於殺傷罪的法律史料來加以辨析。

該文第一節分析了清律中「六殺」的相關規定，指出唐、清兩代律典在謀殺、故殺、過失殺的條文上並無差別；而律注中對「過失」的解釋也延續了唐律「耳目所不及，思慮所不到」的定義，並舉了

8 中村茂夫，〈清朝の刑法における過失〉1-4，《國家學會雜誌》第79卷第9・10・11・12號、第80卷第1・2・3・4號（東京，1966、1967），頁33-61、72-111、22-51、105-144。後收入氏著《清代刑法研究》，頁17-149。本文以後者為準。

「彈射禽獸」等相關事例，通過《刑案匯覽》、《續增刑案匯覽》、《例案續增全集》等所載案例可知，律注的這些內容雖然確為實際審判所引用，但很多案件在審覆時，因並未同時滿足「耳目所不及」、「思慮所不到」而未被認定為「過失」（也存在例外情況），換言之，在部分審判者看來，這兩個條件並非二選一的關係。而且律注所謂的「耳目所不及」、「思慮所不到」並非對行為人內心沒有預見殺傷他人結果所致「過失」的一種演繹、抽象，而只是在審判者對整個事件以及行為樣態等有了基本判斷後，認為這屬於「過失」時的簡單引用而已。

在第二節中，他指出，雖然律注中將過失描述為「初無害人之意，而偶致殺傷人」，但是現實中的許多案例表明，在沒有害意、卻發生了犯罪結果的場合，該行為並未被認定為過失，如按照規定，戲殺傷與過失殺傷的區別僅僅在於是否「以堪殺人之事為戲」，但從《刑案匯覽》等所載案例可知，現實審判過程中不同審級的官員對於同一行為究竟斷為過失殺還是戲殺，意見頗為分歧，並無明確的區分標準，對於何為「堪殺人之事」也有不同的認定與解釋。與之類似的情況也見於對過失殺傷與弓箭殺傷、車馬殺傷的辨析，司法官決定適用何種罪名的依據之一是引起殺傷結果的行為是否具有正當性，而清律以過失殺論、過失收贖來處理庸醫殺人以及虛費工力採取不堪用、失火行為所引起的殺傷結果，則可作為理解上的旁證。至於過失殺傷與因鬥毆而誤殺傷旁人，則在適用上有嚴格的區別。

第三節通過剖析實際案例，分類討論了以下兩種因果關係：第一，當間接的遠因引起直接的近因，從而導致侵害結果的發生時，間接的原因被認為是應當承擔過失責任的行為，即「罪坐所由」；第二，子孫違反教令而致父祖自盡、威逼人致死等並非以過失作為責任條件，而是以死亡結果與先行行為之間存在因果關係為判斷依據。他由此得出結論，傳統中國法上的「過失」就是「手自過失而殺傷」，即加害者並沒有實施暴力殺傷的故意，因其所實施的正常行為與被害者死傷之間存在因果關係，由此構成「過失」，這與現代法上強調注

意義務之違反並無關係。

在第四節中，他指出，「過失」在舊律中主要用於殺傷罪的場合，而在其他犯罪中，與它表示同義的語詞有「失」、「誤」、「失錯」、「差錯」、「差誤」、「錯誤」、「過誤」等，所以「過失」並非刑法總論上的概念，「過失殺傷」是一個刑法各論中的罪名。

第五節討論的是過失殺傷的刑罰問題。首先是普通人之間的過失殺傷，其處罰的原則是以收贖代替實刑，發揮刑罰與損害賠償的雙重功能，若是沒有能力繳付贖金，則比照「不應為」條執行實刑。現實中則會發生一些特殊情況，即如果是一人過失殺傷兩人以上，根據律的輯注所定，加害者繳付一份贖金，由被害之家均分，但在實際的判例中，則有令加害者按被害人人數繳付贖金，分別賠償被害之家的例子；如果是二人過失殺傷一人，律的輯注規定是二人皆需繳納一份贖金，一份賠償被害之家、一份入官，但在實際的判例中，刑部官員認為輯注規定有誤，理應合併繳付一份贖金即可；如果是過失殺傷數人，根據兩罪俱發從重論，同樣只需給付贖金，但在實際的判例中，則會因情節嚴重而科以實刑；如果是過失殺傷人與其他犯罪兩罪並發，在實際判例中也有並處實刑與繳付贖金之例。所以在他看來，舊律對於「過失」犯的量刑並不考慮「過失」本身的輕重，而是以發生結果為基準。其次是以子孫過失殺傷父祖為代表的特殊「過失」犯罪，其法定刑責是不免去實刑，且最高將被處以死刑，但在實際判例中，審理官員又會強調「過失」與「有心干犯」的「故意」有別，從量刑均衡上提出對過失殺科以死刑的不妥性，由此引起條例規定的變遷。最後是以奴婢過失殺傷家長為代表的特殊「過失」犯罪，同樣被科以嚴刑，且不能收贖。而在現實的判例中，如乳母誤殺幼主並不適用「過失殺」，而參照「僱工人毆殺家長期親」例處罰，且一旦被害之家因此喪失後繼之人，則刑罰還要加重，由此可見故意與否並非主要問題所在。

雖然上述五節間或涉及唐、清律在具體規定上的異同，但中村氏在本篇第六節首先專門討論這一問題，併作如下歸納：在有關特別服

制關係的場合，清律對「過失殺」所定刑罰一般重於唐律（但也有例外，如醫生誤致患者死亡的罰則），而且清代對「過失」的認定更為狹窄，限於偶然事故以及相近的行為，這與清律關於「戲殺」的罰則重於唐律一樣，都反映了一種趨勢。其次，他還總結出在有清一代，自乾隆中期呈現出「過失」適用變難、刑責變重的傾向。

在結論部分，他指出，傳統中國法認定是否成立「過失」，考慮的是引起後果的先行行為是否合法、正當，而不是現代法所謂的注意義務問題，而且中國人的思考方式重視具體化、可視化，因此「過失」並不是一個抽象的概念，律典對它的定義採取的也是具體示例的方式。

二、引起他人自殺⁹

當事人的一些行為導致別人自殺，他該承擔什麼樣的法律責任？這一問題實際上是前一篇論文的主題延伸，即對於別人的死亡，當事人並沒有主觀犯意，但卻與其先行行為有一定關係。因此，中村氏採用與上文相同的研究方法，嘗試考察清代的相關法律及其實踐。

他首先解析了《大清律例》中作為這一領域最基本規定的「威逼人致死」條，通過兩個案例，展現司法判決中如何裁定「因事（婚姻、田土、錢債之類）威逼人致（自盡）死」的情況；又結合「居喪嫁娶」條例、「子孫違反教令」條例，解析了婦女因聽聞穢語而羞憤自盡、被逼改嫁而自盡，以及母親訴子後擔心無人奉養而自盡、教子為盜而畏罪自盡等案例，展現了婦女守節、子孫擔負人倫重責的社會實態。

其次，他通過數個案例，討論了兩種間接導致自殺的情況：第一，當事人的某種行為並未導致直接被害人自殺，但被害人的至親因此而自殺的，該當事人也將比照導致被害人自殺的條例承擔法律責

9 中村茂夫，〈自殺誘起者の罪責〉，氏著《清代刑法研究》，頁215-262。

任；第二，當事人的行爲與被害人的自殺行爲之間有一定的時間間隔，這就與行爲發生當下就出現自殺的情況有別，無論是「威逼人致死」條例還是相關案例，都顯示當事人的責任被減輕。

再次，他分析了日本現代《刑法》第202條自殺教唆罪的規定、學理解釋、司法判例，認為該罪的特點在於自殺者並未喪失自殺的意思自由，但又受到外來的教唆、脅迫等，這與清律之「威逼人致死」條第一款（因事威逼人致死者，杖一百）有相通之處，所以不宜將它視爲「中西文明之懸隔」所在。至於雖然唐律未見此條，但這也不能被視爲明、清律背棄古法的例證，在唐代，也可通過援用「不應爲」條或「比附」等方式處理相關案件。而且僅就清律「威逼人致死」條而言，關於婦女因穢語、調姦等而羞憤自盡的條款與前述第一款也有不同，這與特別重視姦罪、提倡貞潔的倫理、世風相關。當然，就這些條文的總體法理來說，當事人的行爲與被害人自盡之間實際上並不存在直接的因果關係，被害人的自盡對當事人而言其實是一個「意外」，之所以追責，是傳統中國法貫徹重視人命案件以及以命抵命的法理。

三、刑事責任的減免

中村氏在這一領域的研究有三篇論文，分別涉及「精神病人」、「老幼年者及身體殘疾者」和「婦人」。¹⁰

（一）精神病人

此前，西歐學者對中國法上精神病人是否承擔刑事責任問題有兩種意見，M. H. van der Valk 認爲精神病人可減輕刑罰，但依然有責，

10 中村茂夫，〈清代における精神病者の刑事責任〉，《法政理論》第4卷第1號（新瀉，1971），頁1-33，後收入氏著《清代刑法研究》，頁183-213；〈清代における老幼年者並びに身体障害者の刑事責任〉，《法政理論》第13卷第3號（新瀉，1981），頁13-39；〈清代に於ける婦人の刑事責任——贖刑を主として〉，《愛大史学》（日本史・アジア史・地理學）第4號（名古屋，1995），頁1-35。

而 Karl Büniger 則認為精神病人被免除刑罰。中村氏擬以清代史料來回應這一爭論。他首先簡略梳理了從《周禮》至元代的相關記載，指出在清代以前，雖然因犯罪性質等不同，對精神病人的處理方式有所差別，但至少呈現出減輕責任的傾向。

其次，他指出，唐、清律中皆有「老小廢疾收贖」條，從條文來看，癡呆、瘋病等精神疾病應歸為廢疾或篤疾，但清代關於此條的條例中並未對精神病人再行規定，判例集中也沒有將此條適用於精神病人犯罪的案例，而事實上，與精神病人犯罪相關的規定見諸「戲殺誤殺過失殺傷」條所附條例，相關案例亦見於判例集中對應此條的部分。

復次，他先列舉了法律上對瘋病患者的親屬鄰佑所負看守監護之責、患者病愈釋放等的規定，然後逐一討論了清代對因「瘋病」所犯的三種罪行的處理方式：

第一，他梳理了一般的瘋病殺傷處理條例的演變史，即從康熙六年的「免議」無罪，到康熙八年、雍正五年的追徵埋葬銀，再到乾隆十九年的徵收贖銀併加以一定期限的監禁、乾隆三十二年不論是否病愈都要永遠鎖錮，再到嘉慶十一年根據審訊時是否病癒、是否有證明其本人患有精神病的誓約書等情況分別予以永遠鎖錮、依鬥殺定罪、依謀故殺定罪的處罰，再到咸豐二年刪除徵收贖銀、即使病癒也要永遠鎖錮的規定；然後還討論了兩種特殊情況：

1.對於因瘋傷人，條例僅規定用凶器進行傷害時依過失傷人條給付贖銀，那麼法定凶器以外的普通刃物等傷人時，該如何處理？雖然律例並無明文規定，但從判例可知，還是比照「過失傷人」條，根據毆傷程度給付贖銀。

2.對於瘋病患者殺傷熟人的犯罪，該如何處理？根據《讀例存疑》所載，一開始並無明文規定加重刑罰；雍正九年、乾隆十八年發生瘋病患者殺害一家四人的案件，最終比照「過失殺」處罰；乾隆後期以後，制定相應條例，根據所殺人命數量及是否同屬一家的情況，分別擬絞監候（秋審酌入緩決）、絞監候、斬監候（秋審入情實）。

第二，他特別討論了瘋病患者殺傷具有服制關係者的刑事責任問題，尤其是以卑犯尊和以妻犯夫的情況。對於前者，嘉慶以前沒有條例，但從乾隆年間的案例來看，瘋病患者分別按照「毆期親尊長」條、「毆大功以下尊長」條擬罪，由斬立決減等為斬監候；而至嘉慶十三年才出現有關制度性的規定，如關係服制、因故免刑而永遠監禁之犯，即使遇恩赦，也不被釋放，到了道光、同治年間，又根據所殺人命數量、不同身分等，分別規定可否上請減刑，若是子孫毆殺祖父母、父母，則不論是否因瘋，一律按照本律擬罪，而從判例集所載道光年間的案例來看，審判官會根據傷的輕重程度、是否完全復原、有無別人被殺等情節而分別判處瘋病患者斬監候、斬立決等不同的刑罰。

第三，他還關注了判例集中四件瘋病患者的非殺傷案件，其中兩件誣告案，最終判決皆未援引律例中的誣告本條，而是比照「瘋病殺人」條例，斷以永遠鎖錮；另兩件是擅入宮禁案，判決並未因瘋病而酌情減輕。

由此，中村氏總結道：在清代，因瘋殺傷他人，原則上是要承擔刑事責任的，除了殺親等案件外，或多或少會酌情考慮瘋病而減輕刑事責任。但傳統中國法在責任追究上的特色是，雖然考慮行為者主觀的、內在的因素，但各種外在的因素發揮著更大的影響。此外，相對於唐律將精神病患者與身體有殘疾的人統括加以規定，清代的律例則將二者予以區別，更為注重行為人在精神上的缺陷。

（二）老幼年者及身體殘疾者

該文在一定程度上沿襲了上述關於精神病人犯罪的研究思路，考察清代條例、判例對於老人、少年以及身體殘疾者犯罪的處理，並嘗試歸納其立法的旨趣。

中村氏首先梳理了自《周禮》以降的關於減免老幼以及有疾者的刑事責任的論述與規定，尤其是重點介紹了作為明清律淵源的唐律「老小及疾有犯」條，並指出元代法律在老幼者的姦罪與瘖啞者的盜

罪規定上與唐律有不同之處。

其次，他概括了清律「老小廢疾收贖」條與唐律的大同小異之處，如對於80歲以上、10歲以下、篤疾者，只有「犯殺人應死者」才能「議擬奏聞」，排除了唐律規定的「反逆」罪；對於90歲以上者，若犯反逆，也不能適用此條律文，同樣較唐律為嚴格。而且，一旦結合清代的條例與判例進行考察，則會發現它們比清律條文更為嚴苛。如幼者作為傷害致死案件的加害人時，10歲以下、7歲之上者，需要考慮加害者與受害者的年齡差、受害人是否存在過錯情況等，來決定是否減免刑責，至於15歲以下者，若是犯強竊盜罪且在流罪以下，收贖僅限於初犯的場合；對於老人而言，如是70歲以上、80歲之下者犯流以下罪，在實際的司法審判中，往往因為他們的犯罪性質而排除適用律條所定收贖，被科以實刑；對於廢疾、篤疾者而言，條例、判例陸續限縮了律條所定的廢疾範圍，而且將原本篤疾者殺人應死、議擬奏聞的規定，改為按律問擬、俱入秋審。

最後，他認為傳統中國法對於老小廢疾者的刑事責任減免主要體現了矜恤的理念，即尊敬優待老者、慈愛幼者、憐憫殘疾者，其直接原因在於他們的是非辨別能力與受刑能力有限，補充了仁井田陸所持單一的是非辨別能力有限的觀點。

其實，對於刑事責任能力的減免，恐怕不能僅僅考慮犯罪者單方面的屬性，而是要綜合考量社會層面的各種情勢，否則就死刑而言，根本就不存在「受刑能力」的區別問題，¹¹因此中村氏對仁井田氏的補正也並非全無可議之處。

（三）婦人

與上開兩文相同，中村氏還是首先梳理了清代律例之中有關婦人犯罪的罰則規定，即《大清律例》卷四〈名例律上〉「工樂戶及婦人犯罪」條以及「五刑條例十六」，並將相關規定追溯至明律以及成

11 森田成滿，〈書評：中村茂夫著「清代における老幼年者並びに身体障害者の刑事責任」〉，《法制史研究》第32號（東京，1983），頁321。

化、弘治年間所定條例，認為在明清時期，有關婦人犯罪所科實刑的執行規定大同小異，其核心規定就是犯姦、盜、不孝者的笞、杖刑以及真犯死罪者的死刑不能免於執行，而其他情況則依律例收贖。此外，「五刑條例十四」還涉及婦人犯姦時的枷刑收贖。相比老幼廢疾收贖而言，婦人納贖在司法實踐中則更為繁瑣複雜。

其次，他分別探討了「工樂戶及婦人犯罪條例」第二至五條規定的不許婦人納贖而須服實刑的情況，分別涉及婦女「毆差哄堂」、翻供虛誣、犯盜罪發而致其尊親屬因包庇畏罪自盡、京城姦媒犯誘姦誘拐，以及積匪、窩留盜犯多名、屢次行兇訛詐等，並追溯了作為這些規定之緣起的相關案例。

最後，他回應薛允升、沈家本對明清兩代婦女贖法不免寬縱之弊的批判，將其立法目的指向了增加國庫收入，而且猜測其歷史背景是稅役體系的變化，導致各級官府不再需要女性勞動力。

當然，中村氏也坦承道，之所以是在明代，尤其是成化年間出現有別於唐宋的婦女贖法，直接原因仍不明了，諸如婦人犯罪多為男性連累、因而須加憐憫之類乃是歷代通見的現象，雖然可以作為立法考量之一，但並不能說是本質理由。而關注女性史課題的小野和子則又提出一種猜測：婦女「名節」事大，而刑罰執行所衍生的女囚管理問題則相當現實，收贖之後，將婦人的收管責任由官府轉移給本夫或有服親屬等，應是更好的一種辦法。¹²但坦率而言，如中村氏所說，這是古今都曾面對的問題，為何會在成化、弘治年間突然出現了應對的法律方案？恐怕小野氏的猜測也無法完全回答中村氏的疑問。

12 小野和子，〈書評：中村茂夫著「清代に於ける婦人の刑事責任——贖刑を主として」〉，《法制史研究》第46號（東京，1997），頁286-287。

貳、法律適用

一、比附¹³

利用大量案例研究「過失」時，中村氏就已注意到判決比照引用某些律例的現象，這就涉及「比附」。此前的研究大多圍繞的是比附悠久的歷史與沿革，以及傳統中國法中是否存在罪刑法定主義，而他關心的是，在具體的案件中適用律與條例時，比附發揮著什麼樣的作用。

他首先舉出《大清律例》「斷罪無正條」條，指出中國舊律對構成要件的規定極為具體化、細緻化，因此律例即使記載詳備，也難以窮盡現實中所有的犯罪情況，這就是清律規定比附的原因。

其次，他運用清代的判例，來考察比附的兩種作用。第一，針對現實中發生的案件，雖然沒有直接可適用的法律條文，但與其性質極為類似的犯罪已見諸律例，因此比照該條律例進行處罰，這是最易理解的一種作用；第二，由於律例規定極為細緻，可以用於比附的法律可能並不止一條，因此他以人命案件為中心，逐一討論實際案例比附《大清律例》「弓箭傷人」條、「威逼人致死」條、「戲殺誤殺過失殺傷人」條中的「過失殺傷人」、「子孫違反教令」條例的情況，展示現實中對相關犯罪行為及其情節、行為主體與客體等因素的考量，這是體現中國法特色的一種作用。

法律明文規定，以比附進行斷罪，所擬罪刑需履行相關程序，最終奏請皇帝裁可，如有輕重失當，主審官員以故意出入人罪論處。他

13 中村茂夫，〈中國旧律における比附の機能〉，《法政理論》第1卷第1號（新瀉，1968），頁22-50；後收入氏著《清代刑法研究》，頁151-181。雖然本文所據為日文原著，但此文有中譯本，可供讀者對照、檢視，即中村茂夫，〈比附的功能〉，楊一凡、寺田浩明主編，《中國法制史考證》丙編（日本學者考證中國法制史重要論文選譯）第四卷（北京，中國社會科學出版社，2003），頁260-284。

以《刑案匯覽》所載張裕志案為例，指出哪怕在斷罪有正條的情況下，主審者也可通過這一程序，改用比附其他條文的方式，來加重處罰。

通過以上討論，中村氏得出結論：比附雖然與現代法意義上的類推有相同之處，但並非完全一致，如比附的運用可以建立在相關構成要件不具有相似性的基礎上。因此，類推踐行的是對法律規定進行邏輯分析，確定其意義，推論某個案例能否被包容於法規的構成要件中的抽象化的思考過程；而比附則是以更大的角度來把握案例中共通的本質性部分，從而探求類似性，它從「情理」出發，目的是為該犯罪行為找到最為妥當的罰則規定。總之，類推是現代法上判斷有罪、無罪的課題，而比附是傳統中國法尋求妥當量刑的工具，並由此推進條例的增改，促進新法的產生。

八重津洋平對該文評價甚高，「其論述極為正確、明快，通過對實際案例的徹底分析，闡明了向來模糊不清而以今日之類推來比照說明的比附的特征，可謂是中國刑法史研究的一大貢獻」。¹⁴

二、判語所見法的適用¹⁵

上文所立足的材料主要是「刑案」，與州縣官所撰、處理細故類案件的「判語」顯有區別，如「刑案」的對象都是重大案件，其體裁特點是案情敘述簡要，法律徵引嚴格；而「判語」則詳述案情與審理經過，未必會明確列出所據法條或按照律例科罰。所以中村氏又以律例所定「誣告」條與「威逼人致死」條為核心，嘗試考察它們在「判語」中的適用情況。

他首先從《紙上經綸》、《徐雨峰中丞勘語》、《府判錄存》、《汝東判語》檢出五個「判語」，指出雖然其中涉案人員所犯皆符合

14 八重津洋平，〈書評：中村茂夫「中國旧律における比附の機能」〉，《法制史研究》第20號（東京，1971），頁236。

15 中村茂夫，〈清代の判語に見られる法の適用——特に誣告，威逼人致死をめぐって〉，《法政理論》第9卷第1號（新瀉，1976），頁1-52。

「誣告」條所規定的情形，但書判者都沒有引用該條予以科罰。在他看來，由於細故類案件往往不被受理，所以當事人在訴狀中總是會增加一些誇飾，地方官也顯然知道其中的奧妙，所以在判決時也就不把這類行為當做「誣告」予以處罰。這種為當事人開脫的行為雖不合法，且從嘉慶到光緒朝，皇帝再三訓令禁絕，但在司法實踐層面仍沒有太大的改變。

其次，他又從《判語錄存》檢出兩個與「威逼人致死」條相關的判語，指出地方官在判決時，並未直接適用律例，而是揆諸情理（如著眼於修復雙方當事人之間的人際關係等），予以法外處斷。

最後，他在重案與細故的劃分之下，借用現代刑事訴訟中的「起訴便宜主義」的概念，指出州縣官會根據「犯人的性格、年齡、境遇」、「犯罪的輕重、情狀」、「犯罪後的情況」、「加害者與受害者之間的關係」、「犯人親屬的病、死等狀況」等五大要素，對各個案件作出是否要嚴格依法審判的決斷。這樣做的目的有二，一是盡量在自己的管轄範圍內終結案件，以免逐級審轉導致案件真相迷失、耗費涉案者的精力與財力、浪費地方官府的司法資源以及避免影響自身的考績等；二是盡力修復糾紛當事人之間的人際關係。因此，他總結出清代細故類案件的司法特性在於實現具體個案的正義與衡平，而非形式上的公平，這與嚴格適用法條、維持法的安定性的「刑案」不同，並由此商榷了 Jean Escarra、Marc van der Valk 以及仁井田陞對於傳統中國法欠缺實效性的論斷。

眾所周知，對於命盜重案與民事細故的不同審斷、究竟是依法審判還是教諭式調停等討論，在1990年代以後逐漸風行，至今仍是學界討論的熱點。但中村氏的這篇論文問世於1970年代，且如他所言，其關注點既非純粹的「婚姻、田土、債負」糾紛，也非經歷過逐級審轉的命盜重案，而是介於二者之間、具有濃厚刑事色彩的自理案件，因此他藉助「起訴便宜主義」來解釋這類處於重案與細故之間案件，應是其特色所在。

三、不應為¹⁶

無論是比较，還是是否嚴格引用律例條文，其實背後都有相通的一個問題意識：相對於近代西方法律所講求的「罪刑法定主義」，中國傳統法究竟體現了何種特性？自唐律至清律，從中國法到日本的《大寶律》、《養老律》以及明治時期頒布的《新律綱領》、《改定律例》，其中都有「不應為」條，這同樣引發了中華法系是否存在「罪刑法定」的討論。中村氏以清代刑案與判語對該條的適用情況，參與到這一問題的討論中來。

他首先從《大清律例增修彙纂大成》、《刑案匯覽》、《續增刑案匯覽》、《刑部比照加減成案》中檢出七個殺傷案例，總結出司法實踐適用「不應為」條的幾種類型：第一，「肇釁釀命」，即行為人雖不對他人的死亡負直接責任，但對爭端的挑起有過錯；第二，雖未達到殺傷罪從犯的程度，但在一定程度上助推了犯罪的實施；第三，因誤致人輕傷；第四，將「不應為」條的適用作為與「無罪」並列的一種選擇項，或者免於處罰，或者定以「不應為」罪；第五，清律「威逼人致死」條規定了卑幼威逼尊長致死的罰則，但沒有規定尊長威逼卑幼致死的情況，後者就適用「不應為」罪。又由於「不應為」條的適用並不限於殺傷案件，所以他從《府判錄存》中檢出兩個案件，說明該條也曾適用於民事糾紛所附隨的「致滋訟端」、「致滋事端」等行為。至於《大清律例》中，「嫁娶違律主婚媒人罪條例一」、「殺死姦夫條例二」、「鬥毆及故殺人條例二」、「戲殺誤殺過失殺傷人條例九」、「賭博條例二」等條文也直接適用了「不應為」條。

其次，他以「不應為」條和「比附」的原理回應了有關傳統中國法是否存在「罪刑法定」的討論：第一，如果是近代以限制國家權力、保障人民權利為宗旨的「罪刑法定」，那麼確實不存於傳統中國法；第二，傳統中國法之所以採用「不應為」條和「比附」，是因為

16 中村茂夫，〈不應為考：「罪刑法定主義」の存否をも巡って〉，《金沢法学》第26卷第1號（金澤，1983），頁1-37。

立法採用「絕對法定刑」模式，構成要件等缺乏抽象性，以致於無法應對社會上層出不窮的犯罪行爲，即使是現代日本，在狹義的《刑法典》外，也存在許多特別刑法，何況傳統中國；第三，「不應爲」條和「比附」所適用的行爲，其實相當於近代的「違警罪」（類似於中華人民共和國的治安違法行爲——筆者注），也不必非要納入「罪刑法定」的範疇之下進行討論；第四，無論是「不應爲」條還是「比附」，都體現了傳統中國法對「情罪平允」的追求，而且也有相應的制度與程序，避免實際司法陷於「擅斷」。

森田成滿曾從三個方面高度評價這篇論文，即史料與邏輯並重的學風、對「不應爲」條全面而徹底的剖析、借用現代法律術語說明歷史上的法律現象的審慎態度。¹⁷其中，尤以第三點最值得後來者注意。無論是形式還是原理，傳統中國法都與近代以來的西歐法大相逕庭，若是直接以近代法爲標準，拷問傳統法之價值，不但無法廓清傳統法的制度機理，還會製造各種混亂。

參、刑事制度

一、緣坐¹⁸

緣坐是指因一人之罪行累及親屬的責任承擔模式，這自然處於近代刑法所提倡的個人責任原則的對立面。雖然此前學界已對此有過系統研究，但在中村氏看來，既往研究多側重於唐代，對於唐律與明、清律的比較失於疏闊，且唐代史料有限，司法實踐不易爲人所知，而清代不僅有律，還有條例增修以明流變、判例集所載案例以明法律適用，所以他嘗試以清代爲側重，唐代爲參照，重新討論這一制度。

17 森田成滿，〈書評：中村茂夫「不應爲考——罪刑法定主義の存否をも巡って」〉，《法制史研究》第34號（東京，1985），頁362-363。

18 中村茂夫，〈緣坐考〉，《金沢法學》第30卷第2號（金澤，1988），頁105-155。

他首先逐一介紹了唐〈賊盜律〉「謀反大逆」條、「謀叛」條、「殺一家三人」條、「造畜蠱毒」條和〈擅興律〉「征討告賊消息」條所定犯罪構成、親屬緣坐的範圍，〈賊盜律〉「緣坐非同居」條涉及的財產是否沒官、已訂婚約但尚未結婚的女兒如何處理、應緣坐者發生出養或入道等身分變動是否影響緣坐、哪些特定身分者只坐自身，以及〈名例律〉「五流」條所定「反逆緣坐流」與「會赦猶流」、「老小及疾有犯」條的免責規定、「犯流應配」條有關流人死亡時家屬歸鄉、「彼此俱罪之贓」條所定犯人遇赦時家屬亦得免、「犯罪未發自首」條所涉緣坐者代首或告捕而免責、「犯罪共亡捕首」條與「犯死罪應侍家無期親成丁」條對反逆緣坐流與造畜蠱毒的會赦猶流的排除適用等。

其次，他指出唐律與清律在緣坐條文上的異同之處，如僅見於清律者有「姦黨」、「交結近侍官員」、「上言大臣德政」、「採生折割人」，未見於清律者有「征討告賊消息」，並逐條詳解法意、參照條例與案例，指出相比唐律，清律在緣坐的規定上體現出犯罪種類增多、緣坐的親屬範圍擴大、緣坐者所受之刑加重的特點。

最後，他總結了緣坐作為刑罰制度的目的與功能，如受到「宗族一體化」觀念的影響；貫徹報應刑主義，發揮著威嚇、一般預防以及防止遺族報仇的作用；對於造畜蠱毒和採生折割人的犯罪而言，緣坐還有根絕蠱毒、邪法流傳與蔓延的實際考量。在他看來，族刑與緣坐是重刑主義的法家思想與主張家族倫理的儒家思想的一個交匯點，唐律則折衷二者，將緣坐與親屬容隱並行，達到了一個平衡點。

如上所論，其實存在兩點疑問：首先，緣坐的範圍因犯罪類型的不同而有所差異，這與親屬相隱所涉及的範圍並不一致，二者之間的關係是否真的如此緊密？其次，將緣坐完全歸結為法家思想，而與儒家無關，恐怕也失之絕對。¹⁹

19 森田成滿，〈書評：中村茂夫「緣坐考」〉，《法制史研究》第39號（東京，1990），頁337。

二、親屬容隱²⁰

在上文中，中村氏將親屬容隱作為緣坐的對立面略加提及，後來他又發表專文，簡要梳理親屬容隱之法的沿革，系統性地討論該法在清律中的相關規定、與唐律的異同以及在司法實踐中的適用情況。

他指出，相對於唐律，清律擴大了免責、減刑的親屬範圍，如將妻之父母與女婿、別居的無服之親分別納入其中；而作為親屬容隱的保障制度，唐律又規定禁止告言一定範圍內的親屬，如〈鬥訟律〉中的「告祖父母父母」條、「告期親尊長」條、「告總麻卑幼」條，清律則在〈刑律·訴訟門〉專門規定了「干名犯義」條，從唐至清的變化表現有三，一是卑幼告言尊長、尊長告言卑幼的刑罰總體上變輕，二是卑幼可以告言尊長的犯罪類型從謀反、謀大逆、謀叛擴展到窩藏姦細，三是從允許兒子告言嫡母、繼母、慈母的殺父行為，進一步擴展到生母殺父；至於與親屬容隱相關的另一制度，即他人代為自首或容隱之親出首、告言所達到的相當於本人自首的法律效果，在唐、清律之間也有變化，體現在小功、總麻之親為首和無服之親為首的減罪適用上。

在中村氏看來，「為首」是為了解讓親屬免於獲罪，而「告言」則是陷親屬於罪，二者的動機與意圖截然相反，並不能混為一談。因此，瞿同祖、西田太一郎所謂子孫為了救父母而「告言」、自身被科以不孝重罪的說法，並不準確。此外，尊長告言卑幼之罪在唐律中極輕，而根據清律之告言罪輕於唐律的總趨勢，在清代則可能是無罪的。

最後，他將親屬容隱等制度上升至法律儒家化、對宗法秩序的維護，以及天理、人情的「自然法思想」層面，並認為由「干名犯義」所表現出來的宗法秩序維持功能，導致現代中國刑法拋棄了這一制度；但「親屬容隱」所蘊含的「自然法思想」有超越地域與時代的成

20 中村茂夫，〈親屬容隱考〉，《東洋史研究》第47卷第4號（京都，1989），頁676-696。

分，在近代西方刑法中，也存在著類似的家族倫理優先於公民倫理的制度，這就是日本近現代刑法依然保留罪人隱匿罪之例外規定的原因。

三、秋審²¹

就清朝而言，刑法制度上的一項重要特色，就是死刑分為「立決」與「監候」，這自然涉及秋審、朝審制度。中村氏は研究清代刑法的專家，而他最晚發表的論文則將筆觸延伸至這一問題上來。他在開篇詳列此前有關秋審研究的日文、漢文、英文論文，坦承這制度本身及其實施程序等已有詳盡研究，因此該文的自我定位則是拾遺補缺性質的隨想而已。

他首先回顧了雍正以來對於秋審制度存在陋習、弊端的指摘及改革努力，指出「情實」與「緩決」之間的界限不明，被刑部改判之後地方官面臨的失入之罪重於失出之罪，所以地方上往往擬為「緩決」，既可減免責任，又可邀得寬厚之名。一旦定為「緩決」，則羈押人數日益增多，以致於乾隆年間規定緩決三次者可得減刑。當然，這並不意味著一入「緩決」，就能在此後歷次的秋審中都維持「緩決」的結果，也存在著由「緩決」改入「情實」的狀況。因此，「緩決」的制度價值並不僅在於慎刑，還具有威嚇刑的實質效果。

其次，他又著眼於「情實」但「未勾」者。因為這些兇犯久繫牢獄，將會發生各種弊害，所以在乾隆年間定例，「情實十次未勾」可改入「緩決」。而實際上，這些被反復定為「情實」者也蒙受著相當大的精神痛苦，這種懲罰效果同樣類似於反復「緩決」。

而上述的反復「緩決」或「情實」，實際上都與皇權的最終裁斷密切相關，罪犯的生死在於聖心獨裁。從這個意義上出發，中村氏逐一檢討了既往有關皇帝「勾決」的研究，認為在勾決儀式之前，皇帝

21 中村茂夫，〈秋審余滴〉，《愛大史学》第8號（名古屋，1999），頁1-51。

其實做過慎重的書面審查，預想了「勾」還是「未勾」的決定。

最後，他一反既往對於秋審制度尊重人命的積極評價，認為這種反復「緩決」與「情實」實際上對於罪犯是不人道的，其效果也在於一般預防式的威嚇，而且因為皇帝獨掌生殺予奪之權，所以這當然也是皇權強化的體現。

森田成滿認為，該文的特點有二，一是史料扎實，二是密切地回應既往研究，如有關皇權強化與秋審的關係，乃是嶄新的觀點與角度。²²筆者以為，第二點所體現出來的學術態度，尤其值得當下學界重視。對於既往學術史的回顧，如果僅限於條目臚列，而不明確指出其成績與不足，則無以彰顯自己立論的必要性。中村氏不僅在正文中對既往觀點予以回應，或支持或反駁，而且還在結尾處，以近六頁的篇幅，為 Marinus J. Meijer 的 *The Autumn Assizes in Ch'ing Law* 作各種補充；此外，在兩年後，他又就自己遺漏的一篇先行研究和雖知但未曾寓目的一篇先行研究做了補記，這種精神著實令人欽佩。²³

肆、餘論

中村氏在《清代刑法研究》的序言中提到，在解讀中國刑法史上的現象，或是建構傳統中國刑法體系的時候，學者往往會以現代刑法的角度以及引進刑法學概念的方式進行考察，這在便於讀者理解的意義上是有重要價值的，而且也是比較法制史研究所必需的。然而，在發展過程上與西洋法系有別的中國法系中，存在著許多以現代法學的理論體系進行理解而易於致誤的現象。²⁴通過上述對於「過失」、「比附」、「罪刑法定」等辨析，我們就可以清楚地了解到，這種細緻入微的概念辨析，對於理解中西古今之別是多麼地重要。而所謂

22 森田成滿，〈書評：中村茂夫著「秋審余滴」、高遠拓兒著「清代秋審制度と秋審條款」、「秋審勾決考」〉，《法制史研究》第50號（東京，2001），頁337-338。

23 中村茂夫，〈「秋審余滴」補遺〉，《東洋法制史研究會通信》第13號（西宮，2001），頁4。

24 中村茂夫，《清代刑法研究·序說》，頁3。

「法學」立場的法制史研究，理應在這一方面發揮自己的學科優勢。

至於中村氏的治學特色，亦可由此而細繹為三：

第一，以清律為本，輻射唐律。如他認為，唐律雖然有極高的價值，足以體現中國人的法律思考，但它在現實層面如何發揮作用，卻受到資料的限制而難以察明。而清律雖然在法典編纂的形式、內容等方面與唐律有所不同，但是關於刑法理論的基本原則卻是源自唐律，而且除此之外，清代還留下了大量的條例與判例（包含說帖），立足於這兩類資料就可以探求由唐律確定基本方向的法律思考如何因應社會現實而得以落實、法的運用實態為何。因此帶著上述理念研究清代刑法，目的也在於超越時代，理解傳統中國法的原理與構造。²⁵如本文所呈現的那樣，他的所有論文皆立足於清代的律、注、條例以及刑案、判語，而且唐、清律的比較始終是其基本構架，他以極為細膩的筆觸解析條文，從中凸顯出時代變遷的因子。

其實，中村氏對於唐律也頗有研究心得。據松田惠美子回憶，在金澤大學讀碩士的兩年間，她曾在中村氏的指導下研讀《唐律疏議》。²⁶滋賀秀三曾以「譯註唐律疏議」為名，在1959年2月至1964年9月間，於《國家學會雜誌》連載〈名例律〉36條的譯註稿，中村氏也對此稿提出過「懇切的批判與教示」。²⁷據中村氏本人所說，他只是對譯註稿指出了一些出典的疑問和部分細枝末節的誤植，但從他後來給滋賀氏《唐律疏議譯註篇一》所撰的書評來看，他所提出的質疑包括語詞釋意、條文法意理解以及援入現代法學理論的適切性，²⁸上述自述大約是自謙之辭。而且他也獨立承擔了《唐律疏議·賊盜律》的譯註任務，²⁹內中不乏獨到的見解，如對於〈賊盜律〉「略賣

25 中村茂夫，《清代刑法研究·序說》，頁6。

26 松田惠美子，〈中村茂夫先生の思い出〉，《東洋法制史研究會通信》第20號（西宮，2012），頁9。

27 滋賀秀三，〈あとがき〉，律令研究會編，《譯註日本律令五 唐律疏議譯註篇一》（東京，東京堂出版，1979），頁345。

28 中村茂夫，〈書評：律令研究會編《訳註日本律令五 唐律疏議訳註篇一》〉，《史學雜誌》第89編第9號（東京，1980），頁109-110。

29 律令研究會編，《譯註日本律令七 唐律疏議譯註篇三》（東京，東京堂出版，1987），

期親卑幼」條與日本《養老律》「賣二等卑幼」條所定賣、略賣對象的差別，他推測「從上下文來看，這裡可能是把應該寫成『外孫、子孫之婦』的，誤寫為『外孫之婦』了」，³⁰岡野誠後來在考析旅順藏〈賊盜律〉殘片時，就完全接受了這一觀點，³¹由此亦可窺見其精深的律學功底。

第二，以刑事案件為中心，展示法理邏輯。滋賀氏在給《清代刑法研究》所撰的書評中提到：「無論哪一篇，都是以判例分析為核心的研究，這一點是全書一以貫之的基本特征。作者大量處理了複雜的具體案件，且敘述極為平實明快，由此可知他對資料文獻極為精通」。³²這一評價也可適用於中村氏的其他單篇論文，而且他所關注的主題也相當集中，始終圍繞刑事案件與刑事法制，即使是對州縣地方官的「判語」研究，也立足於與誣告和威逼人致死相關的「刑事性濃厚」的案件，嘗試析出「判語」與「刑案」在法律適用上的差異所在，³³可見其論旨之專精。

他對於清代判例文獻的熟悉程度，亦體現在他所撰的〈清代の刑案——《刑案匯覽》を主として〉一文中。³⁴該文詳細回顧了有關清代刑案（特別是關於《刑案匯覽》）的海內外研究成果，梳理了《刑案匯覽》編纂經過、相關版本、所收文本的類別（說帖、成案、通行、邸抄、坊本《所見集》、「現審案」等），並簡要介紹了其他刑案文獻（《駁案新編》、《駁案續編》、《秋審實緩比較彙案》、《駁案彙編》、《續增駁案新編》、《例案全集》、《例案續增全集》、《定例成

頁57-269。

30 律令研究會編，《譯註日本律令七 唐律疏議譯註篇三》，頁242注8。

31 岡野誠，〈新たに紹介された吐魯番・敦煌本《唐律》《律疏》斷片——旅順博物館及び中國國家圖書館所藏資料を中心に〉，土肥義和編，《敦煌・吐魯番出土漢文文書の新研究（修訂版）》（東京，東洋文庫，2013），頁99-100。

32 滋賀秀三，〈書評：西田太一郎著《中國刑法史研究》、中村茂夫著《清代刑法研究》〉，《社會經濟史學》第41卷第2號（東京，1975），頁202。

33 中村茂夫，〈清代の判語に見られる法の適用——特に誣告，威逼人致死をめぐって〉，頁3。

34 中村茂夫，〈清代の刑案——《刑案匯覽》を主として〉，收入滋賀秀三編著，《中國法制史——基本資料の研究》（東京，東京大學出版會，1993），頁715-737。

案合鑄（同續增）》、《成案彙編》、《成案所見集》、《刑部比照加減成案》等）。

第三，以中西古今之比較為問題意識，型塑傳統中國法制特色。從以上所述可知，中西古今的對比始終影響著中村氏的行文運思，但是他決不滿足於簡單的、形式上的附會或是孰優孰劣的價值判斷，而是在這種比較的框架之下，嘗試析出傳統中國法的本質。森田成滿也曾回憶道，他與中村氏共同參加判語研究會，在閒聊時，中村氏會對西歐文明至上主義進行強烈批判，這或許是研究非歐洲地區的學者或多或少都抱持的一種心情。³⁵

因此，在上述極為精湛的個案研究之外，中村氏也曾撰寫過一篇相對宏觀的、試圖回應既往有關傳統中國法特性討論的專文。³⁶無論是西方還是日本法制史學界，都曾流行「傳統中國法＝模型（model）」的說法，即中國的成文法只是一種行為模式的示範，要求人們盡可能地接近，而不強求完全遵行，所以只有在必要的時候對違反者加以制裁，保持著一種理想性、理論性的特質，而缺乏拘束力與實效性。與此相應，民事糾紛由宗族、村落等民間團體、組織進行調停、處理，而且民眾對於法律和審判抱持不信任、畏懼的心理，所以民事糾紛很少付諸國家司法。而在中村氏看來，這大概是在中西對比、且西方文化具有優越性的姿態下所作出的片面概括，就「法＝模型」的觀點而言，就漠視了傳統中國法有基本法典與副次法典的區分，即使基本法典具有高度繼承性，或許會與時代產生一定脫節，不具有實效性，但隨時更新的副次法典（如格敕、條例等）則並不如此；同理，從他所考察的清代的刑案與判語以及其他學者研究的淡新檔案可知，無論是中央司法機構還是地方官府，或者著眼於維持法的安定性，或者在法律的適用上盡可能地考慮妥當性與衡平性，並非處於消極狀態。在岡野誠看來，這篇論文所提出的問題對傳統中國法的

35 森田成滿，〈中村茂夫先生を偲んで〉，《東洋法制史研究會通信》第20號（西宮，2012），頁4。

36 中村茂夫，〈伝統中国法＝雛型説に対する一試論〉，《法政理論》第12卷第1號（新潟，1979），頁106-174。

研究者而言，是極為重要的，而且中村氏對既往通說所展開的周到的批判與自我立論也具有非常強的說服力，尤其是他對既往研究所持論據與結論的條分縷析，充分展現了一些學者在論證上的隨意性。³⁷筆者對此也深有同感。正因如此，東京大學東洋文化研究所才會在時隔25年之後，於 *International Journal of Asian Studies* 的創刊號（第1卷第1號，2004.01）與第1卷第2號（2004.07）上，連載該文的英譯本，可見其學術價值的公認程度與學說的生命力。

總而言之，中村氏窮數十年之精力，專研清代刑法及其在司法實踐中的適用問題，以相當精煉、冷峻的筆法，疏解律、注、例等條文的法意，縝密地剖析相關案例，推敲法條適用的契合性，這的確是相當標準的「法學」路徑的法制史研究。而他所開創的諸多論題，迄今仍是中外學界的關注點所在，³⁸這也體現出其獨到而深遠的學術判斷力，誠為日本東洋法制史領域具有代表性的重要學者。

37 岡野誠，〈書評：中村茂夫「伝統中国法＝雜型説に對する一試論」〉，《法制史研究》第30號（東京，1981），頁344-345。

38 如有關比附的問題，川村康新近又發表了一篇近百頁的長文，雖以《唐律疏議》為主要討論材料，但其對話的先行研究，首列中村茂夫的成果；又如精神病人的刑事責任，也可參見陸康著，孫家紅譯，〈18-20世紀帝制中國晚期的因瘋病殺害尊親屬罪〉，《法國漢學》第16輯（北京，中華書局，2014），頁191-216；茆巍，〈醫療、法律與文化——關於傳統中國瘋癲問題的學術史研究〉，《史學理論研究》2018年第2期（北京，2018），頁138-148。

參考文獻

一、中文文獻

陸康著，孫家紅譯，〈18-20世紀帝制中國晚期的因瘋病殺害尊親屬罪〉，《法國漢學》第16輯（北京，中華書局，2014），頁191-216。

趙晶，〈日本東、西兩京東洋法制史學的「雙子星座」〉，《文匯學人》第332期第5版（上海，2018）。

茆巍，〈醫療、法律與文化——關於傳統中國瘋癲問題的學術史研究〉，《史學理論研究》2018年第2期（北京，2018），頁138-148。

二、日文文獻

中村茂夫，〈清朝の刑法における過失〉1-4，《國家學會雜誌》第79卷第9・10、11・12號、第80卷第1・2、3・4號（東京，1966、1967），頁33-61、72-111、22-51、105-144；後收入氏著《清代刑法研究》（東京，東京大学出版会，1973），頁17-149。

中村茂夫，〈中國旧律における比附の機能〉，《法政理論》第1卷第1號（新瀉，1968），頁22-50；後收入氏著《清代刑法研究》，頁151-181。中譯本爲中村茂夫，〈比附的功能〉，楊一凡、寺田浩明主編，《中國法制史考証 丙編》（日本學者考証中國法制史重要論文選譯）第四卷（北京，中國社會科學出版社，2003），頁260-284。

中村茂夫，〈清代における精神病者の刑事責任〉，《法政理論》第

- 4卷第1號（新瀉，1971），頁1-33，後收入氏著《清代刑法研究》，頁183-213。
- 中村茂夫，〈清代刑法研究・序説〉，東京，東京大學出版會，1973。
- 中村茂夫，〈清代の判語に見られる法の適用——特に誣告，威逼人致死をめぐる〉，〈法政理論〉第9卷第1號（新瀉，1976），頁1-52。
- 中村茂夫，〈伝統中国法＝雛型説に対する一試論〉，〈法政理論〉第12卷第1號（新瀉，1979），頁106-174。
- 中村茂夫，〈書評：律令研究会編《訳註日本律令五 唐律疏議訳註 篇一》〉，〈史學雑誌〉第89編第9號（東京，1980），頁105-110。
- 中村茂夫，〈清代における老幼年者並びに身体障害者の刑事責任〉，〈法政理論〉第13卷第3號（新瀉，1981），頁13-39。
- 中村茂夫，〈不応爲考：「罪刑法定主義」の存否をも巡って〉，〈金沢法学〉第26卷第1號（金澤，1983），頁1-37。
- 中村茂夫，〈縁坐考〉，〈金沢法学〉第30卷第2號（金澤，1988），頁105-155。
- 中村茂夫，〈親屬容隠考〉，〈東洋史研究〉第47卷第4號（京都，1989），頁676-696。
- 中村茂夫，〈清代の刑案——《刑案匯覽》を主として〉，收入滋賀秀三編著，《中國法制史——基本資料の研究》（東京，東京大學出版會，1993），頁715-737。
- 中村茂夫，〈清代に於ける婦人の刑事責任——贖刑を主として〉，〈愛大史学〉（日本史・アジア史・地理學）第4號（名古屋，1995），頁1-35。
- 中村茂夫，〈秋審余滴〉，〈愛大史学〉第8號（名古屋，1999），頁1-51。
- 中村茂夫，〈「秋審余滴」補遺〉，〈東洋法制史研究会通信〉第13

- 號（西宮，2001），頁4。
- 〈中村茂夫教授略歴及び業績目録〉，《金沢法學》第33卷第1、2合併號「中村茂夫教授退官記念論文集」（金沢，1991），頁3-7。
- 八重津洋平，〈書評：中村茂夫《中國旧律における比附の機能》〉，《法制史研究》第20號（東京，1971），頁234-236。
- 滋賀秀三，〈書評：西田太一郎著《中國刑法史研究》、中村茂夫著《清代刑法研究》〉，《社會經濟史學》第41卷第2號（東京，1975），頁199-203。
- 律令研究會編，《譯註日本律令五 唐律疏議譯註篇一》，東京，東京堂出版，1979。
- 律令研究會編，《譯註日本律令七 唐律疏議譯註篇三》，東京，東京堂出版，1987。
- 森田成滿，〈書評：中村茂夫「清代における老幼年者並びに身体障害者の刑事責任」〉，《法制史研究》第32號（東京，1983），頁320-322。
- 森田成滿，〈書評：中村茂夫「不応爲考——罪刑法定主義の存否をも巡って」〉，《法制史研究》第34號（東京，1985），頁362-363。
- 森田成滿，〈書評：中村茂夫「縁坐考」〉，《法制史研究》第39號（東京，1990），頁335-337。
- 森田成滿，〈書評：中村茂夫著「秋審余滴」、高遠拓兒著「清代秋審制度と秋審條款」、「秋審勾決考」〉，《法制史研究》第50號（東京，2001），頁336-340。
- 森田成滿，〈中村茂夫先生を偲んで〉，《東洋法制史研究會通信》第20號（西宮，2012），頁4。
- 岡野誠，〈書評：中村茂夫「伝統中国法＝雛型説に対する一試論」〉，《法制史研究》第30號（東京，1981），頁342-345。
- 岡野誠，〈新たに紹介された吐魯番・敦煌本《唐律》《律疏》斷片

- 旅順博物館及び中國國家圖書館所藏資料を中心に〉，土肥義和編，《敦煌・吐魯番出土漢文文書の新研究（修訂版）》（東京，東洋文庫，2013），頁83-114。
- 小野和子，〈書評：中村茂夫著「清代に於ける婦人の刑事責任——贖刑を主として」〉，《法制史研究》第46號（東京，1997），頁285-287。
- 松田恵美子，〈中村茂夫先生の思い出〉，《東洋法制史研究會通信》第20號（西宮，2012），頁9。
- 中村正人，〈中村茂夫先生を偲ぶ〉，《法制史研究》第62號（東京，2013），頁322-326。
- 寺田浩明，〈滋賀秀三先生を偲ぶ〉，《法制史研究》第58號（東京，2009），頁461-465。

Comments on NAKAMURA Shigeo's Study on Chinese Legal History

ZHAO Jing*

NAKAMURA Shigeo was part of the fifth generation of Japanese scholars studying Chinese legal history. He paid attention in particular to the criminal law of the Qing Dynasty, extensively making use of judicial documents such as those from criminal cases and judgments. He attempted to show the differences between the Tang Code and the Qing Code and the mechanisms by which legal clauses were applied in judicial practice. He thereby refuted the argument that traditional Chinese law was a 'model' without effect. In using modern Western legal terms and institutions to explain traditional Chinese law, he maintained a very cautious scholarly attitude, and often discovered in small details the nuanced differences between Chinese and Western law.

Keywords: NAKAMURA Shigeo, Chinese legal history, criminal law of the Qing Dynasty, law as model

* Associate Professor, Institute for Chinese Ancient Legal Documents, China University of Political Science and Law; Research Fellow, Alexander von Humboldt Foundation, Institute for Sinology and East Asian Studies, Muenster University