

# 論中田薰的東洋法制史研究<sup>\*</sup>

趙晶

若要論及近代日本法制史學的發展脈絡，必然繞不開其中的樞紐性人物——中田薰。從研究著述角度言，他共發表論文 105 篇，先後集結為著作 9 種，即《德川時代の文學と私法》（半狂堂，1923 年；後改題為《德川時代の文學に見えたる私法》，明治堂，1925 年；創文社，1956 年）、《法制史論集》第 1—4 卷（岩波書店，1926 年、1938 年、1943 年、1964 年）、《莊園の研究》（彰考書院，1948 年）、《村及び入會の研究》（岩波書店，1949 年）、《古代日韓交涉史斷片考》（創文社，1956 年）、《續〈南留別志〉》（自家版，1958 年），<sup>①</sup>論域以古代至明治的日本法制史為主，旁及中國及其周邊民族、朝鮮半島、印度、德國、法國、英國、希臘、羅馬、埃及、巴比倫、亞述、伊斯蘭等，可見其筆力之健、視域之闊；<sup>②</sup>從學術

\* 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”（項目編號：18JHQ064）的階段性成果。在資料的搜集上，得到徐師世虹教授以及吉原丈司、中田裕子等先生大力相助，特此申謝。

① 具體篇目可參見中田薰：《法制史論集》第 4 卷《著作文獻目錄》，東京：岩波書店，1964 年初版，1971 年再版，第 311—315 頁。

② 高柳真三：《中田先生を偲ぶ》、《法制史研究》（東京）第 18 號，1968 年，第 205 頁；石井良助：《日本法制史學 88 年——東京大學における》，《國家學會雜誌》第 81 卷第 1、2 合併號，1968 年，第 123 頁；石井良助：《中田先生の業績について》，中田薰：《法制史論集》第 4 卷，第 317—327 頁；石井良助：“中田薰”，國史大辭典編輯委員會：《國史大辭典》第 10 卷，東京：吉川弘文館，1989 年，第 603 頁。其中，《日本法制史學 88 年——東京大學における》涉及宮崎道三郎以下東京大學法制史學科的發展歷程，是石井氏退官之際的最終講義，在發表之後，石井氏又將與中田氏相關的部分單獨抽出，補訂為《中田先生の業績について》一文，收入再版的《法制史論集》第 4 卷。

路徑上言，他與三浦周行分別設帳於東京帝國大學與京都帝國大學，東西對峙，被認為是法制史研究法科派與文科派的代表性人物。中田氏受德意志法學的影響，長於概念運用、體系建構；三浦氏長於考證，注重時代背景的考察，主要貢獻在於律令的文獻學研究。<sup>①</sup> 從教育業績上言，中田氏在東京帝國大學執教三十餘年，先後負責比較法制史講座（後改名為西洋法制史講座）、法制史講座，並一度分擔羅馬法講座，在法學部與文學部開設日本法制史講義、西洋法制史講義等，<sup>②</sup> 為日本的法制史研究培養了六位傑出人才，即日本法制史學者金田平一郎、高柳真三、石井良助，中國法制史學者仁井田陞，羅馬法學者原田慶吉、西洋法制史學者久保正幡，其中原田氏學兼春木一郎與中田氏兩門，而久保氏又曾師從原田氏，也可視為中田氏的再傳。<sup>③</sup>

關於中田氏的生平、業績，中、日學界皆有相關概述之作。<sup>④</sup> 如前所述，他“學兼八宗”，貫通日本、東洋、西洋三大法制史領域，<sup>⑤</sup> 目前的概述之作多集中

- ① 三浦周行：《續法制史の研究》，東京：岩波書店，1925 年，第 180—181 頁；瀧川政次郎、小林宏、利光三津夫：《律令研究史——學會動向》，《法制史研究》（東京）第 15 號，1965 年，第 168 頁。
- ② 高柳真三：《中田先生を偲ぶ》，《法制史研究》（東京）第 18 號，1968 年，第 204 頁；井ヶ田良治：《中田薰》，潮見俊隆、利谷信義編：《日本の法學者》，東京：日本評論社，1975 年，第 221 頁。
- ③ 久保正幡：《中田薰先生の遺されたもの》，《圖書》第 254 號，1970 年，第 26—27 頁。
- ④ 如久保正幡：《中田薰先生の遺されたもの》，《圖書》第 254 號，1970 年，第 26—29 頁；高柳真三：《中田先生を偲ぶ》，《法制史研究》（東京）第 18 號，1968 年，第 204—213 頁；石井良助：《日本法制史學 88 年——東京大學における》，《國家學會雜誌》第 81 卷第 1、2 合并號，1968 年，第 114—124 頁；石井良助：《中田先生の業績について》，《法制史論集》第 4 卷，第 317—327 頁；石井良助：《中田博士の法制史の比較研究法について》，《國家學會雜誌》第 82 卷第 7、8 合并號，1969 年，第 135—157 頁；井ヶ田良治：《中田薰》，《日本の法學者》，第 219—240 頁；石井紫郎：“中田薰”，永原慶二、鹿野政直編著：《日本の歴史家》，東京：日本評論社，1976 年，第 116—125 頁；石井良助：“中田薰”，《国史大辭典》第 10 卷，第 603 頁；古澤直人：“中田薰”，尾形勇主編，岸本美緒編：《歷史學事典》第 5 卷《歷史家とその作品》，東京：弘文堂，1997 年，第 384—385 頁；何勤華：《日本法律史學家中田薰》，何勤華主編：《二十世紀百位法律家》，北京：法律出版社，2001 年，第 398—400 頁；趙晶：《近代以來日本中國法制史研究的源流——以東京大學與京都大學為視點》，《比較法研究》2012 年第 2 期，第 61 頁；胡文字：《中田薰法律思想及其對近代日本法律史學科建立的影響》，《亞洲研究》（韓國）第 22 期，2018 年，第 203—227 頁。
- ⑤ 在日本，法史學被劃分為日本法制史、東洋法制史（中國法制史）和西洋法制史。西洋法制史包括狹義的“西洋法制史”和“羅馬法學”，前者是中世紀以後的西洋法制史，後者是以羅馬為中心的古代地中海世界的法制史。而且所謂“西洋法制史”，也並非是將西洋世界之法作為一個整體加以研究，而是在英國、法國、德國等國別法制史研究的基礎上，間或采用與他國進行比較的方法進行研究。參見世良晃志郎：“法史學”，《社會科學大事典》編集委員會編：《社會科學大事典》第 17 卷，東京：鹿島研究所出版會，1970 年，第 13 頁。

於他的日本法制史研究，而關於其東洋法制史研究，部分學者僅在討論唐令復原、<sup>①</sup>古代律令體系沿革、<sup>②</sup>先秦的賞罰思想<sup>③</sup>等時略有涉及。筆者曾簡單勾勒過日本近代以來東洋法制史研究的“五代”學人譜系，宮崎道三郎是第一代，中田氏踵蹤其後，為第二代，<sup>④</sup>又曾撰文討論了宮崎氏在這一領域的學術業績，<sup>⑤</sup>為進一步展現這一學術脈絡的發展，在此前研究的基礎，擬對中田氏的東洋法制史研究業績再作申論。

## 一、生平

中田氏於 1877 年 3 月 1 日出生，1897 年<sup>⑥</sup>7 月於仙台第二高等學校畢業後，進入東京帝國大學法科大學就讀，1900 年 7 月畢業於政治學科，進入大學院，在宮崎道三郎的指導下，研究日本法制史。當時的明治政府致力於國史編修、史料整理事業，無論是專門修史機構的成立、改編，還是地方史料搜集工作的推進，使得有關中世法的史料大量積聚於東大，這為中田氏將目光聚焦於“鎌

① 如池田溫：《〈唐令拾遺補〉編纂をめぐって》，唐代史研究會編：《律令制——中國朝鮮の法と國家》，東京：汲古書院，1986 年，第 100—105 頁；《唐令と日本令（一）》，《創価大學人文論集》第 7 號，1995 年，第 147—149 頁。

② 如徐世虹：《百年回顧：出土法律文獻與秦漢令研究》，《上海師範大學學報（哲學社會科學版）》2011 年第 5 期，第 70—71 頁；《秦漢法律研究百年（二）——1920 至 1970 年代中期：律令體系研究的發展時期》，徐世虹主編：《中國古代法律文獻研究》第 6 輯，北京：社會科學文獻出版社，2012 年，第 82 頁。

③ 胡文字：《中田薰法律思想及其對近代日本法律史學科建立的影響》，《亞洲研究》（韓國）第 22 期，2018 年，第 210—211 頁。應當指出的是，此文以中田氏的“法律思想”為題眼之一，實則所論極為駁雜無序，作者對中田氏成果的閱讀也相當有限，如將中田氏討論的中國先秦時期關於賞罰的諸子之說，直接視為其“對中西兩種法律文化的認識”之一，且認定這些“已經為後世日本法律史學的研究提供了豐富的理論依據和詳實的材料支撐”，實在不知所謂。

④ 趙晶：《日本東、西兩京東洋法制史學的“雙子星座”》，《文匯報·文匯學人》第 332 期，2018 年 3 月 2 日，第 5 版。

⑤ 趙晶：《論宮崎道三郎的東洋法制史研究》，《法制史研究》（臺北）第 32 期，2017 年，第 267—284 頁。

⑥ 或誤作“1898 年（明治三十一年）”，如井ヶ田良治：《中田薰》，《日本の法學者》，第 219 頁；何勤華：《日本法律史學家中田薰》，《二十世紀百位法律家》，第 398 頁。現據高柳真三之文改，參見氏著：《中田先生を偲ぶ》，《法制史研究》（東京）第 18 號，1968 年，第 204 頁。

倉時代的法制”創造了良好的條件。<sup>①</sup> 1902年4月，中田氏在攻讀研究生的同時，出任法科大學助教授；又因《國家學會雜誌》主編美濃部達吉的提携，<sup>②</sup>一年之內在該刊上連續發表了《日本莊園の系統》（第20卷第1—2號，1906年）和《王朝時代の莊園に関する研究》（第20卷第3—12號，1906年），這種經歷與業績表現可謂前所罕見。

在學術起步之初，中田氏不僅在這些日本法制史的研究中貫徹了比較法的意識，而且還將比較法制史作為一個獨立的研究方向。揆其原因，至少有二：其一，他在大學畢業後，於神田的舊書店讀到英譯本孟德斯鳩的《論法的精神》，由此產生了對法律歷史和比較法制史的興趣；<sup>③</sup>其二，其師宮崎氏自德國留學歸來，先從事中、日法制的比較研究，後來又以東洋語言的比較研究切入日本法制史，對他產生了更為直接的影響。<sup>④</sup>就一般的比較法制史而言，中田氏發表了《古代亞細亞諸邦に行はれたる神判》（1904年）、《古代亞細亞諸邦に行はれたる神判補考》（1907年）二文；在日、中律令的比較研究上，他曾發表《唐令と日本令との比較研究》（1904年）；此外，他還從朝鮮語開始，陸續將比較的範圍擴展至阿伊努語、滿蒙語、琉球語等，由此解明日本古代法制用語，陸續發表《郡村の語源に關して専門大家の御教示を乞ふ》（1904年）、《再び郡村の語源に就て》（1904年）、《こほり（郡）むら（村）なる語の原意》（1905年）、《四たび郡村の語源に就て》（1905年）、《韓國古代村邑の稱呼たる啄評、邑勤、檐魯及須祇の考》（1905年）、《韓國古代村邑の稱呼に就て白鳥博士に答ふ》（1905年）、《可婆根（姓）考》（1905年）、《我が太古史に見えたるアイヌ語の神名》（1906年）、《我古代の法制關係語》（1907年）等系列論文，與白鳥庫吉等歷史語言學者展

① 石井良助：《日本法制史学88年——東京大学における》，《國家學會雜誌》第81卷第1、2合併號，1968年，第115頁；石井良助：《中田先生の業績について》，《法制史論集》第4卷，第318頁；古澤直人：“中田薰”，《歷史學事典》第5卷《歷史家とその作品》，第384頁。

② 石井良助：《日本法制史学88年——東京大学における》，《國家學會雜誌》第81卷第1、2合併號，1968年，第115頁；石井良助：《中田先生の業績について》，《法制史論集》第4卷，第318—319頁。

③ 石井良助：《日本法制史学88年——東京大学における》，《國家學會雜誌》第81卷第1、2合併號，1968年，第116頁；石井良助：《中田先生の業績について》，《法制史論集》第4卷，第320頁；井ヶ田良治：《中田薰》，《日本の法學者》，第219頁。

④ 中田薰：《宮崎先生法制史論集·序言》，東京：岩波書店，1929年，第4頁。

開激烈的論戰。可惜的是，此後的出國留學打斷了中田氏這一研究進程。

自 1908 年 3 月開始，他在英、德、法三國留學三年，並於 1910 年 11 月獲得法學博士學位，1911 年 6 月回國，同年 11 月升任法科大學教授，負責比較法制史講座（進入大正時代，則改為西洋法制史講座）；1922 年 4 月，接替退休的宮崎氏，負責法制史講座並兼任西洋法制史講座，又因春木一郎於同年出國訪學而分擔了羅馬法講座。在課程講授方面，他於 1921 年開始講授日本法制史，當年為私法史，翌年則講公法史，由此往復輪替。其門生石井良助曾言，自明治以來，以“日本法制史”為題的書籍雖有出版，但多重公法而輕私法，即使論及私法，也多將重點置於法典編纂，甚少涉及財產法，又或是詳於古代而略於近世。即使是宮崎氏在東大的授課，時代上止於平安末期，至其晚年，也只是部分延伸到鎌倉時代，無法全面呈現日本法制史，直至中田氏的私法史與公法史講授，成體系地展現了明治以前日本法制史的全貌。<sup>①</sup> 此外，中田氏還以同樣的方式講授西洋法制史，即逐年輪流講解德國法與法國法。

雖然不同於以往的講授內容在日本法制史學史上具有重要意義，但中田氏始終拒絕出版日本法制史講稿。其理由是，德國的法制史學傳統已延續百年以上，學者與成果衆多，但法制史的概說書却屈指可數，日本法制史學誕生未久，還沒有到撰寫概說類著作的階段。如有閑暇，一方面可大量閱讀古文書，另一方面則應盡可能地撰寫論文。在其學生看來，宮崎氏對於學問的潔癖，在中田氏身上亦有另一種呈現。<sup>②</sup> 也正因如此，中田氏才取得了相當豐碩的研究成果。

在日本法制史研究領域，他原本長年關注中世法制，然而 1923 年 9 月 1 日的關東大地震，導致法學部研究室所藏史料以及中田氏置於研究室的個人所藏史料全部燒毀，所以此後他的研究重心就轉移到日本近世、近代法制上。<sup>③</sup> 雖

① 石井良助：《日本法制史学 88 年——東京大学における》，《國家學會雜誌》第 81 卷第 1、2 合併號，1968 年，第 118 頁；石井良助：《中田先生の業績について》，《法制史論集》第 4 卷，第 321—322 頁。

② 石井良助：《日本法制史学 88 年——東京大学における》，《國家學會雜誌》第 81 卷第 1、2 合併號，1968 年，第 118—119 頁；石井良助：《中田先生の業績について》，《法制史論集》第 4 卷，第 322 頁。

③ 石井良助：《日本法制史学 88 年——東京大学における》，《國家學會雜誌》第 81 卷第 1、2 合併號，1968 年，第 119 頁；石井良助：《中田先生の業績について》，《法制史論集》第 4 卷，第 322—323 頁；石井良助：“中田薰”，《國史大辭典》第 10 卷，第 603 頁。

然他在教學上兼顧公法史與私法史，但其研究聚焦於私法，極少言及國家制度、公法。參照古澤直人的概括，中田氏這一時期的日本法制史研究可大別為三類：以“日本的‘家’的歷史”為問題意識的家族與親族法研究、以“土地私有制的歷史”為核心的物權法研究，以及“德政”（指從鎌倉時代末期到室町時代，幕府為解決下層階級的生活困境而發布的廢除債務合同的政令）等債權法研究。<sup>①</sup> 當然，無論是研究哪一時段的日本法制史，比較法的意識依然貫穿始終。以《日本中世の不動産質》為例，其研究對象是日本中世法，但該文的第一章是“日耳曼法系的不動產質”，分述了德國法、法國法、英國法的情況，以便與日本中世法進行比較。<sup>②</sup>

在純粹的比較法制史領域，他也陸續發表過一些論文，廣涉法國、德國、古希臘、古羅馬、巴比倫、中國、印度、埃及等，如《獨佛中世法に於ける債務と代當責任との區別》（1911年）、《佛蘭西に於ける自由法說》（1913年）、《ハンムラビ法典とモーゼ法との比較研究》（1913年）、《佛蘭西のParageと日本の總領》（1913年）、《東西封的後見制の比較》（1917年）、《馬端臨の四裔考に見えたる比較法制史料》（1919年）、《西部亞細亞の古法律斷簡三種》（1926年）、《唐宋時代の家族共產制》（1926年）、《埃及古代の女》（1929年）、《寡婦殉葬の習俗》（1929年）、《ザロイコスとカロンダス》（1930年）、《アッシリ亞法書及びヒツタイツ法典》（1931年）、《唐代法に於ける外國人の地位》（1934年）、《カウチルヤの“政治論”》（1934年）等。

在教學與科研之餘，中田氏還曾於1927—1930年間出任東京帝國大學法學部部長。直至1937年3月，他屆齡退休，但此後依然筆耕不輟，又陸續撰寫、發表了《古法雜觀》（1951年）、《ROSTRAの上に立ちて》（1964年）、《法と歌と音樂》（1964年）等。事實上，當時他的資料環境又發生了一次大變故，參考書籍全部毀失於1945年5月的東京大轟炸中。<sup>③</sup> 完全可以想見，他是在如何艱難

① 古澤直人：“中田薰”，《歷史學事典》第5卷《歷史家とその作品》，第384頁。實際上，中田氏對《法制史論集》四卷的編排也體現了這一點：第一卷為“親族法、繼承法”，第二卷為“物權法”，第三卷為“債權法及雜著”，第四卷為“補遺”。

② 中田薰：《日本中世の不動産質》，《國家學會雜誌》第31卷第3號，1917年；收入氏著：《法制史論集》第2卷，東京：岩波書店，1938年，第321—392頁。

③ 中田薰：《村及び入會の研究・序言》，東京：岩波書店，1949年。轉引自久保正幡：《中田薰先生の遺されたもの》，《圖書》第254號，1970年，第29頁。

的條件下完成這些論著的。

基於上述貢獻，他自 1925 年起被選為帝國學士院會員，又於 1946 年被授予文化勳章，還曾於 1946—1947 年間作為貴族院敕撰議員，參與日本國憲法的審議。1967 年 11 月 21 日，中田氏與世長辭，享年 90 歲。

## 二、比較法制史視域下的東洋法制史研究

石井良助認為，中田氏法制史研究的特徵在於，在研究日本法制史之際，注重與外國法制史的比較。這種比較研究可大別為兩個類型：

其一，歷史性比較，即對存在親緣關係的兩種或諸種法制進行比較。這種方法在中田氏之前就已被學人運用，並非其特色所在。其法可分為兩個子類：

a. 個別性比較：以一國為中心的比較，可視為該國法制研究的一種方法，如比較日本與中國的律令法，由此凸顯日本律令的意義及其特徵，進而揭示日本社會的特徵。

b. 綜合性比較：將同一法系內的各國法制進行比較，如綜合比較羅馬法系、日耳曼法系中的各國法制。

其二，一般性比較或對照性比較，即對無歷史性親緣關係的法制進行比較。這被認為是中田氏比較研究法的特色所在。根據其目的，此法也可細分為三個子類：

c. 進化論式對照法：通過對照各國、各民族的古代法或法制史，揭示法律發展的一般性規律。

d. 世界史式對照法：將人類社會的發展劃分為數個階段，從而比較同一階段的各國法制，如比較日本和德國的中世封建法。

e. 一般的對照法：以某國或某民族的法制史為研究對象，通過探尋外國法或外國法制史中法的結構或變遷的類型，將它們與作為研究對象的法制進行對照，從而闡明這一國家或民族法制的特徵，亦可使這一歷史上較為難解的法制，在與其他類型相互對照之後，變得易於理解。

在石井氏看來，中田氏使用的比較研究法主要是第e種，即其目的還是在於闡明日本法制並使日本古代的制度易於被理解；但亦不乏第c、d種的研究，如《古法と觸穢》（1917年）、《代位相続法沿革一斑》（1918年）運用了進化論式對照法，而《古代亞細亞諸邦に行はれたる神判》（1904年）、《古代亞細亞諸邦に行はれたる神判補考》（1907年）、《馬端臨の四裔考に見えたる比較法制史料》（1919年）著力於比較原始或蒙昧時代的法制，《王朝時代の庄園に関する研究》（1906年）、《“コムメンダチオ”と名簿捧呈の式》（1906年）、《佛蘭西のParageと日本の總領》（1913年）、《東西封的後見制の比較》（1917年）則將封建時代的日本與歐陸進行比較，皆可謂是世界史式對照法。<sup>①</sup>

參照石井氏的上述劃分，中田氏的東洋法制史研究亦可區分為歷史性比較與一般性比較兩大類。就前者而言，中國法被視為日本法的母法，通過中、日異同的比較，闡明法制之源流，由此彰顯日本的特色所在；就後者而言，以中國法為代表的東洋法制與西洋法制同時被臚列出來，共同作為參照系的一環而存在。以下分而述之。

### （一）歷史性比較中的中國法制史研究

#### 1. 日、唐令比較

日本古代繼受唐代法制建立起自己的律令體系。在中國，因《唐律疏議》的傳世而使世人得窺唐代法律體系之一面，唐令則整體亡佚，僅有吉光片羽散見於各種史料；而在日本，《大寶律》《養老律》等皆已殘損，但藉由《令義解》《令集解》等注釋書使得《養老令》的面貌得以相對完整地呈現。正因如此，日、唐之間律令條文的異同、因法律移植而產生的源流關係等，都因缺乏可比對的一方而陷入困境。有鑒於此，在日本，輯佚日本律或唐令的努力，代不乏人。如戶田保遠所撰《和漢合律疏》，就從《法曹至要抄》《政事要略》《金玉掌中抄》《令義解》《令集解》《法曹類林》《裁判至要抄》等典籍中輯出日本律的條文，並比較唐律與日本律的異同。廣池千九郎在大阪書肆購入此書後，進一步擴大史料範圍，利用《萬葉集》《類聚三代格》《大寶令注釋》《年中行事秘抄》等繼續輯佚日本律條

<sup>①</sup> 石井良助：《中田博士の法制史の比較研究法について》，《國家學會雜誌》第82卷第7、8合併號，1969年，第135—157頁。

文，撰成《倭漢比較律疏》；<sup>①</sup>又如松下見林早在日本元祿年間（1688—1703）就從《唐律疏議》中輯出唐令遺文 115 條，開唐令復原之先河。<sup>②</sup>

作為近代日本法制史研究之先驅，宮崎道三郎一直倡導復原唐令，中田氏秉承師志，進入大學院後，在研究鎌倉時代法制的同時，還曾著手這一事業，<sup>③</sup>並於 1901 年 7 月中旬完成《唐令拾遺》的初稿，同年 9 月上旬完成修訂。<sup>④</sup>自該書稿本“凡例”可知，他利用的漢籍、和書共 10 種，分別是《唐律疏議》《大唐六典》《通典》《唐會要》《舊唐志》《令義解》《令集解》《令御抄》《三代格》《和名鈔（箋注）》（即《和名類聚抄》），共復原唐令 22 篇、313 條，詳情分列如下表：

表 1 中田薰《唐令拾遺》稿本的具體情況

篇名	復原條數	頁數	篇名	復原條數	頁數
祠令第八	七條	二	關市令第二十二	一一條	三
戶令第九	二九條、補遺五條	二四	醫疾令第二十三	五條	三
選舉令第十	五條、補遺四條 (未完，參照《六典》卷二)	四	獄官令第二十四	三一條	一五
考課令第十一	一四條、補遺八條	一二	營繕令第二十五	七條	三
官衛令第十二	四〔五〕條	二	喪葬令第二十六	七條	三
軍防令第十三	一〇條、補遺二條	四	雜令第二十七	一一條	四
儀制令第十五	一六條、補遺二條	八	封爵令（開元令無此篇）	四條	二
公式令第十七（分為上下）	二九條、補遺三條	一四	祿令（同上）	四條	三

① 趙晶：《論廣池千九郎的東洋法制史研究》，《法制史研究》（臺北）第 30 期，2016 年，第 335—336 頁。

② 侯振兵：《日本靜嘉堂文庫藏松下見林〈唐令（集文）〉考述》，桂濤主編：《中國古代法律文獻研究》第 14 輯，北京：社會科學文獻出版社，2020 年，第 114—145 頁。

③ 中田薰：《序》，仁井田陞：《唐令拾遺》，東京：東方文化學院東京研究所，1933 年，第 1—2 頁。

④ 以下關於這一稿本的敘述，皆參見池田溫：《〈唐令拾遺補〉編纂をめぐって》，《律令制—中國朝鮮の法と國家》，第 100—105 頁；《唐令と日本令（一）》，《創価大學人文論集》第 7 號，1995 年，第 147—149 頁。

(續表)

篇名	復原條數	頁數	篇名	復原條數	頁數
田令第十八	三五條、補遺一條	一七	學令(同上)	八條	四
賦役令第十九	二〇條、補遺二條	一二	捕亡令(同上)	三條	二
廄牧令第二十一	二二條	九	假寧令(同上)	三條	一

對此，中田氏的說明如下：“官品令第一應據《舊唐志》增補；職員令全部省略；衣服令第十四、鹵簿令第十六、倉庫令第二十以及樂令未完，故不載；篇名據《六典》卷六所載《開元令》，《開元令》所無者，另附於卷末。”而自上表可知，其中八篇令文另附“補遺”條文 27 條。據池田溫統計，這些令文采自《令集解》者 10 條、《令義解》者 1 條、《唐律疏議》者 7 條、《唐會要》者 9 條，是中田氏修訂初稿的兩個月內，再次檢核相關史料所作的增補。此外，每一條文之首標有相關符號，中田氏亦有說明：“(武)”指武德令；“(永)”指永徽令；“(開)”指開元令；“(唐)”意為該條被史料標為唐令，但所屬何令不詳；“(補)”意為該條未被史料標為唐令，是推定而來；“\_\_\_\_\_”則標記根據其他書籍或以意補入的字句。

中田氏自謂這一工作半途而廢，未竟全功，而由其門生仁井田陞最終撰成的《唐令拾遺》，利用史料 75 種，復原條文 715 條，所得成就自是遠超這一稿本。然而，從上述稿本的體例等可知，仁井田氏基本延續了其師的復原思路，而中田氏為門生成完成《唐令拾遺》做出鋪墊性工作，却畢生絕口不提這一早年之作，<sup>①</sup>皆顯現其不遺餘力地提携後學的可貴精神。

對於一般讀者而言，雖然這一稿本取閱不易，但作為其成果的一部分，中田

<sup>①</sup> 仁井田氏在為《唐令拾遺補》設計卷首圖版時，曾列有“中田博士 唐令拾遺原稿”一項，可惜在他生前並未完成此書，“原稿”的具體情況也無從瞭解。直至 1983 年 3 月，在東京大學出版會重印仁井田氏《唐令拾遺》《唐宋法律文書の研究》《中國身分法史》三大著的紀念會上，仁井田氏的部分遺物得到展示，其中就包括這本中田氏自己手寫的稿本。後由仁井田夫人寄贈東京大學東洋文化研究所，由該所圖書室作為貴重書保存。參見池田溫：《〈唐令拾遺補〉編纂をめぐって》，《律令制——中國朝鮮の法と國家》，第 100—101 頁；《唐令と日本令（一）》，《創価大學人文論集》第 7 號，1995 年，第 148 頁。

氏所撰《唐令と日本令との比較研究》有助於一窺全豹。<sup>①</sup> 該文以材料較為豐富且在法律經濟史上最為重要的《戶令》《田令》和《賦役令》為研究對象，以日本《養老令》的條文為基準，從《唐律疏議》《唐六典》等<sup>②</sup>唐代史籍中輯出對應的唐令條文，進行逐一對比，析出日、唐之間的異同。除三篇令文的比較研究外，該文的“序論”部分還概括交代了唐令的總體立法進程、日本繼受唐令的母本、唐令篇目、該文的行文凡例，分別提出如下看法：自《武德令》以下，大部分令典的刊定僅作少量的枝節修改，可能只有永徽、開元（二十五年）二令的修改幅度較大；日本大化二年革新之詔依據的是唐《武德令》或《貞觀令》，《近江令》《大寶令》的制定可能參考了武德、貞觀、永徽、麟德、乾封、儀鳳、垂拱七令，《養老令》的考察藍本可能是《神龍令》《太極令》、開元初年與四年之令；在日本《養老令》的篇目中，之所以有五篇（學令、繼嗣令、祿令、假寧令、捕亡令）未見於《唐六典》所載唐令篇目，可能是因為《唐六典》所載乃《開元四年令》的篇目，與《永徽令》和《開元二十五年令》有別，當然，沒有獨立篇目並不意味著這些條文也被刪除了，可能被插入其他令篇之內；該文輯佚唐令的思路有三，分別是（a）史料所見唐令條文，很多並未標記哪年之令，往往僅稱“唐令”，也很難判斷其年代，唯《唐律疏議》所引唐令可斷為《永徽令》；（b）若是與《養老令》相當的唐令條文同時見載《唐六典》與其他史料，則以《唐六典》文字來校補其他史料之闕，其中《唐六典》的條文可視為《開元四年令》；（c）唐令的條文排列順序以日本令為依據。

應當說，中田氏的這篇鴻文不僅論及唐令復原的基本方法，而且還牽扯一些學界頗多爭論的主題，如日本歷次修令參考的唐令藍本、<sup>③</sup>唐令篇目的變化、<sup>④</sup>《唐

<sup>①</sup> 中田薰：《唐令と日本令との比較研究》，《國家學會雜誌》第18卷第212—214號，1904年；收入氏著：《法制史論集》第1卷，東京：岩波書店，1926年，第640—697頁。

<sup>②</sup> 《宋刑統》於1918年被整理出版“國務院法制局本”，1921年被整理出版“嘉業堂本”，中田氏於1924年方才得見，因此在論文初刊時未加利用，在收入《法制史論集》時才補入。參見中田薰：《法制史論集》第1卷，第648頁。

<sup>③</sup> 如坂上康俊在2009年還曾撰文討論《永徽令》是《大寶令》的藍本、《開元三年令》是《養老令》的藍本之一等。參見氏著：《日本に舶載された唐令の年次比定について》，《史淵》第146號，2009年，第1—16頁。

<sup>④</sup> 相關學術史，參見趙晶：《唐宋令篇目研究》，徐世虹主編：《中國古代法律文獻研究》第6輯，北京：社會科學文獻出版社，2012年，第315—322頁；後經修訂，收入氏著：《〈天聖令〉與唐宋法制考論》，上海：上海古籍出版社，2014年，第15—25頁。

六典》所載之制究竟是《開元四年令》還是《開元二十五年令》、<sup>①</sup>《唐律疏議》是永徽律疏還是開元律疏等。<sup>②</sup> 正因如此，仁井田氏在《唐令拾遺》中每每標舉、引用此文，甚至被瀧川政次郎引為“厚此薄彼”的典型：“在《唐令拾遺》中，凡是借鑒中田薰博士研究之處，即使是細枝末節，也會表示謝意，而借鑒我的研究之處，則毫不言及，僅在對我的研究提出異議時才會予以引證。”<sup>③</sup>即使如此，瀧川氏參與撰寫的《律令研究史》（該部分的執筆者是小林宏）也毫無保留地指出，中田氏的律令研究中，此文最能彰顯其學風，是唐令復原的初次嘗試之作，具有重要意義。<sup>④</sup> 當然，毋庸諱言的是，與同期的研究成果相比，中田氏的“序論”在史料的豐富度、論證的綿密度、觀點的創新度上均遜色於佐藤誠實的《律令考》。<sup>⑤</sup>

除此之外，中田氏還有兩篇論文涉及日、唐令的比較：

其一，立足《戶令》應分條，首先分別解析唐令、《大寶令》、《養老令》的相應條文，然後從嫡庶子繼承份額、嫡繼母繼承份額、女子繼承權、功田功封繼承法、夫婦財產制、同財共居、存日處分等七個方面，比較唐、日令以及兩種日本令的差異，如唐令與《大寶令》在根本原則上的區別是，前者貫徹諸子均分主義，而後者采用嫡庶異分主義；若將《大寶令》與《養老令》進行比較，則《養老令》減少了嫡子繼承的份額，並承認了嫡、繼母以及女兒的繼承權。<sup>⑥</sup> 就日本古代令制所見遺產繼承法而言，此文被認為是最詳盡的研究，特別是極為細緻地區分出舊、

① 相關學術史，參見趙晶著，辻正博譯：《唐令復原における典據史料の検証——〈大唐開元禮〉を中心にして》，《東方學》第133期，2017年，第55頁；後增補為《唐令復原所據史料檢證——以〈大唐開元禮〉為中心》，《文史哲》2018年第2期，第126頁。

② 相關學術史，參見岳純之：《仁井田陞等〈故唐律疏議〉製作年代考》及其在中國的學術影響》，《史林》2010年第5期，第183—187頁。

③ 瀧川政次郎：《唐兵部式と日本軍防令》，《法制史研究》（東京）第2號，1952年，第74頁。

④ 瀧川政次郎、小林宏、利光三津夫：《律令研究史——學會動向》，《法制史研究》（東京）第15號，1965年，第162頁。

⑤ 佐藤誠實：《律令考》，《國學院雜誌》第5卷第13、14號，第6卷第1、2、3號，1899—1900年；收入瀧川政次郎編：《佐藤誠實博士律令格式論集》，東京：汲古書院，1991年，第115—150頁。相關內容的評述，亦可參見趙晶：《近代以來日本中國法制史研究的源流——以東京大學與京都大學為視點》，《比較法研究》2012年第2期，第60頁。

⑥ 中田薰：《養老戶令應分條の研究》，《法學論叢》第13卷第1號，1925年；收入氏著：《法制史論集》第1卷，第43—83頁。

新兩條令文在內容上的差異，十分重要。<sup>①</sup>而對於唐代繼承法來說，此文將應分條劃分為三個段落，細繹其法意，且還與羅馬法和日耳曼法相比較，認為唐令區分“兄弟亡”與“兄弟俱亡”兩種情形，在前者，允許所亡兄弟之子行代位繼承，這與羅馬法相同，而在後者，則允許所有的兄弟之子均分其祖遺產，與日耳曼法相同，可謂取其中道。

其二，從《養老令·職員令》神祇官條所載大祐(判官)之職掌“糾判官內”出發，詳細討論唐代的四等官制，指出唐代官制的通例是長官、通判官、判官為“職事之官”或“連判之官”，而主典並無判事之權，另有勾檢官充當監督角色，但也存在例外，如在尚書省官制中，作為判官的丞在“判事”之外還兼顧“糾正省内”之責，作為判官的郎中以及員外郎與專任勾檢官的都事分擔勾檢事務(可細分為“勘”“舉[正]”“察”三種)，由此反觀日本養老年間的官制，其他方面移植自唐代通例，唯獨前述判官“糾判官內”的職掌，應理解為“糾正”與“判事”兼顧，與唐代尚書都省左右丞的職掌相當，是將唐制之變例通則化的結果。<sup>②</sup>該文細緻勾勒了日本古代如何模仿唐代而釐定官制的過程，通過唐、日官制的比較，指出日本官制的矛盾與缺失，相比於此前國學背景下的律令學者所做的職官制度研究，可謂是開闢了新的路徑。<sup>③</sup>

## 2. 唐代法制的其他側面

除了圍繞令條展開的日、唐法制比較外，中田氏還對唐代法制的其他側面展開過論述，其思路依然是“比較”。

如在關於日本莊園的成名作中，他首先討論的是唐代以前的莊園，從上古至西周的土地公有主義和財產平等主義及其背後的道德主義開始，漸次交代春秋戰國土地私有制的勃興、兩漢土地兼并的盛行以及政府獎勵農耕的無效對策、西晉推行董仲舒首倡的占田限定之策、北魏在此基礎上制定的均田法、隋唐

① 瀧川政次郎、小林宏、利光三津夫：《律令研究史——学会動向》，《法制史研究》(東京)第15號，1965年，第163頁。

② 中田薰：《養老令官制の研究》，《國家學會雜誌》第51卷第1號，1937年；收入氏著：《法制史論集》第3卷(上)，東京：岩波書店，1943年，第594—626頁。

③ 瀧川政次郎、小林宏、利光三津夫：《律令研究史——学会動向》，《法制史研究》(東京)第15號，1965年，第163頁。

對均田制的沿襲及其日益嚴峻的制度困境，最終描述了唐代均田制崩潰後、以“莊”為代表的大地主所有制的實施狀況，認為與歐洲法蘭克王國時代的情況相同。至於日本的莊園，雖然可能是移植唐制的結果，但與唐代的莊園作為一種純粹的經濟性土地制度不同，它還有法律上免除租稅（“不輸”）的特權，這是研究日本古代莊園時需要特別留意之處。<sup>①</sup> 在唐代莊園的論述部分，中田氏並未滿足於泛泛而談，引據的史料也不限於制度性文獻，廣及各種唐宋筆記，可謂旁徵博引，體現了他在唐宋文獻上的功力。

又如關於唐宋時代的家族共產的研究，其實與前述唐令應分條密切相關，二文的發表時間也前後相接。中田氏開篇首先討論的是世界範圍內各個地區與民族在不同歷史時期的家族共產制度，分別論及古代羅馬、日耳曼民族、法蘭克王國時期的歐陸、印度、南斯拉夫民族等，認為兄弟及其子孫等旁系親屬之間的共產是行之最久的家族共產制，父子共產制可能是受到前者的影響才發展起來的，家族共產制在原則上以同居共食為前提，作為家長的共產管理者一般是年長的男子，且父祖作為家長時，其管理權與家長權結合，效力最强，至於共產的形態，一般是没有預先確定份額的共同共有，行事處分權需全體共有人同意；然後逐一列舉中國史籍所見自西漢以來家族同居共財的事例，又梳理了唐宋乃至元明清時期的法律規定，逐一剖析這一起產法律關係中的各個元素（共產親屬的範圍、共產的管理者、共產的處分及其共同債務、共產的分割、共有財產及共有份額、同籍及同居與共財），指出無論是同居共財還是別籍異財，家庭內部父子同居共財應是通例，且四代（祖、父、子、孫）以內的同居共爨也並非特例，而是民間尋常的生活狀態；最後細繹日本《養老令》中《戶令》應分條、《雜令》家長條、《戶令》戶主條，指出雖然這些條文都移植自唐代，但經過日本立法者的改造（或直接修改文字規定，或保留原文但采用名同實異的解釋），說明當時的日本家庭並非唐代那樣的共產之家，而是以家父專有主義、家父別財主義為基礎的非共產之家，且戶主、家長的身分強調的是正嫡子孫，絕不可能出現中國以

<sup>①</sup> 中田薰：《日本莊園の系統》，《國家學會雜誌》第20卷第1、2號，1906年；收入氏著：《法制史論集》第2卷，第20—40頁。

伯叔兄姊等旁系尊長充任家長的情況。<sup>①</sup> 該文在具體的法條解釋上雖不無可議之處(如第 1345—1346 頁認為永業田、口分田、賜田等國家分配給個人的土地,從性質上說不屬於家族共產,而是個人獨有的財產;又如將因王事沒落外蕃不還者的“身分之地”排除出共產範圍,視為獨有財產等),但所論涉及中國古代家族法的核心問題,影響頗大,尤其是經由其門生仁井田氏、戴炎輝等申說,<sup>②</sup>一度成為學界定論,此後又引起仁井田氏與中田氏的再傳弟子滋賀秀三的激烈爭論,如在前者看來,“同居共財”的家族是一種生活上彼此幫助的經濟互助集團,家長的專權會隨著經濟條件和環境條件的變化而改變;而後者否定這種“共有”關係,認為家族是奉祀男系祖先的祭祀集團,家產是為祭祀所用、為家長所專有,別的家庭成員並無任何權利。這種持論上的分歧大概源自二者不同的學術旨趣,仁井田氏立足於“接近社會經濟學的私法/公法交界的領域”,而滋賀氏則“站在離開公法而保持自立性的私法的領域”。<sup>③</sup>

再如關於唐代來華的蕃人胡商,中田氏也進行過專門研究。因為從唐代史籍可知,這些外國人頻繁出入唐境,或傳教,或經商,在當時頗受歡迎,那麼依照唐朝的法律,他們擁有何種法律地位,就是比較法制史上令人頗感興趣的話題了。他在羅列蕃人胡商在唐朝的種種活動之後,就對其法律地位作了詳細考察,其看法可歸納如下:第一是權利能力,即在法律允許的範圍內,胡商可與中國政府互市、與一般民眾進行私人交易、互相締結契約,經過許可,亦可與中國人通婚,但不許購置產業和奴婢、不能攜所娶漢婦歸國;第二是適用的法律,即外國人涉訟案件在法律適用上兼采屬人主義與屬地主義,而依據當時阿拉伯商人等的記錄,回教徒之間的訴訟會有特別審判機構予以處理,至於是否存在針

① 中田薰:《唐宋時代の家族共產制》,《國家學會雜誌》第 40 卷第 7—8 號,1926 年;收入氏著:《法制史論集》第 3 卷(下),第 1295—1360 頁。

② 除中田氏在該文補記(《法制史論集》第 3 卷[下],第 1360 頁)中提及的仁井田氏《唐宋時代の家族共產と遺言法》和《唐宋法律文書の研究》、戴炎輝《近世中国及び台灣の家族共產制》外,仁井田氏另有《中國身分法史》(東京:東京大學出版會,1983 年)、《中國の農村家族》(東京:東京大學出版會,1952 年)兩本專著以及收入《補訂中國法制史研究:奴隸農奴法・家族村落法》(東京:東京大學出版會,1980 年)的數篇專論,都不斷闡發乃師之說。

③ 田仲一成:《我心目中的先師——仁井田先生的生平與學術活動》,《古今論衡》第 19 期,2009 年,第 117—121 頁。

對其他外國人的特別審判機構，則難以斷言，不過有案例顯示，當時的胡商相當信賴中國的法律與司法；第三是遺產繼承，即在唐代的式、敕等法律中，存在不少與胡商客死唐境後的財產處理相關的規定，也可在史籍中找到相應的個案予以佐證，而且根據阿拉伯商人的記錄，因課稅所需，唐代地方官府有登記胡商身分信息的帳簿，而且還會發給外蕃旅客記錄詳備的通行證，這都便於查明死商的身份，以便處理身後的遺產；第四是宗教信仰與喪葬習俗，即唐廷對此採取相當開放、包容的姿態，如“既是鄉法，當身自行不須罪科”。最後，中田氏感慨，唐朝所採取的這種內外人平等主義，在歐洲要晚至近代才成為法律原則，在中世紀時，歐洲各國或將滯留國內的外國人強制變成自己的隸屬民，或全部、部分地沒收外國人在本國境內的遺產，這種排他主義與唐朝有天淵之別。<sup>①</sup> 雖然目前有關唐代化外人的研究成果已有一定積累，<sup>②</sup> 但此文頗有首開風氣之功，所用史料並未局限於漢文，充分發揮了中田氏熟悉多語種材料的優勢。

### 3. 律令法體系

無論是唐代中國，還是古代日本，律令都是最為主要的法律形式，也是國家統治的基本工具。如果說上述研究的側重在於律令承載的規範內容，那麼中田氏晚年的關注點則聚焦於律令的規範屬性、相互關係以及精神內核。

在最先發表的《古法雜觀》中，他概括性地指出，隋唐的獨裁政治是通過律令得到推行的，日本一開始從韓國引入漢字、佛教，但並未繼受律令制，是因為當時沒有建立起能够維持律令的中央強權。這種獨裁專制政治是人治主義政治，其取得治績需要依靠明主、賢臣，一旦政治下滑，堪稱完備的律令體系也會隨之崩解，唐朝與日本皆是如此。由此，他首先著手追蹤中國律令體系發展、沿革的歷史過程，提出了許多影響深遠的銳見：如春秋時期的“刑書”（法典）與“治象之法”（教令書，即單行令）的二分，是後世律、令二分的前身；“刑書”是規定重大犯罪與刑罰的根本法，而“教令之書”則是因應隨時所需而頒布的補充

<sup>①</sup> 中田薰：《唐代法に於ける外國人の地位》，杉村章三郎編：《寃教授還暦祝賀論文集》，東京：有斐閣，1934年；收入氏著：《法制史論集》第3卷（下），第1361—1392頁。

<sup>②</sup> 部分研究成果的引述，可參見甘懷真：《從〈唐律〉化外人規定看唐代國籍制度》，《早期中國史研究》第3卷第2期，2011年，第1—32頁。

法；蕭何在中國法制史上的最大功績就是編纂了律、令兩大法典，其中律是刑罰典，令有干支令、事項令之分，干支令是後帝以甲、乙、丙分編的方式，依照其規範的重要性，依序彙編前帝頒布的各種單行詔令而成的集合體，而事項令則是收入干支令中的各種單行令之名稱，至於內容上，律、令依然還是正與副、幹與枝的關係；西晉以後，律、令在內容上出現分化，令成為名副其實的“教令法”，其主要規範對象是國家行政機關，兼具行政法規與強制性民事法規的性質，不過因為“違令有罪則入律”的原則，令也只是在表面上獨立於律，實質上還是補充律的副法。其次，他將春秋開始出現的霸道政治、秦朝以來的專制政治與王道政治作了比較，指出前者以法治統御人民，後者以德治教化人民，當然霸道、專制政治也不絕對排斥德治，只不過這種德治只是維持獨裁政治的手段而非絕對目的；又通過梳理戰國以降刑名學、律令學的發展歷程，說明這種獨裁政治與這種完善律令之學的發達相始終，因此所謂“教令法”並非以德化主義為基礎的民衆教化法，無論是律還是令，無論在中國還是在日本，它們都只是維持自家政權所必需的政策工具，其主旨是否定人民自由，與西洋諸國以自由為內容的法律截然相反。<sup>①</sup> 以上所述只是該文與中國法制史相關的部分，<sup>②</sup> 其主體內容及其核心論旨還是回歸日本法制史，即日本古代法制的根本精神與中國無異。

鑑於上述論述存在未盡之處，中田氏此後又重新檢討、搜集史料，撰成一篇百餘頁長文，以“先秦時期賞罰法的理論與實踐”“漢代以後律令的分化過程”這一上、下篇的形式，論述中國的律令法體系。<sup>③</sup> 以下分而述之。

在上篇中，他首先分春秋、戰國兩個時期來考察“賞罰論”，春秋部分主要分為王道派和霸道派，戰國部分則分為大道派（莊子、慎子、尹文子）、霸道派（申不害、商鞅、韓非子）。其核心看法如下：

a - 1. 在王道派的論述中，中國古代的政治是以賞、罰為主軸進行運作的，

① 中田薰：《古法雜觀》，《法制史研究》（東京）創刊號，1951年；收入氏著：《法制史論集》第4卷，第1—67頁。

② 與中國法制史相關的這一部分曾被單獨，先行發表，即中田薰：《中國律令法系の發達について》，《比較法研究》第1卷第4號，1950年；收入氏著：《法制史論集》第4卷，第68—90頁。

③ 中田薰：《〈中國律令法系の發達について〉補考》，《法制史研究》（東京）第3號，1953年；收入氏著：《法制史論集》第4卷，第91—242頁。

賞罰大權為君主獨占，其中“刑”比“賞”更加受到重視，且刑罰的使用通常以道德為背景。

a - 2. 對於霸道派而言，法治是治道之本，輕視賞罰所具有的教化價值，偏重功利性的工具面，將它視為統御人民的政策手段，其代表性人物管仲的法理論與賞罰論的核心要義包括法必須被嚴格遵守、只有嚴格守法才能維護君主獨裁、為保持法之嚴正而須禁止私議、法令賞罰必須本乎道德。

a - 3. 在莊子看來，雖然法是正名分、護秩序的治國手段，但禮法賞罰都是治道之末。

a - 4. 慎子也以賞罰為法之本質。此外有三點令人感興趣，一是“立天子以為天下，非立天下以為天子”，二是“法雖不善，猶愈於無法，所以一人心也”，三是用“投鈞以分財”“投策以分馬”來比喻法律，強調公平、去私。

a - 5. 尹文子的學說有兩個特徵，其一是“法術”與“刑名”的結合，其二是以“術”和“勢”作為法律行用的手段，不過相較於韓非子，其名分術勢說尚不徹底，至於其具體的法理論，以老子的大道學說為基礎，以法治作為道治的輔助手段，即在“道不足以治”時才能依次用法、術、權、勢，“有為之治”終歸難及“無為之化”，而他所謂的“法”同樣也是專屬於君主的賞罰之權，只不過在勸善罰惡的功能之外，還有調整貧富不均的作用。

a - 6. 申不害是受到老子思想影響的現實派法術家，謳歌獨裁政治，將賞罰視為法的功能，要求君主嚴格遵守法律。

a - 7. 商鞅學派的核心論點是人性好生惡死，這是賞罰的基礎，所以要重罰而輕賞、少賞，要求法規詳密、為民衆所周知、徹底丟棄仁義道德、治國唯法（包含君主應嚴格守法、不得任私議而亂法、以強力推行嚴刑且一視同仁），主張賞罰的功能不僅在於表彰有功有能之人、懲罰奸邪之徒，還應獎勵告奸，並達到貧富均一的效果，其政法論的最高目標就是富國強兵，這種法至上主義、反道德主義、重刑主義、農戰主義等發展出來的帝王獨裁政治，最終為秦始皇所實現。

a - 8. 韓非子之說多本於法家前輩，少見個人發明，是法術論的集大成者，其主要看法包括法以賞罰為本，要徹底拋棄仁義，唯法而治，在輕罪重刑的同時，要少賞、厚賞（與商鞅有別），賞罰之權需由君主獨占，須嚴格監督官僚，以免

大權旁落，至於其法理論中值得特別關注的是刑名論，將刑名與法術更加緊密聯結起來。

總之，上述王道派與法術派的思想在漢代以後依然兩相對立、剛柔並濟，尤其是法術派的思想為歷代政治家、法律家所重視，其對實際立法的影響或許不在律令方面，而在於作為副法的“科”等法源中。

接著，他對春秋戰國時期各國的法令進行了系統梳理。首先提出了理解政法與賞罰關係的三個前提，其一是奉法守職的原則，即官僚奉行君主的命令並忠實地執行；其二是法的實質性特徵，即法令是君主頒給臣僚，作為他們執行國政的準則，全是公法，只是間接起到保護民衆權益的功能；其三是法的形式性特徵，即法令直接或間接地以刑罰為強制執行之保障，是刑罰法。

在此之後，他在“刑罰法”之下，根據法令規範的內容，分列官吏法、地方行政法、倫理法（維持淳風美俗之法）、治安法、產業法、賦役法、軍法、雜法（隨專制君主的自身嗜好而肆意頒布的規範）；在“慶賞法”之下，分列賞罰兼有之法、懸賞法、純粹的賞令（賞功令、示民以信之令）；又以一些具體實例，解釋了所謂的“無賞罰法”（既無賞、亦無罰的單純命令），由此說明，即使是慶賞法和無賞罰法，背後依然以刑罰為實施之保障，霸政時代是刑罰萬能的時代。最後，他將這些法分為“刑書”與“教令”兩大類，指出無論是賞還是罰，都並存於這兩類法律之中，並再次申說二者之間的主副、幹枝關係。

在下篇中，他逐次討論漢代以後的法律形式，即漢代的律典、令典、比及科、軍法、章程及傍章、章句、故事，曹魏的律典、令典、科，西晉的律典、令典、科，西晉以後的律典、令典、科及格、式。其核心論點撮要如下：

b - 1. 漢代律典是由春秋戰國時期的“刑書”發展而來，其中李悝《法經》存疑，商鞅改法為律之事亦乏確證，六篇之分或是戰國末期的法律家所為。漢律九章內容錯雜，由此產生條文重新整合與歸類、新增篇目的需求，在現實中以制定單行令和單行律的方式加以滿足，而九章律被稱為“正律”。從整體上來說，漢律依然是國務執行的準則，直接或間接地以刑罰作為強制實施的保障，從性質上說還是刑罰法，不過其中蘊含著向非刑罰法“令”轉化的因子。

b - 2. 漢代的令包括干支令和事項令（特別令書）。就干支令的編纂方式而

言，並非是將每代前帝的詔令分別編修成一套單獨的令典，而是在最初編纂的令典各篇中陸續追加插入新的詔令，也並非將前帝生前所有的詔令都編修入典，而是只收錄帶有“著令”文字的詔令，這種做法大概在東漢後期或曹魏時發生變化，改為皇帝的詔令在發布之時就編入令典；就事項令的編纂步驟而言，首先是官吏將與自己職務相關的詔令集錄為“挈令”（官修還是私撰，不明），然後在“挈令”的基礎上，對干支令典中所收的詔令加以整理、修補，再編纂單行的特別令書，這是隨著干支令典內容不斷增多而分化出來的；干支令典分化的另一途徑，是將令條修補、改變之後，變成單行律書，實現律、令之間的轉化；從規範性質上言，漢令兼有賞、罰兩種法律效果，延續了此前的特性。

b - 3. 漢代的“比”是在斷罪無律令正條的情況下，經特別奏請，允許比附類似條文而形成的“類例”；科則是“比”的集成，是經三公議定、皇帝下詔頒布的補充律令的副法；“軍法”包含賞功罰罪以及懸賞等內容；“章程”是曆法及度量衡制度；“傍章”並非法律，是補充法律的禮法，被後世稱為“漢儀”，開歷代禮典修纂之先河；律令章句是明法家利用經書和古典注釋，解釋律令條文的意見，也為司法裁判所引用，應被稱為“儒家法”；“故事”是與“科”“比”類似的適用律令的慣例集。

b - 4. 曹魏律典在表面上是編修舊律而成，實質上是將漢律、令、單行律、科條等網羅起來，重新增刪、編排的綜合性立法，試圖解決漢律龐雜、適用不便的難題，其立法技術的進步也是漢代以來法學空前發展的結果；令典則一分為三，“郡令”與地方制度相關，“尚書令”與中央政府相關，“軍中令”與軍事相關，此外還有特別的單行令；曹操為漢相時曾頒布過“甲子科”，此後可能還制定過新科或修改過舊科，作為律令的副法。無論是律還是令，從性質上說依然是刑罰法，但也都包含賞法。

b - 5. 西晉的立法貫徹律為“肅正法”、令為“教諭法”的根本方針，通過律、令轉化等方式，將律典變成純粹的刑書，令典變成非刑罰法（含賞法），將“科”作為律的副法。因此晉令的部分篇目由漢代干支令及單行詔令轉化而來，部分條文則由漢魏律令所定某一犯罪的構成要件轉化而來，而相應的刑罰則保留在律文中。

b-6. 西晉之後，各朝都在泰始律、令的基礎上持續修法典，它們的篇目屢有增刪、分合，亦可呈現律、令轉化的過程，直至唐代方告定型；在此期間，作為律令的比附之法“科”逐漸受到重視，北魏以後改名為“格”，而隨著律、令性質的分化，從理論上說，“格”既包含“律比”（比附律條），也有“令比”（比附令條），但以“律比”為主，是對律、令這兩種根本法典進行隨時修補的法律形式；至於“式”作為具有特定內容的法律形式，始於西魏《大統式》，中華法系固有的“律令格式”體系至隋代終於得到確立，隨著唐代中後期“格後敕”的出現，宋代又轉變為“敕令格式”體系。

這篇宏論是中田氏諸多成果中難得的純中國法制史論文，但作為上述《古法雜觀》的深化思考，它依然處在比較法制史的延長線上。然而，就其對於中國法制史學的意義而言，該文將法律思想史和法源史勾連起來，縱論先秦至唐宋，引述賅博，論證綿密，尤其是在秦漢法源史的論述中，隨處可見對沈家本、程樹德等的商榷之說，試圖超越前人，廓清秦漢律令的性質、形式、結構及相互關係，可謂精彩紛呈，“含有諸多謎團的漢令性質，經此系列論考，得到了劃時代的闡明”，<sup>①</sup>法科派對於法律體系的敏感性亦由此可窺一斑。當然，其不足之處也相當明顯。如內田智雄曾指出，上下兩篇之間的內在聯繫較為鬆散；尤其是上篇，所用史料未經嚴格的文獻學考證、批判，不宜一律視為“春秋時代”的文本；對於學派的劃分，既然沒有采用傳統標準，那麼理應從思想家的立場、思想史上的定位等角度闡明分類的合理性。<sup>②</sup>

## （二）一般性比較中的東洋法制史研究

參考前述石井氏之說，歷史性比較並非中田氏學術的特色所在，其超人的外語能力在一般性比較中更能顯現出優勢。雖然這種比較的核心關注點基本是日本，但也會將中國及其周邊地域作為一個參照對象。以下按照前述一般性比較的分類，略作評介。

① 滋賀秀三：《中國法制史論集——法典と刑罰》，東京：創文社，2003年，第406—407頁注21。此一評價的漢譯文，照錄自徐世虹：《百年回顧：出土法律文獻與秦漢令研究》，《上海師範大學學報（哲學社會科學版）》2011年第5期，第71頁。

② 內田智雄：《中国の法制史について：中田薰博士の〈『律令法系の發達について』補考〉にちなんで》，《同志社法學》第7卷第5號，1956年，第10—12頁。

馬端臨的《文獻通考·四裔考》搜羅了與中原漢族政權有所往來的其他民族的地理、歷史、法制、風俗等相關史料，中田氏認為，以比較法制史的眼光來看，其中保留了許多有趣的、關於原始人或半開化民族的事實，為歐美研究者所不知，可謂“未知的新史料”。因此，他立足《文獻通考》，旁及其他漢文史料，鈎稽出中國境內及其周邊民族的相關習慣（法），並結合世界其他地區的不同民族（歐洲、非洲、北美洲、澳大利亞以及西伯利亞、印度、波斯、阿拉伯、猶太人等）的相關風俗，予以解說、比較。所論具體內容共計 20 項，分別是掠奪婚（未經同意就搶奪，或介於未獲同意就搶奪和搶奪後出賠償金以獲得同意之間，或以掠奪為婚姻儀式）、買賣婚（與交付聘財有別，且有男買女、女買男兩種）、勞役婚（買賣婚的變種，或以此充當聘財）、翁婿避忌（掠奪婚的消極影響，如女婿至妻家不拜父母，或岳母送女至夫家，女婿避而出逃）、夫妻牽手以成婚禮、男子成婚後與父母分財別居、未婚男女集體聚會以擇偶、母權制、夫妻婚後在娘家住到產子、夫婦婚後各自別居、入寮（男女婚後須在女家附近所建婚房中暫居，在一定期限後返回夫家）、同姓婚（含只能同姓相婚、允許同姓相婚、禁止同姓相婚三種）、收繼婚、兄弟共妻（孩子歸長兄）、淫女貞婦（女子可在婚前隨意與人發生性行為，且以性夥伴多為榮，婚後則需從一而終）、女市（在龜茲之例中，頗難判斷公開的女子買賣是否以嫁娶為目的）、丈夫與妻子同卧待產的儀式、烹食與輕賤老人、刑法（復仇與贖罪、以倍贓處罰盜罪、對奸罪的處罰、報應刑、示衆刑、廢除死刑、肉刑、象刑、其他奇特的刑罰）、神判（飲藥、沸鍋取物）。<sup>①</sup>

上文對於“神判”未予多論，原因是中田氏曾在 15 年前發表過專文，以日耳曼法為參照對象，討論古代亞洲各地區的神判，利用的文獻主要是中國與日本的史料，也徵引歐洲學者的研究著作。因為西方法制史學者普遍認為印度是全世界最流行神判的地方，所以他的論述也以印度為核心展開，首先概括古代印度成文法規定的八種神判（與日耳曼法相比，只缺雙方決鬥式神判），如火神判（握著燒紅的鐵丸，在地上畫圈，或用舌頭舔燒紅的鐵棒，以手掌或舌頭有無被燙傷為判斷）、水神判（將人淹沒在水中，以能否憋氣超過一定時限為判斷）、稱

<sup>①</sup> 中田薰：《馬端臨の四裔考に見えたる比較法制史料》，《法學協會雜誌》第 37 卷第 11—12 號，1919 年；收入氏著：《法制史論集》第 1 卷，第 698—738 頁。

神判(用秤稱量體重兩次,前後相比,輕者無罪,重者或相等者有罪)、毒神判(吃下特殊毒藥,以中毒與否為判斷)、神水神判(將詛咒過的惡魔像浸入水中並吞服,以兩三周內有無患病遭災等為判斷)、嚼米神判(限於盜竊罪,咀嚼神前供奉的白米並吐在無花果或樺樹葉上,以口中是否出血或牙齦是否有傷為判斷)、沸油神判(徒手從煮沸的油鍋裏撈錢,以是否受傷且有無撈起錢幣為判斷)、抽籤神判(取兩塊木片,一塊以黑色畫上正神之像,另一塊以白色畫上邪神之像,誦讀咒文並供以黑白二花後,置於容器中,以抽到哪塊木片為判斷)。當時印度各種法典規定的方法、程序或有差別,民間習慣也可能對此有所變造,但核心要義不脫上述八種;然後逐一列舉西藏的探湯神判、阿拉伯的鐵火神判、希伯來的吞水神判、波斯的鐵火神判,馬來半島和越南等地的水神判、沸油神判、雙方決鬥神判、天獄神判(將原被告關在小石塔內禁閉,以數日後是否發病為判斷)、探湯神判、鐵火神判、鰐魚或猛獸神判、嚼米神判等;至於東亞,他認為受儒家感化力的影響,中國和朝鮮目前鮮見神判制度的實證,而日本在上古時期一度流行(盟神探湯和毒蛇神判),此後因儒家思想傳入,千餘年絕迹,又因佛教繁榮,神秘主義復興,至足利時代再度出現(如訴訟中的起請文),戰國以後則頗為盛行(湯起請、鐵火、神水、取鬪)。<sup>①</sup>三年後,他又重啟這一話題,補充了琉球的毒蛇神判,日本的參籠起請、強文、鬪取、村起請、落書起請的實例以及湯起請的方式。<sup>②</sup>

上述三文被石井氏認為是運用“世界史式對照法”的典型研究,以西洋法系為主要參照對象,在相同的歷史發展階段內,與包括中國在內的東洋各國、各民族進行比較。中田氏的另一比較方法是“進化論式對照法”,如他通覽印度、波斯、希臘、羅馬、猶太、阿拉伯、伊斯蘭、日本等宗教思想與法律制度,闡述宗教上的污穢與清淨觀念,並選取犯罪穢(因犯罪而產生污穢)、民衆穢(因個人犯罪或其他罪惡導致整個國家、民衆感染污穢)、出產穢(產婦、嬰兒因生產而沾染污穢)、死亡穢(尸體帶來的污穢)及其除穢之法,論述它們與法律的關係、對法律

① 中田薰:《古代亞細亞諸邦に行はれたる神判》,《法學協會雜誌》第22卷第3號,1904年;收入氏著:《法制史論集》第3卷(下),第922—934頁。

② 中田薰:《古代亞細亞諸邦に行はれたる神判補考》,《法學協會雜誌》第25卷第9—10號,1907年;收入氏著:《法制史論集》第3卷(下),第935—957頁。

的影響。就犯罪穢的清除而言，除科以俗法上的刑罰外，還需實施神法上的悔罪，而隨著歷史的發展，後者逐漸為前者所吸收，刑罰慢慢具備了宗教上除污去穢的意義；就出產穢而言，在嬰兒降世之後，因身染污穢，需在清除期限之後，才能決定是否取名，作為是否納入家族、賦予完全人格的標誌，並以此理解《儀禮》“子生三月則父名之，死則哭，未名則不哭”的中國傳統；就死亡穢而言，印度基於清除污穢產生的喪穢期及其儀式，與中國基於哀戚死者而產生的喪服禮制高度相似，由此推論印度因宗教觀念濃厚，所以喪穢期吸收了哀戚期，而中國因儒家的倫理教化，使得喪服所代表的哀戚期吸收了喪穢期。若從全世界宗教與法律進化的歷程來看，宗教上對犯罪穢的清除逐漸與刑罰混同並最終被取代，嬰兒的除穢觀念也逐漸與命名、賦予人格的儀式相分離，喪穢觀念與哀戚情感混同所產生的喪期制逐漸排除了除穢觀念，由此可知法律的進化趨勢是法律自身逐漸清除觸穢的觀念；<sup>①</sup>又如他曾逐一臚列巴比倫法、猶太法、印度法、希臘法、羅馬法、日耳曼法、法國法、德國法、英美法、中國法、日本法中有關代位繼承的規定，其中將中國唐代繼承劃分為爵位繼承（不適用代位繼承）和財產繼承，又將財產繼承劃分為普通財產繼承和食封繼承，普通財產繼承區分兄弟之中一人早逝和兄弟俱亡兩種情況，若兄弟俱亡，則由所有的孫子輩均分祖父遺產，與德國中世的制度相同；後者不論是何種情況，都是由死者的兒子繼承父親的份額，與羅馬法相同。而到了明代，文武官員襲蔭法一改唐代襲爵的規定，允許代位繼承，這就符合全世界範圍內代位繼承逐漸擴張適用的總體趨勢。<sup>②</sup>

至於中田氏最具特色的“一般的對照法”，目力所及，似乎只有一篇札記中的第二節以中國的喪服制為核心，與古日耳曼法的“從兄弟制”（Vetterschaftssystem）相比較，其結論是在中國古代的親族法中，存在與古日耳曼法 Vetterschaftssystem 一樣的兄弟制，而中國古代的親等計算法也與古日耳曼法的原理完全相同。<sup>③</sup>

① 中田薰：《古法と觸穢》，《國家學會雜誌》第 31 卷第 10—11 號，1917 年；收入氏著：《法制史論集》第 3 卷（下），第 1189—1236 頁。

② 中田薰：《代位相統法沿革一斑》，《法學協會雜誌》第 36 卷第 12 號，1918 年；收入氏著：《法制史論集》第 1 卷，第 321—350 頁。

③ 中田薰：《古法制三題考》，《國家學會雜誌》第 26 卷第 6 號，1912 年；收入氏著：《法制史論集》第 1 卷，第 23—38 頁。

石井紫郎認為，兩個被比較的對象既有相似之處，也有不同的地方，中田氏似乎有意忽略了不同的一面，強調二者的相似性或同一性，這可能與他受德國法史學強烈影響的學問素養有關，即執著於近代式的分類邏輯和法教義學的概念構成，如以非 A 即 B 的思維定性某些法律現象，否定又 A 又 B 的可能性；又如認為抽象概念可以涵攝具有共通性的法律現象，從而遮蔽了現象之間的差異性。<sup>①</sup> 但無論如何，上述有限的研究實例所展現出來的中田氏超邁前人的學術視野，迄今仍令後學如我等欽佩不已。

### 三、結論

中田氏曾評價自己的老師宮崎氏如仙人一般，其門生石井良助則認為中田氏恐怕是具有古武士風采的最後的東大法學部教授。<sup>②</sup> 應當說，這一評價確實十分恰當，若非有極其堅毅的性格以及對自己的嚴苛要求，恐怕很難取得如此驚人的學術業績。

他曾分享過自己早年的研究經驗：大學畢業後進入大學院，開始莊園研究，白天在學校裏調查研究古文書，晚上就在家中閱讀德國法制史之書。<sup>③</sup> 這種工作習慣似乎始終沒有改變，如石井紫郎曾言，在中田氏的履歷中，除了評議員、學部長以及附屬圖書館相關的工作外，看不到其他任何職務，每天上午十點半左右進研究室，直至傍晚，一直埋頭於日本法史相關的研究，而回家之後，就從事西洋史相關的工作，全身心地投入到個人研究與學生指導上，對於學校以外的活動、研究會組織等都毫無興趣。<sup>④</sup> 正因如此，他還能在擔任法學部長、處理繁劇公務之餘，連續完成並發表《明治初年に於ける村の人格》（1927 年）、

① 石井紫郎：《中田薰》，《日本の歴史家》，第 120—123 頁。

② 石井良助：《日本法制史学 88 年——東京大学における》，《國家學會雜誌》第 81 卷第 1、2 合併號，1968 年，第 123 頁；石井良助：《中田先生の業績について》，《法制史論集》第 4 卷，第 327 頁。

③ 石井良助：《日本法制史学 88 年——東京大学における》，《國家學會雜誌》第 81 卷第 1、2 合併號，1968 年，第 116—117 頁；石井良助：《中田先生の業績について》，《法制史論集》第 4 卷，第 320 頁；石井良助：《中田博士の法制史の比較研究法について》，《國家學會雜誌》第 82 卷第 7、8 合併號，1969 年，第 136 頁。

④ 石井紫郎：《中田薰》，《日本の歴史家》，第 116 頁。

《明治初年の入會權》(1928 年)兩篇大作，當時的他已屆知天命之年；而且他曾大力推動東京大學退休制度的出臺(領先於日本其他大學)，在他退休前數年，東大校內開始出現延遲退休論(涉及養老金等問題)，中田氏則宣稱即使延長退休年齡，自己也打算年滿 60 歲即退，並在退休時謝絕了名譽教授稱號，<sup>①</sup>體現了毫不戀棧、一心問學的精神。

久保正幡曾總結中田氏的遺產有三：弟子、藏書與著書。弟子與著述已如前述，此處僅就藏書再作申言。如前所述，中田氏的藏書有兩次較大的毀損，具體書目及數量很難得知。然而，僅就東京大學法學部研究室之“中田先生舊藏比較法制史文庫”來說，他曾於 1944 年 3 月手訂目錄，分列“日耳曼、德意志法及其法制史，英吉利法制史，意大利法制史，斯拉夫民族法制史，法蘭西法制史、法蘭西法，寺院法，羅馬法，希臘法，希臘與拉丁作者(Auctores Graeci et Latini)，楔形文字法，猶太法，學術用聖經譯本及注釋書類，阿拉伯法，回教法，埃及法，波斯、亞美尼亞法，印度法，蒙古法，比較法、原始法、原始社會，法律哲學、政治理論，歷史地理、考古及雜，東洋語學關係書”等項，總計 890 部西文書(部分毀於戰火)。<sup>②</sup> 也只有如此廣闊的閱讀範圍，才能形成其獨具特色的比較法制史研究風格。

當然，他的研究也不可避免地留有時代的局限性。如日本近代以來的法史學研究深受德國法史學的影響，而德國法史學本身又受到當時德國公法學的影響，嚴格區分“法之用”與“政之用”，而且這一“法之用”又體現了當時德國法律實證主義的思維，是一種極為狹窄的概念，因此中田氏的法史學具有強烈的靜態制度史色彩。第二次世界大戰以後，這種古典式的法史學受到了方法論上的批判。而這一批判受到風靡當時法學界的法社會學的影響，在歷史唯物論的指導下，學界普遍開始重視“社會、經濟的背景”，畢竟法律是反映經濟基礎的上層建築。<sup>③</sup> 雖然這一反思指向的是中田氏的日本法制史研究，但其風格自然也體

<sup>①</sup> 石井良助：《日本法制史学 88 年——東京大学における》，《國家學會雜誌》第 81 卷第 1、2 合併號，1968 年，第 121、124 頁；石井良助：《中田先生の業績について》，《法制史論集》第 4 卷，第 325 頁；石井良助：“中田薰”，《國史大辭典》第 10 卷，第 603 頁。

<sup>②</sup> 久保正幡：《中田薰先生の遺されたもの》，《圖書》第 254 號，1970 年，第 27 頁。

<sup>③</sup> 參見石井紫郎：“日本法史學”，《社會科學大事典》第 17 卷，第 15 頁。

現在東洋法制史研究上，而且即使是在二戰之後，他對東洋法制史的關注也依然集中在以律令為核心的法源史上，這就是狹義的“法之用”。而他的得意門生仁井田陞雖然一開始也側重於律令研究，但很快就受到法社會學的影響，以飽滿的熱情投入中國的農村與會館調查，並積極介入當時的時代區分論戰，這都體現出日本法史學範式的轉型。

[作者趙晶，中國政法大學法律古籍整理研究所教授]