

# 唐律不應得為罪的當代思考<sup>\*</sup>

黃源盛<sup>\*\*</sup>

## 要 目

- |                        |                           |
|------------------------|---------------------------|
| 壹、序說                   | 肆、從近世刑法原理聯想唐律<br>不應得為罪    |
| 貳、不應得為罪的歷史淵源<br>及其理論基礎 | 一、從不應得為罪透視唐律<br>罪刑法定的虛與實  |
| 一、律條溯源                 | 二、從不應得為罪探討唐律<br>禮與刑的糾葛    |
| 二、處罰根據                 | 三、從不應得為罪考察唐律<br>罪的概念與立法技術 |
| 參、唐律不應得為罪的義理<br>與實際    | 伍、結論——不應得為罪對後<br>世的影響及其流變 |
| 一、律文釋義                 |                           |
| 二、律疏定例舉隅               |                           |
| 三、運用實態                 |                           |

\* 本文初稿曾於 2004 年 5 月 23 日在台灣大學東亞文明研究中心所舉辦的「東亞教育與法制研究的新視野」學術研討會上宣讀。謹以本文獻給自台大歷史系榮退（2004.7.31）的高明士教授，感念先生從 1995 年 2 月以來，持續不斷的主持「唐律研讀會」，成效斐然。尤其，先生在 1999-2001 年職司系務時，筆者承邀至該系講授「中國刑法史」及「中國民法史」，開啟台灣法學界與史學界的學術交流，實為科際整合成功的推手。

\*\* 國立台灣大學法學博士、國立政治大學法律學系教授。

## 摘 要

在傳統中國刑律中，有一名為「不應得為罪」者，其涵義係指律、令雖無專條禁止，但據「理」不可為的行為。此類行為，無所不包，難以概舉，要之，皆屬違反當時代「禮」與「理」的社會價值觀念者。也就是說，一切違背倫理義務的反道義行為，或違反基本生活秩序的行為，若不能運用輕重相舉條，又毫無比附之餘地時，為落實情罪平允的實質正義理念，皆可歸入「不應得為」，而援引此條予以科罰。

以《唐律》言，「不應得為罪」形式上列在〈雜律篇〉之末，屬於所謂的「正條」，惟其內容則大異其它正條之趣。在英文翻譯上，有人將其譯為「catch-all statute」，其立法用意實在耐人尋味。想問的是：「不應得為」條的法源可溯自何時？處罰的根據何在？律令既無明確犯罪的構成要件，其「應」與「不應」的界限究竟在哪？違反事理「輕」與「重」的基準又在哪？如何從《唐律疏議》本身的疏釋例示，來正確解讀其涵義？而從現存的斷簡殘編判文中能否窺見其運作實態？從當代刑法觀念，可能聯想到那些相關問題？它對後世的中國及近鄰的日本又產生了何等影響？

凡此疑問，皆屬帝制中國刑律之要者，而中外法史學界相關的論述相當少見，即使有，也多語焉不詳；本文嚐試深入律意，舉例闡釋，並參酌近世刑法原理，企圖作較詳盡與突破性的申義與論理。

關鍵詞：不應得為 唐律 罪刑法定 禮與刑 立法技術