

甲编 传统法制之会儒家化与现代化

第一章 中国传统法制儒家化之登场体系化

——以两汉春秋决狱为切入点

第二章 我国传统法制与“儒家化”之途穷及清末之法制改革

第三章 沈寄铨(家本):我国法制现代化之父

第一章

中国传统法制儒家化之登场与体系化^{*}

——以程树德所辑两汉春秋决狱案例为切入点

- 第一节 春秋决狱与中国传统法制之发展
——以“儒家化”为讨论轴心
- 第二节 管窥两汉法制略貌：春秋决狱滥觞之历史情境
- 第三节 董仲舒春秋决狱佚文之考释
- 第四节 两汉以春秋决狱之例考释
- 第五节 对本章所举两汉春秋决狱案例之一些补充讨论
- 第六节 对于两汉与后世刑制在严酷程度上之差异的一些观察
——以殴父罪及私为人妻罪为例
- 第七节 两汉春秋决狱制之法源性质：比附、类推与论理解释
- 第八节 两汉春秋决狱与我国法制之演进：“儒家化”及其体系化之问题
- 第九节 余言



^{*} 2004年12月4—5日于“中央研究院”“经义折狱与传统法律”国际学术研讨会中所作之主题演讲讲稿之部分内容，内容已稍作更动。

第一节 春秋决狱与中国传统 法制之发展

——以“儒家化”为讨论 轴心

春秋决狱或春秋断狱者，谓引据《春秋》以论断刑狱也。《春秋》，为儒家经典之一，故亦称为“经义决狱”。在儒家之经典中，《春秋》是最常被引用者；至于其他经典，如《诗经》、《礼记》、《论语》、《孟子》等有

时亦被引用。^①

春秋决狱滥觞于西汉,而延续流行于东汉。在中国古代法制的研究领域中,两汉春秋决狱,是一个值得特别注意的论题。这有下列数点的理由。

第一,两汉之以春秋经义决狱,为其实证法制之构成部分。质言之,两汉春秋决狱之实证法源,包括决狱时所采以比附律令之春秋经义。就此,程树德于《汉律考》、《律名考》序文中说:“(汉时)律令之外,又得以春秋经义决狱;是则并春秋经义亦得与律同视也。此皆与后世异者。”^②

程氏谓与后世异者,并不是说后世并无春秋决狱之事。^③ 不过,非如在两汉之流行并突显其重要性。故为了解两汉法制之全貌,对于其以春秋决狱之事例,自属不能忽视。

第二,汉朝继承了秦朝的天下,在思想和制度上(包括法制上),也接收并保留了若干秦的遗产——法家思想、政术及法家的严刑峻法。汉代之法典较之后世以浸润儒家的身份伦理为标榜的主流法典(包括晋之泰始律、唐律以及继承唐律之明清律等),自有若干落差。至武帝时,在思想上,标榜罢黜百家,而开“儒家支配”之局,则在法制上之逐步走向并落实瞿同祖所称之“儒家化”(Confucianization)^④,俨然已蔚为一时的主流价值之要求。同时,这也影响并奠定了其后中国法制发展的方向。而“春秋决狱”正是中国法制趋向“儒家化”的一个重要关键与指针。

① 如董仲舒春秋决狱事例中:001“拾道旁弃儿以为养子”条引《诗经》,003“放一条”引《礼记·曲礼》,004“武库卒盗穹”条引《论语》;两汉春秋决狱事例中:012“奉使矫制”条引《孟子·滕文公篇下》,014“悬首示众”条引《礼记·月令》是。参阅本文第三、四两节所引各本条。

② 程树德:《九朝律考》,11~12页,台北,台湾商务印书馆,1965。

③ 在程树德的《九朝律考》中,曾考出各朝春秋决狱事例计(曹)魏5条、晋10条、元魏6条、北齐1条、后周2条。不在本文析论之列。

④ 正式提出并阐明中国法制之“儒家化”(Confucianization)一词者为瞿同祖,参阅其英文著作 *T'ung-tsu Ch'u, Law and Society in Traditional China*, Mouton & Co., 1961, pp. 267~280, 陈寅恪氏于较早出之著作《隋唐制度渊源略论稿》中,亦曾使用“儒家化”一词;参见陈寅恪:《隋唐制度渊源略论稿》,108页,台北,台湾商务印书馆,1994。

上述之“儒家化”，是通过律法的制定、解释、适用以及执行的过程中推动并达成的。可以说，自独尊儒术之时起，受儒家熏陶出来（或标榜儒术）的人物即在法制之型塑与操作上，每居于具有支配性的影响力之地位。

第三，汉时，律令之外，其“得以春秋经义决狱”；这即关联到我国法制史上一个富于论争性之问题——我国古代法上有无罪刑法定主义及其内容如何之问题。因此，春秋经义被引以“决狱”之态样，与其作为法源上之性质如何，是否如程树德所言，经义与律同观，自应加以究明。此则又涉及我国法制之法律技术或法律方法问题，作者希望经由本文，对此问题为一些初步性的探讨。

基上，为论述中国传统法制之发展，必须以“儒家化”为其轴心。

在本文三、四两节中，拟就本文所征引之春秋决狱案例各条，先行解明其文义与所涉及之有关事项，然后简略阐明其决狱要旨。（本文所征引者计为董仲舒春秋决狱之佚文六条，加上程氏所辑两汉春秋决狱 24 条，合计 30 条，为引用便利计，兹予编号为 001～030。如 001 为“拾道旁弃儿养以子”之条、007 为“悉烧梁之反辞”之条。）

第二节 管窥两汉法制略貌：春秋 决狱滥觞之历史情境

有关久已佚失之汉律及有关两汉法制全貌之重建，近年来赖有新出土之资料可资凭借，已可期有更可观之成果。^① 本文对两汉法制略

① 如高明士之《云梦秦简与秦汉史研究——以日本的研究成果为中心》（《食货月刊》，复刊，第一卷第三期，1981）、永田英正之《中国云梦秦简研究现状》（《木简研究》，二号，1980）等论文皆对睡虎地秦简有所讨论。又张晋藩于讨论秦汉法制时，对 1975 年出土之云梦秦简、1983 年出土之张家山汉律竹简及秦狱书之资料，均有使用，亦可供参考，参阅张晋藩：《中国古代法律制度》，144、244 页，北京，中国广播电视出版社，1992。此前，为世人所熟知之辑本，则有沈家本（寄铨）之《汉律摭遗》、薛允升（云阶）之《汉律辑存》及《汉律决事比》，杜贵耀之《汉律辑证》，蒋超伯之《汉律》，汪之昌之《汉律逸文》等诸家，其中薛云阶之两书似乎尚未刊行。

貌之概述,系以《汉书·刑法志》(以下简称《汉志》)^①为出发点。《汉书》为东汉班固所著,其时距西汉未远,且该书向为历代所公认之官修正史,其叙述应具一定的可信度。

一、汉律继受秦律:商君惨刻寡恩之法及三代先王之法的余绪

我国自秦汉时起,就脱离了法制上的“上古时期”,而进入了法制上的“帝制时期”^②,并在广土众民的大一统帝国之体制下,相继制定律典。西谚有云:就政治上而言,活人实为死人所统治。汉代秦而起,《汉志》虽言其“黜削烦苛”且“务在宽厚”,并称秦为“暴秦”,然此实为其于政治上对秦政之贬抑或否定,汉律于一定程度上,仍不能不谓是继受秦律而来,并在秦律的基础上继续发展。

《汉志》称:“汉兴,高祖初入关,约法三章曰:‘杀人者死,伤人及盗抵罪’。黜削烦苛,兆民大说。其后四夷未附,兵革未息,三章之法不足以御奸,于是相国萧何韞摭秦法,取其宜于时者,作律九章。”惟《汉志》未就萧何如何韞摭及取舍秦法加以引申,乃有后人臆测之较大空间。按世人多以秦律为商鞅之律,其特色为法网严密,上至军国大事,下至人民日常生活,法律皆有所规范,且惨刻寡恩,对轻罪即处以严刑。^③以连坐法为例,依《史记·商君列传》之记载:“令民为什伍,而相收司连坐,不告奸者腰斩,告奸者与斩敌首同赏,匿奸者与降敌同罚。”^④秦国即赖之以建立如近世警察国家般之恐怖统治。而依《汉志》之记载,至文帝时,曾废除相坐之法,故而可知汉律亦曾有相坐之法。虽然,吾人尚无资料可断言汉律之相坐之法,究系直接承续秦律而来或在后此之汉初某一时期“复古”而制定,但汉律至少在初

① 《汉书》有《刑法志》,然《后汉书》并无《刑法志》,丘汉平编著之《历代刑法志》中之“后汉·刑法志”,为丘氏搜集史料增补之作,参阅丘汉平:《历代刑法志》,37~124页,台北,丘宏达发行,1965。

② 滋贺秀三认为中国法制史可分为上古时期与帝制时期,而上古时期即春秋之前的时代,帝制时期即秦汉以后的时代,见滋贺秀三:《中国上古刑罚考——以盟誓为线索》,载《日本学者研究中国史论著选译》,1页,北京,中华书局,1993。

③ 林剑鸣:《秦史稿》,上册,287~288页,台北,谷风出版社,1986。

④ 司马迁:《史记集解》,528页,台北,成文出版社,1971。

期,仍保留了一定程度的“惨刻寡恩”的秦制,要为事实。惟另一方面,则如沈家本所言,商鞅之律乃渊源于李悝之《法经》,而《法经》又是李悝“撰次诸国法”而成,因之商鞅之律可能仍保留了若干三代先王之法。^①而《汉志》于征引汉代有关老小及疾有犯之诏令^②时,曾指出此乃是本于《周官》“三赦”^③之遗制,且《汉书·惠帝纪》称:“民年七十以上若不满十岁有罪当刑者,皆完之。”^④故吾人似可推定,在武帝罢黜百家,及中国法制逐步有意识地走向瞿同祖所谓之“儒家化”之前,这些三代先王之法中与儒家主流价值相容之部分,就已有在承袭秦律之汉朝法制中存在者。其适例,如汉律殴父律(005)及私为人妻(006)表现的对尊尊卑卑身份伦理之维护。又如以子讼父者弃市,论者以为原为秦法^⑤,果尔,则后世有关“干名犯义”之法,或可上溯至

① 沈家本于《汉律摭遗》之自序中言:“鞅之法受之李悝,悝之法撰次诸国,岂遂无三代先王之法存于其中者乎?……萧何于是鞅摭秦法,取其宜于时者,作律九章。其三章何所增其六章?即李悝之法经也。是汉法亦本于李悝,而参之以秦法,非取秦法而全袭之也。”按三代先王云云,为我国历代儒家所奉为圭臬之理想境界,沈氏此言,是吾人检讨汉律时,应纳入考量者。另可参阅堀毅:《秦汉贼律考》,载堀毅:《秦汉法制史论考》,336页,北京,法律出版社,1988。沈家本之言,见《沈寄铨先生遗书》,甲编下册,579页,台北,文海出版社,1964。

② 《汉志》称:“至孝宣元康四年,又下诏曰:‘……自今以来,诸年八十非诬告杀伤人,它皆勿坐。’至成帝鸿嘉元年,定令:‘年未满七岁,贼斗杀人及犯殊死者,上请廷尉以闻,得减死。’合于三赦幼弱老耄之人。此皆法令稍定,近古而便民者也。”参阅班固:《汉书》,1146页,台北,成文出版社,1971。类此之规定,不但为汉律所采,且为后世律典(包括晋律及其以下)所承续,并益为完备。若以现代刑法学之观点观之,则此系责任能力之问题,属有责性之范畴。惟在两汉时期,君上颁布此诏,实体现了统治者矜恤之观念。而《汉志》所谓近古,盖“三赦”,早于《周礼》中已可得见之故。参照桂齐逊:《刑事责任能力》,载《唐律与国家社会研究》,126页,台北,五南图书出版股份有限公司,1999。

③ 《汉志》称:“三赦:一曰幼弱,二曰老耄,三曰愚愚。”参阅班固:《汉书》,1146页,台北,成文出版社,1971。

④ 班固:《汉书》,930页,台北,成文出版社,1971。

⑤ “公羊文十六年,何休引汉律,无尊上、非圣人、不孝者,斩首梟之。乡先哲刘逢禄《公羊释例》谓为秦法。”此据董康:《刑法宜注重礼教之刍议》,收《中国法制史讲演录》,香港,波文,惟其未有注明刘逢禄之依据。此文发表之正确时间不明,惟据作者推算,当在1930年前后。

秦律矣！

外籍学者中，有对历来相关文献中，关于《法经》及汉《九章律》及其作者等项之记载，提出若干质疑。但其仍指出萧何“将秦代留下来的交错复杂的法律整理了一下”。^① 此一观点，当可与本文所主张之汉律乃是继受秦律而来的观点，相互参证，而获得肯定。

二、除肉刑

据《汉志》称，孝文十三年：

丞相张苍、御史大夫冯敬奏言：“肉刑所以禁奸，所由来者久矣。陛下下明诏，怜万民之一有过被刑者终身不息，及罪人欲改行为善而道亡繇至，于盛德，臣等所不及也。臣谨议请定律曰：诸当完者，完为城旦舂；当黥者，髡钳为城旦舂；当劓者，笞三百；当斩左止者，笞五百……臣昧死请。”制曰：“可。”

学者有认为于中国法制史上之“上古”时期，重视肉刑（身体毁伤刑）为其时刑罚的特色之一，而当时的刑罚体系中心乃所谓的五刑，其中之大辟乃生命刑，墨、劓、刖、宫则属身体毁伤刑。^② 主张中国刑罚起源二元论者，认为五刑（生命刑及身体毁伤刑）乃是用以施于异族之人，放逐刑与赎刑则是用以施于同族之人。梁启超则将历史之初想定为氏族国家，认为五刑不施于族人（大夫），而是施于与族人无血缘关系的异族之人（庶人）。滋贺秀三却认为五刑乃是于战争状态下，因事态紧急、群情激动而动用，故其适用对象除敌俘外，亦包括了己方之违

① 陶安(Arnd Helmut Hafner):《法典与法律之间——近代法学给中国法律史带来的影响》，载《法史学的传承、方法与趋向》，478页，台北，中国法制史学会，2004。

② 滋贺秀三认为于中国法制史之上古时期，在法源和刑法的领域中，以盟誓之作用及肉刑为其特色，参阅滋贺秀三：《中国上古刑罚考——以盟誓为线索》，载《日本学者研究中国史论著选译》，10页，北京，中华书局，1993。

反军纪者。学者多有主张兵刑同一思想者^①,由此可略见其端倪。^②故而肉刑之被宣告废止,除为属恤刑之表现外,亦未尝不寓有于大一统帝国下,兵刑同一之观念日渐受到修正或分立之趋势。

对肉刑之起源及适用对象如何,学者虽有如上之多种不同见解,但肉刑之残忍,在当时即已为人所诟病。文帝之废除肉刑,为两汉及我国法制史上之大事,嗣后虽有短暂之反复,且《汉志》亦对废除肉刑之效果表示质疑^③,但自文帝始,肉刑之废除,基本上已为定制。其既表现了大帝国对于国家安全及内部秩序已有一定程度之自信,亦藉此实施了仁政,并进而展现恩威并济之“恩”的一面。

三、法制上的宽厚面与严苛面均见:汉家自有制度,岂能纯任德教!《汉志》曾盛言汉初刑制之宽厚,禁罔疏阔:

当孝惠、高后时,百姓新免毒蠱,人欲长幼养老。萧、曹为相,填以无为,从民之欲,而不扰乱,是以衣食滋殖,刑罚用稀。及孝文即位……惩恶亡秦之政,论议务在宽厚……风流笃厚,禁罔疏阔。选张释之为廷尉,罪疑者予民,是以刑罚大省,至于断狱四百,有刑错之风。

此足以显示法制上宽厚之一面。同时期且有废族诛、收律、相坐之法之事,就此,《汉志》先后曾称:“至高后元年,乃除三族罪、祆言令。”

① 学者杨鸿烈称之为兵刑一体,见杨鸿烈:《中国法律思想史》,88页,台北,台湾商务印书馆,1964。又学者陈顾远称之为兵刑合一,见陈顾远:《军法起源与兵刑合一——中国法制史上一个观察》,载《陈顾远法律论文集》,上册,496页,台北,陈顾远文集出版委员会,1982。

② 滋贺秀三:《中国上古刑罚考——以盟誓为线索》,载《日本学者研究中国史论著选译》,22页,北京,中华书局,1993。上述梁启超之见解亦引自此文。

③ 就文帝之废肉刑,《汉志》又称:“是后,外有轻刑之名,内实杀人。斩右止者又当死。斩左止者笞五百,当劓者笞三百,率多死。”则文帝轻刑之德意,实未贯彻,肉刑虽废,然其效不彰。