

中國傳統法制之儒家化之登場、體系化 及途窮——以程樹德編兩漢春秋 決獄案例為切入點

黃靜嘉*

本文首先徵引《漢書·刑法志》之記載數事，藉以管窺兩漢法制之略貌，指出春秋決獄登場之歷史情境。

本文依程樹德編《九朝律考》收錄兩漢春秋決獄案例三十條，包括董仲舒春秋決獄事例六則，及程氏所輯兩漢春秋決獄事例二十四條，逐條予以考證、分析，敘明其要旨，間或引現代刑法觀念及法制，以資評價、比較參考。

在兩漢春秋決獄三十條案例之補充討論一節中，作者指出漢代律令及刑制之嚴酷，其大部分的事例，依其本應適用的律令，其處刑當為死刑：棄市或梟首。作者也檢討了在經義適用時，是否嚴格地悉遵經義，及其於不同例案中，引據同一之經義時是否態度一致之處。作者亦以其中若干案例為例，指出其引據經義「比附」而擴張或限縮所應適用之律令時，其「比附」即類推適用之態樣；不乏可認為相當具有邏輯性之論理解釋，且符合現代刑法法理。

本文指出，兩漢春秋決獄為我國法制「儒家化」(Confucianization)之重要進程。蓋繼兩漢之後，曹魏之魏律及晉之泰始律，兩者皆被認為是後世系統性地走向儒家化法典之嚆矢，而出現於兩漢之春秋決獄，則宜認為我國法制儒家化之先導。

* 聯合法律事務所

本文檢視在一九〇二年沈家本肇始的法制現代化過程中，兩千年來歷代法典中，其本於儒家化之身份倫理而制定並實施之若干典型化條款終遭廢棄，從而展開了現代化之市民法制之建造，這標示了我國傳統法制與其「儒家化」之途窮。

關鍵詞：董仲舒 春秋決獄 中國傳統法制之儒家化 比附 中國法制之現代化

壹、引言：春秋決獄與中國傳統法制之發展—— 以「儒家化」為討論軸心

春秋決獄或春秋斷獄者，謂引據《春秋》以論斷刑獄也。《春秋》，為儒家經典之一種，故亦稱為經義決獄。在儒家之經典中，《春秋》是最常被引用之經；至於其他經典，如《詩經》、《禮記》、《論語》、《孟子》等有時亦被引用。¹

春秋決獄濫觴於西漢，而延續流行於東漢。在中國古代法制的研究領域中，兩漢春秋決獄，是一個值得特別注意的論題。這有下列數點的理由：

一、兩漢之以春秋經義決獄，為其實證法制之構成部分。質言之，兩漢春秋決獄之實證法源，包括決獄時所採以比附律令之春秋經義。而引春秋決獄亦可認為是兩漢法制之特點。程樹德於《九朝律考》中之《漢律考》序文中說：

（漢時）律令之外，又得以春秋經義決獄；是則並春秋經義亦得與律同視也。此皆與後世異者。²

¹ 如董仲舒春秋決獄事例中：01.「拾道旁棄兒養以為子」條引《詩經》、03.「放麇」條引《禮記·曲禮》、04.「武庫卒盜弩」條引《論語》；兩漢春秋決獄事例中：12.「奉使矯制」條引《孟子·滕文公篇下》、14.「懸首示眾」條引《禮記·月令》。上述編號是為引用便利，茲予編號，參閱本文參、肆所引各本條。

² 程樹德，《九朝律考》（臺北：臺灣商務印書館，1964），頁11-12。

程氏謂與後世異者，並不是說後世並無春秋決獄之事。³ 不過，非如在兩漢之流行並突顯。故為瞭解兩漢法制之全貌，不能忽視春秋決獄之事例。

二、漢朝繼承了秦朝的天下，在思想和制度上（包括法制上），也接收了若干秦的遺產——法家思想、政術及法家的嚴刑峻法。漢代之法典較後世以儒家身分倫理為標榜的主流法典（包括晉泰始律、唐律以及繼承唐律之明、清律等），自有若干落差。至武帝時，在思想上，標榜罷黜百家，而開「儒家支配」之局。在法制上逐步走向瞿同祖所稱之「儒家化」(Confucianization)，⁴ 儼然已蔚為一時的主流價值之要求。同時，這也影響並奠定了其後中國法制發展的方向。而「春秋決獄」正是中國法制趨向「儒家化」的一個重要關鍵與指標。

上述之「儒家化」，是通過律法的制定、解釋、適用及執行的過程中，推動並達成的。可以說，自獨尊儒術之時起，受儒家薰陶出來（或標榜儒術）的人物即在法制之型塑與操作上，每居於支配性之地位。

三、漢時，律令之外，「得以春秋經義決獄」；這即關聯到我國法制史上一富於論爭性之問題——我國古代法上之有無罪刑法定主義及其內容問題。因此，春秋經義後被引以「決獄」的情形，與其作為法源上之性質如何，是否如程樹德所言，經義與律同觀，自應加以究明。此則又涉及我國法制之法律技術或法律方法問題，作者希望經由本文，對此問題作一些初步性的探討。

由上所論，為論述中國傳統法制之發展，必須以「儒家化」為其軸心。

在本文參、肆中，擬就春秋決獄案例各條，先行解明其文義與所涉及之有關事項，然後簡略闡明其決獄要旨。⁵

³ 在程樹德的《九朝律考》中，曾考出各朝春秋決獄事例，計（曹）魏五條、晉十條、元魏六條、北齊一條、後周二條。不在本文析論之列。

⁴ 正式提出並闡明中國法制之「儒家化」(Confucianization) 一詞者為瞿同祖，參閱其英文著作 *Tung-tsu Chü, Law and Society in Traditional China* (Paris: Mouton, 1961), pp. 267-280; 陳寅恪氏於較早出之著作《隋唐制度淵源略論稿》中，亦曾使用「儒家化」一詞，詳參陳寅恪，《隋唐制度淵源略論稿》（臺北：臺灣商務印書館，1994），頁108。

⁵ 作者按，本文所徵引者計為董仲舒春秋決獄之佚文六條，加上程氏所輯兩漢春秋決獄二十四條，合計共三十條，編號為01~30。如01為「拾道旁棄兒養以為子」之條、07為「悉燒梁之反辭」之條。

貳、管窺兩漢法制略貌：春秋決獄濫觴之歷史情境

有關久已佚失之漢律及兩漢法制全貌之重建，近年來賴有新出土之資料可資憑藉，已可期有更可觀之成果。⁶ 本文對兩漢法制概況之勾勒，係以《漢書·刑法志》（以下簡稱《漢志》）⁷ 為出發點。《漢書》為東漢班固所著，其時距西漢未遠，且該書向為歷代所公認之官修正史，其敘述應具有一定的可信度。

一、漢律繼受秦律：商君慘刻寡恩之法及三代先王之法的餘緒

我國自秦漢時起，就脫離了法制上的「上古時期」，而進入了法制上的「帝制時期」，⁸ 並在廣土眾民的大一統帝國之體制下，相繼制定律典。西諺有云：「就政治上而言，活人實為死人所統治。」漢代秦而起，《漢志》雖言其「蠲削煩苛」且「務在寬厚」，並稱秦為「暴秦」，然此實為政治上對秦政之貶抑或否定，漢律於一定程度上，仍不能不說是繼受秦律，並在秦律的基礎上繼續發展。

《漢志》稱：「漢興，高祖初入關，約法三章曰：『殺人者死，傷人及盜抵罪』，蠲削煩苛，兆民大說。其後四夷未附，兵革未息，三章之

⁶ 如高明士，〈雲夢秦簡與秦漢史研究——以日本的研究成果為中心〉，《食貨月刊》11.3 (1981)：30-49；永田英正，〈中國雲夢秦簡研究現狀〉，《木簡研究》2 (1980)，等論文皆對睡虎地秦簡有所討論。又張晉藩，〈中國古代法律制度〉（北京：中國廣播電視出版社，1992）的頁144, 244於討論秦漢法制時，對一九七五年出土之雲夢秦簡、一九八三年出土之張家山漢律竹簡及奏讞書之資料，均有使用，亦可供參考。此前，為世人所熟知之輯本，則有沈家本（寄簃）之《漢律摭遺》、薛允升（雲階）之《漢律輯存》及《漢律決事比》、杜貴墀之《漢律輯證》、蔣超伯之《漢律》、汪之昌之《漢律逸文》等諸家，其中薛雲階之兩書似乎尚未刊行。

⁷ 《漢書》有〈刑法志〉，然《後漢書》並無〈刑法志〉，丘漢平編著之《歷代刑法志》中之《後漢·刑法志》，為丘氏蒐集史料增補之作，參見丘漢平編著，《歷代刑法志》（臺北：丘宏達發行，1965），頁37-124。

⁸ 滋賀秀三認為中國法制史可分為上古時期與帝制時期，而上古時期即春秋之前的時代，帝制時期即秦漢以後的時代，見其所著〈中國上古刑罰考——以盟誓為線索〉，收入劉俊文主編，《日本學者研究中國史論著選譯》（北京：中華書局，1993），第8卷，頁1。

法不足以禦姦，於是相國蕭何攬摭秦法，取其宜於時者，作律九章。」⁹ 唯《漢志》未就蕭何如何攬摭及取捨秦法加以引申，乃予後人臆測之較大空間。按世人多以秦律為商鞅之律，其特色為法網嚴密，上至軍國大事，下至人民日常生活，法律皆有所規範，且慘刻寡恩，對輕罪即處以嚴刑。¹⁰ 以連坐法為例，依《史記·商君列傳》之記載：「令民為什伍，而相收司連坐，不告姦者腰斬，告姦者與斬敵首同賞，匿姦者與降敵同罰。」¹¹ 秦國即賴以建立如近世警察國家般之恐怖統治。而依《漢志》之記載，至文帝時，曾廢除相坐之法，可知漢律亦曾有相坐法。雖然，吾人尚無資料可斷言漢律之相坐法，究係直接承續秦律而來或在後此之漢初某一時期「復古」而制定，但漢律至少在初期，仍保留了一定程度的「慘刻寡恩」的秦制，要為事實。唯另一方面，則如沈家本所言，商鞅之律乃淵源於李悝之《法經》，而《法經》又是李悝「撰次諸國法」而成，因之商鞅之律可能仍保留了若干三代先王之法。¹² 而《漢志》於徵引漢代有關老小及疾有犯之詔令¹³ 時，曾指出此乃本於《周官》「三赦」¹⁴ 之遺制，且《漢書·惠帝紀》稱：「民年七十以上若不

⁹ 《漢書·刑法志》（見班固，《漢書》，收入《仁壽本二十六史》〔臺北：成文出版社，1971〕，第3-4冊），頁1142。

¹⁰ 林劍鳴，《秦史稿》（臺北：谷風出版社，1986），上冊，頁287-288。

¹¹ 《史記集解》（收入《仁壽本二十六史》第1-2冊），頁528。

¹² 沈家本於《漢律摭遺》之自序中言：「鞅之法受之李悝，悝之法撰次諸國，豈遂無三代先王之法存于其中者乎？……蕭何於是攬摭秦法，取其宜於時者，作律九章。其三章何所增其六章？即李悝之法經也。是漢法亦本于李悝，而參之以秦法，非取秦法而全襲之也。」此為吾人檢討漢律時，應納入考量者（並請參閱註204所引掘毅之言）。沈家本之言，見《沈寄簃先生遺書·甲編》（臺北：文海出版社，1964），下冊，頁579。

¹³ 《漢志》稱：「至孝宣元康四年，又下詔曰：『……自今以來，諸年八十非誣告殺傷人，它皆勿坐。』至成帝鴻嘉元年，定令：『年未滿七歲，賊鬥殺人及犯殊死者，上請廷尉以聞，得減死。合於三赦幼弱老眊之人。此皆法令稍定，近古而便民者也。』」見《漢書》，頁1146。類此之規定，不但為漢律所採，且為後世律典（包括晉律及其以下）所承續，並益為完備。若以現代刑法學之觀點觀之，則此係責任能力之問題，屬有責性之範疇。唯在兩漢時期，君上頒布此詔，實體顯了統治者矜恤之觀念。而《漢志》所謂近古，蓋「三赦」，早於《周禮》中已可得見之故。參照桂齊遜，〈刑事責任能力〉，收入高明士主編，《唐律與國家社會研究》（臺北：五南圖書出版公司，2003），頁126。

¹⁴ 《漢志》稱：「三赦：一曰幼弱，二曰老眊，三曰憊愚。」參照《漢書》，頁1146。

滿十歲有罪當刑者，皆完之。」¹⁵ 故吾人似可推定，在武帝罷黜百家，及中國法制逐步有意識地走向瞿同祖所謂之「儒家化」之前，這些三代先王之法中與儒家主流價值相容之部分，就已有在承襲秦律之漢朝法制中存在者。其適例，如漢律毆父 (05) 及私為人妻 (06) 表現的對尊尊卑卑身分倫理之維護。又如以子訟父者棄市，論者以為原為秦法，¹⁶ 果爾，則後世有關「干名犯義」之法（參閱本文玖有關「干名犯義」之論述），或可上溯至秦律矣！

外籍學者中，有對歷來相關文獻中，關於《法經》及漢《九章律》及其作者等項之記載，提出若干質疑。但仍指出蕭何「將秦代留下來的交錯複雜的法律整理了一下」。¹⁷ 此一觀點，當可與本文所主張之漢律乃是繼受秦律而來的觀點，相互參證。

二、除肉刑

據《漢志》稱，孝文十三年：

丞相張蒼、御史大夫馮敬奏言：「肉刑所以禁姦，所由來者久矣。陛下下明詔，憐萬民之一有過被刑者終身不息，及罪人欲改行為善而道亡繇至，於盛德，臣等所不及也。臣謹議請定律曰：諸當完者，完為城旦舂；當黥者，髡鉗為城旦舂；當劓者，笞三百；當斬左止者，笞五百……臣昧死請。」文帝曰：「可。」¹⁸

學者有認為中國法制史上之「上古」時期，重視肉刑（身體毀傷刑）為其時刑罰的特色之一，而當時的刑罰體系中心乃所謂的五刑，其中之

¹⁵ 《漢書》，頁930。

¹⁶ 「《春秋公羊傳》文公十六年，何休引漢律，無尊上、非聖人、不孝者，斬首梟之。鄉先哲劉逢祿《公羊釋例》謂為秦法。」此據董康，〈刑法宜注重禮教之芻議〉，收入氏著，《中國法制史講演錄》（香港：波文），唯其未有註明劉逢祿之依據。此文發表之正確時間不明，唯據作者推算，當在一九三〇年前後。

¹⁷ 陶安 (Arnd Helmut Hafner)，〈法典與法律之間——近代法學給中國法律史帶來的影響〉，收入黃源盛主編，《法史學的傳承·方法與趨向：戴炎輝先生九五冥誕紀念論文集》（臺北：中國法制史學會，2004），頁478。

¹⁸ 《漢書·刑法志》，頁1143。

大辟乃生命刑，墨、劓、剕、宮則屬身體毀傷刑。¹⁹ 主張中國刑罰起源二元論者，認為五刑（生命刑及身體毀傷刑）是用以施於異族之人，放逐刑與贖刑則是用以施於同族之人。梁啟超則將歷史之初想定為氏族國家，認為五刑不施於族人（大夫），而是施於與族人無血緣關係的異族之人（庶人）。滋賀秀三卻認為五刑乃是於戰爭狀態下，因事態緊急、群情激動而動用，故其適用對象除敵俘外，亦包括了己方之違反軍紀者。學者多有主張兵刑同一思想者，²⁰ 由此可略見其端倪。²¹ 故而肉刑之被宣告廢止，除為恤刑之表現外，也顯示了於大一統帝國下，兵刑同一之觀念日漸受到修正或分立之趨勢。

對肉刑之起源及適用對象，學者雖有如上之多種不同見解，但肉刑之殘忍，在當時即已為人所詬病。文帝之廢除肉刑，為兩漢及我國法制史上之大事，嗣後雖有短暫之反復，且《漢志》亦對廢除肉刑之效果表示質疑，²² 但自文帝始，肉刑之廢除，基本上已為定制。此既表現了大帝國對於國家安全及內部秩序已有一定程度之自信，亦藉實施仁政，展現恩威並濟之「恩」的一面。

三、法制上的寬厚面與嚴苛面並存：漢家自有制度，豈能純任德教！

《漢志》曾盛言漢初刑制寬厚，禁罔疏闊：

當孝惠、高后時，百姓新免毒蠱，人欲長幼養老。蕭、曹為相，填以無為，從民之欲，而不擾亂，是以衣食滋殖，刑罰用稀。及孝文即位，……懲惡亡秦之政，論議務在寬厚……風流篤厚，禁罔疏

¹⁹ 滋賀秀三認為於中國法制史之上古時期，在法源和刑法的領域中，以盟誓之作用及肉刑為其特色，參照滋賀秀三，〈中國上古刑罰考〉，頁10。

²⁰ 學者楊鴻烈稱之為兵刑一體，見楊鴻烈，〈中國法律思想史〉（臺北：臺灣商務印書館，1964），頁88。又學者陳顧遠稱之為兵刑合一，見陳顧遠，〈軍法起源與兵刑合一——中國法制史上一個觀察〉，收入《陳顧遠法律文集》（臺北：陳顧遠文集出版委員會，1982），上冊，頁496。

²¹ 參照滋賀秀三，〈中國上古刑罰考〉，頁22。上述梁啟超之見解亦引自此文。

²² 就文帝之廢肉刑，《漢志》又稱：「是後，外有輕刑之名，內實殺人。斬右止者又當死。斬左止者笞五百，當劓者笞三百，率多死。」《漢書·刑法志》，頁1143。則文帝輕刑之德意，實未貫徹，肉刑雖廢，然其效不彰。

闊。選張釋之為廷尉，罪疑者予民，是以刑罰大省，至於斷獄四百，有刑錯之風。²³

此足以顯示法制上寬厚之一面。同時期且有廢族誅、收律、相坐之法之事，就此，《漢志》先後曾稱：

至高后元年，乃除三族罪、祆言令。

孝文二年，又詔丞相、太尉、御史：「……今犯法者已論，而使無罪之父母妻子同產坐之及收，朕甚弗取。」……平、勃乃曰：「……臣等謹奉詔，盡除收律、相坐法。」²⁴

由此可知，漢律曾有族誅、收律與相坐。至此，不僅已有不夷三族之令，無罪之父母妻子及兄弟姊妹，不須連坐入罪，且可免於沒入官府以為奴婢。此詔之意旨，若貫徹之並成定制，則已不無現代刑法學之個人責任主義之氣息矣。²⁵

及至孝武帝即位，法制上展現其嚴苛面，禁罔寢密。就此，《漢志》稱：「外事四夷之功，內盛耳目之好，徵發煩數，百姓貧耗，窮民犯法，酷吏擊斷，姦軌不勝。」²⁶ 武帝遂招進張湯、趙禹之屬，「條定法令，作見知故縱、監臨部主之法，緩深故之罪，急縱出之誅。其後姦猾巧法，轉相比況，禁罔寢密。」²⁷

依《漢書·元帝紀》之記載，漢宣帝曾有明言：「漢家自有制度，本以霸王道雜之，奈何純任德教，用周政乎！」²⁸ 蓋於帝王專制之下，一切仍取決於君上之性向、喜好及統治上之情勢與需要。此足以解釋何以西漢之時，先後曾有孝惠、高后、文帝時之寬厚、禁罔疏闊，而到武帝時，則對外展現武功，對內行嚴苛之政，禁罔寢密。

²³ 《漢書·刑法志》，頁1142。

²⁴ 同前書，頁1145。

²⁵ 然而據沈家本所言：「新垣平之夷三族，即在文帝之世，距除律之年僅十七年……似漢初雖未全襲秦舊，而罪之當收拏者，不止大逆無道一條。文帝先盡除之，新垣平之獄必不得已而用重法，而大逆無道一條遂復施行。」參照前引《沈寄蓀先生遺書·甲編》下冊，頁671。此謂對大逆無道之重罪仍有收拏之事。由此可知，廢除收律、相坐之法的良法美意實未能貫徹。

²⁶ 《漢書·刑法志》，頁1144。

²⁷ 同前註。

²⁸ 參照《漢書》，頁985。

於此應一言者，即雖漢代獨尊儒術，但宣帝之言，顯示漢彰儒而隱法，且又儒法並存，故稱為「陽儒陰法」。²⁹ 學者亦有持「漢代的法家被儒家所『儒家化』」、「漢代的儒家亦被法家所『法家化』」之看法者。³⁰

四、高帝詔：比附制度之濫觴及副次的司法法源之繁瑣化

高皇帝七年，制詔御史：「獄之疑者，吏或不敢決，有罪者久而不論，無罪者久繫不決。自今以來，縣道官獄疑者，各讞所屬二千石官，二千石官以其罪名當報之。所不能決者，皆移廷尉，廷尉亦當報之。廷尉所不能決，謹具為奏，傳所當比律令以聞。」³¹ 此即比附制度之濫觴。春秋決獄即係本於此詔，從而藉經義比附之形式，成為判例法源（決事比）（參閱本文柒）。

副次的司法法源之繁瑣化，似為中國傳統法制與生俱來之「痼疾」。兩漢之世，其司法法源除律令之外，又有科、比、決事比、故事等副次的司法法源。《漢志》就此即稱：「及至孝武即位……其後姦猾巧法，轉相比況，禁罔寢密。律令凡三百五十九章，大辟四百九條，千八百八十二事。死事決事比，萬三千四百七十二事。文書盈於几閣，典者不能遍睹。」³² 至成帝河平年間，據《漢志》所稱，成帝曾下詔曰：「今大辟之刑千有餘條，律令煩多，百有餘萬言，奇請它比，日以益滋……」，³³ 其繁瑣可見一斑。此其可能的解釋之一，即為學者所稱之我國傳統法制所採的客觀具體主義。³⁴ 在法典繁瑣之困境下，遂以比附為出路。而春秋決獄即係以比附之方式出現，且為比附之濫觴，值得吾人注意。

為了討論上之區隔，作者對於上述之令、科、比、決事比及後世之例，均稱為副次的司法法源。《漢書·杜周傳》中，有所謂「前主所

²⁹ 作者按，其所言「霸」，即為法家之主張，其所言「王」，即為儒家之主張。

³⁰ 張純、王曉波，《韓非思想的歷史研究》（臺北：聯經出版事業公司，1994），頁249。同書頁261以下對漢代各時期陽儒陰法之演進，有頗為詳盡的分析。

³¹ 參照《漢書》，頁1146。

³² 同前書，頁1144。

³³ 同前書，頁1144, 1145。

³⁴ 「我國舊律對犯罪的處罰，不從主觀的、概括的主義，而採取客觀的、具體的態度。」戴炎輝，《中國法制史》（臺北：三民書局，1979），頁31。

是，著爲律；後主所是，疏爲令。」³⁵ 蓋各朝之律，大都制定於各朝奠定之初，爲「先王」所定，旨在垂之永久，並構成該朝之政治符號，後世子孫之統治者不得擅自更易。這些副次的司法法源，如令、科、比、決事比及例等，在立法位階上，次於律典、律令，但在適用上則優先於律典。³⁶

五、八議、十惡、五服尚未入律：法制之系統性地儒家化，猶待後世之律典

八議是因貴賤間之不平等而來，《禮記·曲禮》云：「刑不上大夫」，或足表現此思想。就上古法制言，學者有認爲犯罪而可享殊遇者，僅限於與當權之氏族有血緣關係之人，即大夫，並不包括與大夫相對之庶人，即被征服的非我氏族。至帝制時期，則血緣關係不再是唯一的考量，或有大功勳、大德行等，皆在殊遇範圍之內，進而發展爲八議。就此，沈家本稱：「八議見於《周禮》，其法甚古，漢時只有宗室、廉吏、墨綬有罪先請之律，而其餘無文，似不全用周法。」³⁷《漢志》亦記載：「《周官》有五聽、八議、三刺、三宥、三赦之法。」³⁸而依通說，漢初無八議之制，至後漢始有八議之說，到曹魏始將其入律，至唐律始告系統化、詳備化。³⁹

十惡乃指違背儒家所重之道德人倫，而極具可非難性之十種罪行。漢時，雖未有十惡之名，然已有不道、不敬、不孝，且隋、唐律之謀反、大逆、惡逆、不道似即爲漢制之不道分化而來。⁴⁰自曹魏至後魏仍未有

³⁵ 參照《漢書》，頁1653。

³⁶ 如嘉慶《續修大清會典》卷四一所云：「凡引律必全引其本文，例亦如之，有例則置其律；例有新者則置其故者；律與例無正條者得比而科焉。」轉引自楊鴻烈，《中國法律發達史》（臺北：臺灣商務印書館，1967），頁5。

³⁷ 沈家本，《沈家本未刻書集纂》（北京：中國社會科學出版社，1996），頁270。

³⁸ 《漢書·刑法志》，頁1145。

³⁹ 參照戴炎輝，《中國法制史》，頁105, 106。

⁴⁰ 戴炎輝，〈唐律十惡之溯源〉，收入《傳統中華社會的民刑法制——戴炎輝教授論文集》（臺北：財團法人戴炎輝文教基金會，1998），頁443。

十惡之名，到後周、北齊則有重罪十條，直至隋律始定十惡之名，而於唐律方詳備。

五服，乃指五等不同式樣、材質之喪服，包括斬衰、齊衰、大功、小功、緦麻。五服之入律，則係始於晉。⁴¹

「八議」與「十惡」、「五服」，一直是我國儒家系統法典甚具標誌意義的構成部分。如上所述，此三制度分別首見於曹魏、隋以及晉之律典，而這三者之在漢律體系下，則尚未完整地出現。

六、諸儒章句及法律答問之流風

東漢之時，鄭玄、馬融等諸家大儒則以經注律。⁴²《晉書·刑法志》即稱：「叔孫宣、郭令卿、馬融、鄭玄諸儒章句十有餘家，家數十萬言。凡斷罪所當由用者，合二萬六千二百七十二條，七百七十三萬二千二百餘言。」⁴³而沈家本亦嘗言：「先鄭後鄭注周官，竝舉漢法以為比況。」⁴⁴想像中，這些大儒必曾通過滲透之方式，推進法典之儒家化。這些「諸儒章句」亦應可為重建佚失之漢律的重要參考資料，惜乎多已散亡。而今於《唐律疏議》中，或仍可得見這些「諸儒章句」之遺跡。

董氏春秋治獄六則，乃採取答問之方式。輒以虛擬之甲、乙為當事人，而擬設案情，用語上每採「何論」一詞，與秦簡「法律答問」之體裁，幾乎如出一轍。⁴⁵所不同者，不過是董氏以春秋經義斷獄而已，由此可知在秦簡法律答問之時，經義猶未成為當時主流價值之所繫。而「法律答問」之流風，亦見於董仲舒春秋決獄六則。

⁴¹ 《晉書·刑法志》文帝治刪定律令條有謂：「……重奸伯叔母之令，棄市；淫寡女，三歲刑。崇嫁娶之要，一以下聘為正，不理私約。峻禮教之防，准五服以制罪也。」參照《歷代刑法志》，頁159。

⁴² 學者中有將中國法律之儒家化區分為三階段者，而東漢諸儒「以經注律」是屬第二階段。參照劉恒煥，〈中國法律之儒家化“三部曲”說〉，《中外法律史新探》（北京：新學出版社，1994），頁38, 39, 40。

⁴³ 參照《歷代刑法志》，頁155。

⁴⁴ 參照《沈寄簞先生遺書·甲編》下冊，頁579。

⁴⁵ 邢義田，《秦漢史論稿》（臺北：東大圖書公司，1987），頁268。又所謂「法律答問」，於秦時，乃是對律之解釋與補充，且實際上與律具同樣之效力，參照林劍鳴，《秦史稿》上冊，頁283。

上述各點或足以刻劃出春秋經義登場之歷史情境。總結而言，春秋決獄以「比附」為方法，在律令之適用上，引入儒家之禮教規範，並進而以副次司法法源之形式登場。此雖有禪法制「儒家化」之進程，但在法制上落實德教及仁政之同時，「漢家自有制度」，仍不免在法制上顯示其威壓慘刻之一面（參閱本文拾、四）。而二千年來，我國司法法源之無法走出其繁瑣或繁碎化之痼疾，也可從兩漢之制度上，看出其箇中消息（參閱本文柒）。

參、董仲舒春秋決獄考佚文解析

一、《漢書》及《通典》中有關董仲舒春秋決獄之記載

在我國古籍之記載中，春秋決獄，原係指西漢時代董仲舒的春秋決獄而言。董仲舒（約179-104 BC），廣川人，治《春秋公羊傳》。漢景帝封為博士，武帝時曾舉賢良對策，一度出相江都易王。後以居家論高廟災，下吏當死。後赦，年老壽終於家。⁴⁶ 董氏「尊孔氏，明天人」，對於法家而言，屬儒家，然其說又雜有陰陽家之思想，非屬純儒。無論如何，其學說對於西漢及後世之思想與治術，發生了重大影響，確屬無疑，而其春秋決獄，則為我國法制「儒家化」之嚆矢。

《後漢書·應劭傳》稱：

膠東相董仲舒老病致仕，朝廷每有政議，數遣廷尉張湯親至陋巷，問其得失，於是作春秋決獄二百三十二事，動以經對。⁴⁷

又據《通典》卷六十九引東晉成帝咸和五年，散騎侍郎賀喬妻于氏上表稱：

董仲舒一代純儒，漢朝每有疑議，未嘗不遣使者訪問，以片言而折中焉。時有疑獄曰：……（全文見下引01.「拾道旁棄兒養以為子」條）

從上引兩則可知，董氏春秋決獄之作，是因為朝廷於有疑獄時，派廷尉去請教他。而從其春秋決獄之內容來看，此所謂疑獄，並不是關於案

⁴⁶ 參閱《漢書·董仲舒傳》及《武帝紀》。

⁴⁷ 見范曄，《後漢書》（收入《仁壽本二十六史》第5-6冊），頁2966。

情方面即事實認定之疑，而是在法律適用上之「疑」。廷尉是執掌刑辟的，由郡國移送中央的此類疑獄，即由廷尉處理。本文貳、四引高帝七年詔中，可知遇有此類疑獄時，於廷尉所不能決而具奏，並傳當比律令以聞之過程中，有交由特定大臣議之，或交群臣集議之情形。⁴⁸ 董仲舒是當時有名的經學家，曾任國相，有實際的司法經驗，朝廷方好文學，且派專使請教他。佚文各條中，或謂「仲舒斷曰」，或謂「仲舒論曰」或謂「臣（仲舒自稱）愚以為」，均意指係為採納仲舒之意見。

不過，朝廷僅數遣廷尉張湯至陋巷親自訪問；而董氏春秋決獄，則有二百三十二事，可能其一部分（或者是大部分），是董氏就其自任王國相時，⁴⁹ 曾判疑獄之精華，紀錄之以供君主、廷議採擇者。其中若干事例，可能是仲舒為提供其法律意見而假設案情者。

二、董仲舒春秋決獄佚文六則

董氏春秋決獄佚文雖僅六則（編號01~06），但這幾條既為仍殘存的、經標明為董氏之決獄，應認為代表了「本格」的春秋決獄。因此，我們有理由寄以特別的興趣。

茲將佚文六則分別由原書中引出，並就其內容予以說明。說明分兩部份，一為釋義，為本文作者所蒐集之解釋，並包括前人所為之考證；一為要旨，則為本文作者所提供之分析。

01. 拾道旁棄兒養以為子之條

時有疑獄曰：「甲無子，拾道旁棄兒乙養之，以為子。及乙長，有罪殺人，以狀語甲，甲藏匿乙，甲當何論？仲舒斷曰：甲無子，振活養乙，雖非所生，誰與易之。詩云：螟蛉有子，蜾蠃負之。春秋之義，父為子隱，甲宜匿乙，詔不當坐。（《通典》卷六十九東晉成帝咸和五年散騎侍郎賀喬妻于氏上表引）」〔釋一〕

⁴⁸ 作者按，本文肆引程樹德所輯兩漢春秋決獄之例，其交由特定大臣議之及交群臣集議之情形，均有之。

⁴⁹ 縣道官之疑獄獄之所屬二千石，國相即二千石。見上文所引《漢志》。

釋義：

〔釋一〕程樹德《九朝律考》作東晉成帝咸和五年散騎侍郎賀喬妻子于氏上表引；又程本引文，作甲宜匿乙，而不當坐。⁵⁰ 本文據新興書局版《通典》卷六十九原文。⁵¹

要旨：

依漢時律令，有所謂首匿之科，藏匿罪人需依法論罪。⁵² 依沈家本於《漢律摭遺》中所輯之首匿群盜條按語所言：「按首匿罪以盜為重，故福至棄市。唐律知情藏匿罪人，在捕亡門，係減罪人罪一等，則無死罪矣。」⁵³ 而本案之被認為疑獄，蓋其中涉及一項爭議點，即甲與乙間存有養父子關係，就首匿之科言，養父甲藏匿養子乙，是否亦如凡人間之藏匿罪人坐罪？

董仲舒之論斷，包括兩段：

【一】春秋之義，「父為子隱，子為父隱」。因之，首匿之科應不適用於父子之間。（按親屬相容隱，唐律以之入律）⁵⁴

⁵⁰ 《九朝律考》，頁198。

⁵¹ 杜佑，《通典》（臺北：新興書局，1959），典三八一。

⁵² 當時有首匿之科，即凡知情藏匿罪人者應處罪，《後漢書·梁統傳》：「武帝……軍役數興，豪傑犯禁，姦吏弄法，故重首匿之科」，見《後漢書》，頁2807。《鹽鐵論·文學》曰：「自首匿相坐之法立，骨肉之恩廢而刑罪多。」參照桓寬撰，陳弘治校注，《新編鹽鐵論》（臺北：臺灣古籍出版有限公司，2001），頁712。按依《漢書·宣帝紀》，至宣帝地節四年，始有親屬相容隱之詔，是於仲舒斷獄時，原則上，本應適用首匿之法也。又仲舒決獄此條，即以親屬之間之相容隱，為首匿相坐之例外，後世親屬相容隱之入律，或以此為嚆矢。

⁵³ 參照《沈寄蓀先生遺書·甲編》下冊，頁646。

⁵⁴ 《論語·子路篇》：「葉公語孔子曰，吾黨有直躬者，其父攘羊，而子證之。孔子曰：吾黨之直者異於是，父為子隱，子為父隱，直在其中矣。」參照孔子作，傅佩榮解讀，《論語》（臺北：立緒文化出版公司，1999），頁330。唐律關於親屬相容隱，規定於〈名例〉四六：「諸同居，若大功以上親及外祖父母、外孫，若孫之婦、夫之兄弟及兄弟妻，有罪相為隱……皆勿論……其小功以下相隱，減凡人三等。若犯謀叛以上者，不用此律。」唯唐律之規定與《漢書·宣帝紀》中所載之宣帝地節四年詔：「自今，子首匿父母、妻匿夫、孫匿大父母，皆勿坐。其父母匿子、夫匿妻、大父母匿孫，罪殊死，皆上請廷尉以聞」（參照《漢書》，頁977）之內容頗有出入，應加注意。

【二】「螟蛉有子，蜾蠃負之」（此據《詩經》）。養父子關係，應認為父子關係。甲乙之間，既有養父子關係，應適用父子相容隱之原則；即甲匿乙是正當的行為（甲宜匿乙），故不當坐罪。

本案引用之經義，前者係以父為子隱為符合儒家道德規範之行為，從而阻卻其有責性。⁵⁵ 後者引用《詩經》，以確定在親屬相容隱原則的適用上，父子關係之範圍，得包括養父子。本文貳、四中，曾引高帝詔，於遇疑獄時，應「傳」（附）所比律令以聞。本案所比附之律令，即為首匿之科。我們於此無法確認首匿相坐之法之存續的年代，親屬相容隱之成為法制規範，註54所引宣帝地節四年詔，顯然是一重要關鍵。

02. 乞養子杖生父條

又一事曰：「甲有子以乞丙，乙後長大，而丙所成育。甲因酒色謂乙曰：『汝是吾子。』乙怒杖甲二十。甲以乙本是其子，自告縣官。仲舒斷之曰：甲能生乙，不能長育，以乞丙，於義應絕矣。雖杖甲，不應坐。」（同前條）〔釋一〕

釋義：

〔釋一〕沈家本《漢律摭遺》卷二十二⁵⁶ 及程樹德之引文，⁵⁷ 均與本文所引略有出入，「仲舒斷曰：甲能生乙」，沈、程本均係「甲生乙」闕「能」字。

要旨：

按依漢律，毆父當梟首。（參閱本文後引05.「毆父」條）⁵⁸ 故本案比附所「傳」（附）之罪為應處梟首刑之毆父罪。本案之爭點為：甲雖

⁵⁵ 參閱本文伍、五、（一）具有阻卻違法情事者。

⁵⁶ 引自《叢書集成·三編》（臺北：新文豐出版公司，1997），第17冊，頁719。

⁵⁷ 《九朝律考》，頁198。

⁵⁸ 杜貴墀，《漢律輯證》，收入《叢書集成續編》（臺北：新文豐出版公司，1991），第51冊，頁482，據此謂：「此可知漢之有毆詈父母律矣」。

爲乙之生父，然未長育之；乙杖之，是否亦成立毆父罪？仲舒之論斷爲：「甲能生乙，不能長育，以乞丙，於義應絕矣。」乙雖杖甲，不應坐。蓋毆父論以嚴刑，係以父子關係爲理由。甲乙之間，既無父子恩義之存在。乙之杖甲，應不成立毆父罪，而排除毆父罪之適用。⁵⁹

本案之引用經義（於義已絕），⁶⁰ 在確定毆父罪的適用上，父子關係之存立，係以父對子有長育之恩情存在爲要件，未能長育之，則父子之義絕，是爲父子關係存立之消極要件。

03. 放麋條

董仲舒春秋決獄曰：「君獵得麋，使大夫持以歸。大夫道見其母隨而鳴，感而縱之。君慍，議罪未定。君病恐死，欲託孤幼，乃覺之，大夫其仁乎！遇麋以恩，況人乎，乃釋之，以爲子傅。於議何如？仲舒曰：君子不麋不卵，大夫不諫，使持歸，非仁也。然而中感母恩，雖廢君命，徙之可也。」（《白氏六帖》二十六、仁十、放麋）〔釋一〕

釋義：

〔釋一〕此據王謨《漢魏叢書本》，⁶¹ 與沈家本、⁶² 程樹德⁶³ 本（見01〔釋一〕）引文另有出入。「君病恐死，欲託孤幼」，程本無「幼」字。又「大夫不諫，使持歸，非仁也」之「非仁也」，程本作「非義也」，沈家本引文則作「非也」；又「雖廢君命」，沈家本引文作「難廢君命」。

⁵⁹ 本案雖不成立毆父罪，仍應依凡門論罪。按唐律，嫡、繼、慈母，與親父母同，養父母與親父母同。見〈名例〉五二～四，戴炎輝，《唐律通論》（臺北：國立編譯館，1977），頁461，則出養子毆生父，應構成毆父罪。唯依〈名例〉四九～三，其本應重而犯時不知者，依凡門論，即出養子不知其爲生父者，應依凡門論，則其結果相同。

⁶⁰ 於義已絕：《春秋左傳》莊公元年：「不稱姜氏，絕不爲親，禮也。」參閱楊家駱主編，《春秋三傳》（臺北：世界書局，1962），上冊，頁95。

⁶¹ 王謨，《漢魏叢書本》（臺北：大化出版社，1983）。

⁶² 《漢律摭遺》，頁719。

⁶³ 《九朝律考》，頁198。

要旨：

按在本案中，大夫縱覽，有廢君命，因付議罪。仲舒之斷論，係本諸君子不覲不卵之義，⁶⁴ 責備大夫之事前不諫，致有使持歸之君命，為「非仁」也；然其事後感母恩而縱之，雖廢君命，則其動機為可原（出於仁心），宜予免議。余意，由本案君上已釋大夫，並以爲子傅，實際上，抑已寓有赦免不究之意；並由上下文觀之，其所謂徙之可也，當係指大夫遷官子傅，於議爲可行，則其違命之罪，自置不問。⁶⁵ 本案所傳之律令，當爲有廢君命之罪。

04. 武庫卒盜弩條

春秋決獄曰：「甲為武庫卒，盜強弩弦，一時與弩異處，當何罪？論曰，兵所居比司馬，闖入者髡，重武備，責精兵也。弩藥機郭，弦軸異處，盜之不至，盜武庫兵陳。論曰，大車無輓，小車無軌，何以行之？甲盜武庫兵，當棄市乎？曰雖與弩異處，不得弦不可謂弩，矢射不中，與無矢同，不入與無鏃同。律曰，此邊鄙兵所藏直百錢者，當坐棄市。」（《白氏六帖》九十一、雜盜四引）

要旨：

按依漢律，盜武庫兵，當棄市。⁶⁶ 本案之爭點，爲甲盜強弩，⁶⁷ 而未得弦，是否構成本罪？對此有兩種不同的見解，其一係主張：武庫重

⁶⁴ 君子不覲不卵，《禮記·曲禮下》：「國君春田不圍澤，大夫不掩群，士不取麇卵。」見王夢鷗註譯，《禮記今註今譯》（臺北：臺灣商務印書館，1970），頁60。

⁶⁵ 按本條之情形，應為赦降性質。有謂徙之可也，宜解為減刑為徙邊。如依沈家本引文：「然而中感母恩，難廢君命，徙之可也」，則似宜解為徙邊，見《漢律摭遺》，頁719。日本學者鈴木由次郎有異說，認應解為宜處徒刑，蓋以徙為徒也，見〈董仲舒の「春秋治獄」をめぐるて〉，《法學新報》（日本）57.10(1950)：72-82。

⁶⁶ 盜武庫兵，當棄市。可由所引佚文中推知。又《鹽鐵論·刑德篇》：「今傷人持其刀劍而亡，亦可謂盜武庫兵而殺之乎？」見《新編鹽鐵論》，頁688。注：三輔黃鄙云，武庫在未央官，蕭何造，以藏兵器者也。

⁶⁷ 參照《九朝律考》，頁198，作「甲為武庫卒，盜強弩弦，一時與弩異處。」唯統全文讀之，似應為「甲……盜強弩，弦，一時與弩異處。」

地，比之司馬，闖入者，且處髡刑；⁶⁸ 甲於武庫行盜，因弩弦異處，而未得弦，其行為仍構成盜武庫兵罪。⁶⁹ 另一種主張則以為，弩之無弦，猶車無輓軛，⁷⁰ 即不能發揮兵器之效用，對於應依盜武庫兵而棄市之見解，表示懷疑之態度。董仲舒之論斷，則以為甲雖係因弩、弦異處，而未得弦；然既未得弦，弩即不成其弩（即非武器），認為不成立「盜武庫兵」罪，而應依「邊鄙兵所藏直百錢者」之律論科。⁷¹

05. 毆父條

董仲舒決獄曰：「甲父乙與丙爭言相鬥，丙以配刀刺乙，甲即以杖擊丙，誤傷乙，甲當何論？或曰毆父也，當梟首。論曰，臣愚以父子至親也，聞其鬥，莫不有怵悵之心，扶杖而救之，非所以詬父也。春秋之義，許止父病，進藥於其父而卒，君子原心，赦而不誅。甲非律所謂毆父，不當坐。」（《太平御覽》六百四十引）

要旨：

依漢律，毆父當梟首（見上引佚文）。本案之爭點，甲以杖擊丙，原為救護其父，不意誤傷其父。是否當依毆父罪，論以梟首？仲舒之斷

⁶⁸ 兵所居，比司馬門，即與禁中等（按武庫地在禁中，參註66）。「宮門皆有籍禁，闕謂不應入而入」（參閱《唐律疏議》「衛禁闖入宮門」條）。髡刑，五歲刑。男髡鉗為城旦，作五歲，詳見《漢舊儀》（臺北：臺北藝文印書館，1967）。

⁶⁹ 鈴木由次郎，〈董仲舒の「春秋治獄」をめぐりて〉，對此段引文，標點不同，作「……弩藥、機郭、弦軸異處，盜之，不至盜武庫兵陳。」認其原意為主張不構成（或尚未臻於）盜武庫兵罪。然就其上文讀之，似非原意。作者按，其上文引闖入者髡，即主張從嚴解釋；後文，則對從嚴解釋，持懷疑態度。

⁷⁰ 《論語·為政》：「大車無輓，小車無軛，其何以行之哉？」參閱《論語》，頁40。

⁷¹ 沈家本曰：「按武庫地在禁中，兵又非常用之器，故罪重至棄市，邊鄙兵所居比司馬門，則亦與禁中等，故盜者亦當以盜武庫兵論也。若弦弩異處，董謂不可謂弩，自是持平之語，似此者，自當以減論。贓值百錢，當為別條。原文邊鄙兵所贓句，必有訛奪；恐當為盜邊鄙所居贓百錢，即棄市，重邊防也。」參照《漢律摭遺》，頁546。

另，可資參考者，為《唐律·衛禁》於闖仗內誤遺兵仗罪之規定，亦規定弓箭相須乃坐。（〈衛禁〉八～三）弩箭無弓，與常箭不別，有弩弓無箭，亦非兵仗之限。原條疏議與本案董氏之判斷相符，而疏義之文，是否援引董氏，或有考證之價值。

論，引春秋許止父病⁷²之故事，論證甲之動機係在救父，且在急迫之情形下，不免緊張（慌張之心），實有可原，故不當坐。⁷³無犯父之故意，故不成立毆父罪。此謂不依毆父罪梟首，是否仍如嗣後唐律規定，就過失傷害定罪，仍有討論餘地。唯董氏決獄原文既未提及，吾人於此只有置之不論。現代之刑事立法例中，以被害者為直系血親尊親屬為由而加重其刑者，已屬鮮見，而台灣現行刑法沿用南京國府時期制定之刑法，仍保留傷害直系血親尊親屬者加重其刑之規定；然若犯罪行為人主觀上對被害人之直系血親尊親屬的身分缺乏認識，或缺乏傷害其直系血親尊親屬之意欲，則犯罪行為人實欠缺此罪之主觀構成要件——故意，至多論以過失傷害罪，而無加重其刑之必要。

依現代刑法理論，本案之情形應屬打擊錯誤⁷⁴之問題，即甲實無傷害乙之意欲，故而其主觀上並無傷害其直系血親尊親屬乙之故意，故甲誤傷乙之行為應不成立傷害直系血親尊親屬罪。

06. 私為人妻條

董仲舒決獄又曰：「甲夫乙將船，會海風盛，船沒溺流死亡，不得葬。四月，甲母丙即嫁甲，欲皆何論。」或曰：「甲夫死未葬，法無許嫁，以私為人妻，當棄市。」議曰：「臣愚以為春秋之義，言夫人歸於齊，言夫死無男，有更嫁之道也。婦人無專制擅恣之行，聽從為順，嫁之者歸也，甲又尊者所嫁，無淫之愆，非私為人妻也。明於決事，皆無罪名，不當坐。」（同前條）〔釋一〕

⁷²《春秋公羊傳》昭公十九年曰：「冬，葬許悼公。賊未討，何以書葬？不成於弑也。……止進藥而藥殺也……是以君子加弑焉爾。……葬許悼公，是君子之赦止也，赦止者，免止之罪辭也。」參照《春秋三傳》下冊，頁457。何休注云：「原止欲愈父之病，無害父之意，故赦之，是原情定過也。」見《後漢書》，頁2967。

⁷³ 按依《唐律·鬥訟》第二八條，毆詈祖父母父母條規定，過失傷者，徒三年。蓋對直系血親尊長應有較高之注意義務，縱出過失，仍予處罰。

⁷⁴ 打擊錯誤亦稱手段錯誤或行為錯誤，乃指對於特定之人或物所予之攻擊誤中他人或他物等情形。參照蔡墩銘，《最高法院刑事判決研究》（臺北：國立臺灣大學法學叢書編輯委員會，1984），頁64。

釋義：

〔釋一〕程樹德：前書，其引文略有出入，佚文中「甲又尊者所嫁，無淫之愆」，程書作「無淫行之心」。⁷⁵

要旨：

按依上引董仲舒春秋決獄文所稱，「夫死未葬，法無許嫁，以私爲人妻，當棄市」是爲當時（即漢代）之實定法，亦爲本案所「傳」之律令。本案之爭點，爲甲係其母丙所嫁，甲是否當依私爲人妻論棄市？又丙遣嫁法無許嫁之女，當何論？仲舒論斷，包括兩部分：

一、依春秋，夫人歸於齊之義，⁷⁶ 夫死無男，有更嫁之道。丙遣嫁之，不成立罪名。

二、甲既有更嫁之道，且爲尊者所命，無淫之愆（無淫行之心）。⁷⁷ 不構成私爲人妻罪。

本條仲舒斷曰「皆無罪名」即謂依經義解釋，於本案之情，「私爲人妻」罪之構成要件不該當，或足阻卻其犯罪之事由。質言之，「夫死無男有改嫁之道」（私爲人妻之消極構成要件），及「尊者所嫁」（責任阻卻，因女從屬於其母之教令權），均足以排除私爲人妻罪之適用，此宜視爲引據經義解釋修正補充之規範內容也。（參閱本文伍、五、〔二〕）

附言：按玉函山房輯本所載春秋決獄共八事，即除以上六條外，尚有「爲姑討夫」及「武帝外事夷狄而民去本」兩條。唯後者與決獄無關，前者則是否仲舒決獄之文，無可考證，茲從闕。⁷⁸

⁷⁵ 《九朝律考》，頁199。

⁷⁶ 《春秋左傳》文公十八年：「夫人歸於齊，大歸也。」參照《春秋三傳》上冊，頁249。

⁷⁷ 《唐律·戶婚》四六～一：諸嫁娶違律，父母主婚者，獨坐主婚。與此條「尊者所嫁」之意旨相合。

⁷⁸ 「爲姑討夫」及「武帝外事夷狄而民去本」兩條，參照《漢律摭遺》，頁720。

肆、兩漢以春秋決獄之事例二十四則之解析

一、兩漢以春秋決獄之風

春秋決獄，作為一種制度，雖以董仲舒之春秋決獄而得名，唯兩漢引用春秋決獄，並不只限董氏一人，如董氏弟子呂步舒亦曾以春秋決獄。

《史記·儒林列傳》：

呂步舒持節使治淮南獄，於諸侯擅專斷不報，以春秋之義正之，天子皆以為是。（參閱後文08.「呂步舒治淮南獄」條釋義）

武帝尊崇儒學，罷黜百家。在這種情勢之下，不僅「習文法吏」的公孫弘，⁷⁹ 要以儒家為緣飾；具法家色彩的酷吏張湯，⁸⁰ 亦任用儒生為掾（吏），而於決獄時傳以古義；是決獄引用經義，並不以儒術較「純」之董氏師弟為限。

西漢自武帝以後，儒家益為抬頭（元成之世尤然）；至東漢各帝，對於經術更加意提倡。引用春秋經義決獄，不僅迭見於交付朝議及廷臣集議之大獄（參閱後文程樹德考出之兩漢以春秋決獄之例各條釋義），其地方司法機關亦有以春秋決獄者。

《後漢書·何敞傳》：

敞（汝南太守）在職，以寬和為政，舉冤獄，以春秋義斷之，是以郡中無怨聲。（參閱後文25.「何敞斷獄」條）

據上可知，濫觴於西漢之春秋決獄，實已蔚為一時之風氣與定制，並已成為兩漢實證法制之構成部分，值得進一步分析。本文爰就程樹德所輯董氏春秋決獄以外之事例，依原書之順序，⁸¹ 試予研討分析。

⁷⁹ 《漢書·公孫弘傳》：「公孫弘，菑川薛人也。少時為獄吏……習文法吏事，緣飾以儒術。」參照《漢書》，頁1637, 1639。

⁸⁰ 《漢書·兒寬傳》：「（湯）以寬為奏讞掾，以古法義決疑獄，甚重之。」參照前引《漢書》，頁1642。《漢書·張湯傳》：「是時，上方鄉文學，湯決大獄，欲傳古義，乃請博士弟子治《尚書》、《春秋》，補廷尉史，平亭疑法。」參照《漢書》，頁1645。

⁸¹ 按依程氏原書，大體上，係以引據《漢書》者在先，引據《後漢書》者在後，唯引據《後漢書》者僅三條。

二、程樹德所輯兩漢以春秋決獄事例之解析

關於兩漢春秋決獄之制，現亦無完整紀錄之保存。沈家本曾著有《漢律摭遺》二十二卷，⁸² 收錄部分程樹德《九朝律考》之《漢律考》，自史書及其他古籍中考出漢以春秋決獄之例共二十四條及漢論事援引春秋三十三條。其中漢論事援引春秋，既非讞獄之文，與實證刑獄法制並無直接關聯。故本文僅以其春秋決獄部份之二十四條為考察範圍。唯關於此項程氏所輯之材料，應說明者：

一、程氏所輯各條，主要取自正史中之傳記，所涉及者殊少平民，而為王侯、貴戚、公卿、大臣之類，且其部份涉及當時政治性之大獄。因此，欲求瞭解在兩漢的實證法制下，春秋決獄制之全貌（尤其是關聯到常民之刑事法律關係），就不能不受到嚴重的材料限制。

二、程氏所輯各條，原非完整的判例報告，蓋傳記敘事有其原來目的，對案情及有關法律點之敘述，一般均嫌簡略。程氏為了廣搜求備，凡有引用春秋而涉及刑獄之記載，均予盡量輯入。因此，其中部分材料在實證法制的研究上意義不大。雖然如此，在較具實質內容的有限幾條中，卻也包括有較為詳細而極有價值之案情紀錄（如〈薛宣傳〉「掖門外創戮近臣」條）。

07. 悉燒梁之反辭

太后意欲立梁王為帝太子。帝問其狀，袁盎等曰：「殷道親親者，立弟，周道尊尊者，立子。殷道質，質者法天，親其所親，故立弟。周道文，文者法地，尊者敬也，敬其本始，故立長子。周道太子死，立適孫；殷道太子死，立其弟。」帝曰於公何如？皆對曰：「方今漢家法周，周道不得立弟，當立子。」故《春秋》所以非宋宣公，宋宣公死，不立子而與弟，弟受國死，復反於兄之子，弟之子爭之，以為我當代父，後即刺殺兄子，以故國亂禍不絕。故《春秋》曰君子大居正，守之福，宣公為之。臣請見太后白之。袁盎等

⁸² 該書又係以杜貴墀《漢律輯證》及張鵬一《漢律類纂》為基礎，參閱《沈寄簞先生遺書》及堀毅《秦漢法制史論考》。

入見太后，太后言欲立梁王，梁王即終，欲誰立？太后曰：「吾復立帝子。」袁盎等以宋宣公不立正生禍，禍亂後五世不絕，小不忍害大義狀報太后。太后乃解說，即使梁王歸就國。梁王聞其議出於袁盎諸大臣所，怨望，使人來殺袁盎……謀反端頗見。竇太后不食，日夜泣不止，景帝甚憂之。問公卿大臣，大臣以為遣經術吏往治之，乃可解。於是遣田叔、呂季主往治之。此二人皆通經術，知大禮，來還至霸馬廄，取火悉燒梁之反辭，但空手來見景帝。景帝曰何如？對曰：「梁王不知也，造為之者，獨其幸臣羊勝、公孫詭之屬為之耳，謹以伏誅死。梁王無恙也。」景帝喜說曰：「急趨謁太后，太后聞之，立起坐，食氣平復。」故曰：「不通經術，知古今之大禮，不可以為三公及左右近臣。」（《史記·梁孝王世家》）〔釋一〕

釋義：

〔釋一〕按程氏此條係引據《史記·梁孝王世家》。⁸³ 本文後所附「褚先生曰」之部份，與〈梁孝王世家〉及〈田叔列傳〉之記載，互有出入。又田叔亦非以經術吏著稱（學黃老）。據《史記·索隱》，褚先生（褚少孫）為元成間之人物（儒家），其時，是儒家真正擴展其影響與支配力的時候，這一段似也不無可能是有意的偽託附會之詞。

要旨：

本案之起因，涉及景帝太子（栗太子）廢後之立嗣問題，竇太后意欲立所鍾愛之梁王，以格於袁盎等諫議不果。梁王怨望，乃使人刺殺袁盎，經追捕發覺係梁王所遣，梁王「謀反」之跡象，乃因之彰露。此時，景帝之處境甚為困難，因謀反大罪，如依法嚴究，則梁王即難保全（君親毋將，將而必誅）；不僅負自殘手足之惡名，且傷其對太后之孝思。以經術知名之田叔、呂季主，乃本春秋「獄有所歸，為親者隱諱」

⁸³ 《史記集解》，頁488。

之義，歸罪於已死之梁臣羊勝、公孫詭，而毀去梁王謀反之罪證，免除對梁王之追究。

本案之處置，毋寧帶有顯然的政治色彩。在司法的意義上，似得解為基於倫理關係上的考慮，對於皇帝的特定親屬，放棄刑罰權之發動與行使（參閱本文伍、二之相關討論）。

08. 呂步舒治淮南獄

呂步舒〔釋一〕持節〔釋二〕使決淮南獄〔釋三〕，於諸侯擅專斷不報〔釋四〕，以春秋之義正之，天子皆以為是。（《史記·儒林列傳》「胡毋生」條）

釋義：

〔釋一〕呂步舒，董仲舒弟子，官至長史。⁸⁴

〔釋二〕《史記》稱其持節，《漢書·五行志》稱其持斧鉞，均謂步舒得受命專誅也。按斧鉞，為古時軍中戮人所用。《禮記·王制》：「諸侯賜弓矢而後征，賜斧鉞然後殺。」節為信號，可他替皇帝之命令。⁸⁵

〔釋三〕指淮南王安謀反案，見《漢書·淮南王傳》（參閱釋09.「淮南王安謀反」條）。

〔釋四〕專斷：《後漢書·樊儵傳》：「如今陛下，臣等專誅而已。」注（集解）惠棟⁸⁶曰：「專誅謂如呂步舒治淮南獄，專斷於外，不先請也。」（見兩漢以春秋決獄之例21）。

要旨：

據《漢書·五行志》稱：「步舒斧鉞治淮南獄，以春秋誼顯斷於外不請。既還奏事，上皆是之。」⁸⁷ 則其所謂以春秋誼，係指其受命專誅而

⁸⁴ 見司馬遷，《史記·儒林列傳》（參閱《史記集解》，收入《仁壽本二十六史》，第1-2冊）。

⁸⁵ 參閱徐天麟，《西漢會要》（臺北：世界書局，1960），卷三九，所引有關持符節各條。

⁸⁶ 惠棟，字定宇，號松，江蘇元和人，清代漢學家。

⁸⁷ 《漢書》，頁1225。

已。唯〈五行志〉亦述及，上（武帝）以思仲舒前言，⁸⁸ 故遣亦以經術知名之仲舒弟子步舒往治。此條指其引用經義，治獄專斷，誅殺甚眾，致其所為為後世儒家所疵議，甚至對其師仲舒亦加以責難。⁸⁹

09. 淮南王安謀反

趙王彭祖、列侯讓等〔釋一〕四十三人，皆曰：「淮南王安，大逆無道，謀反明白，當伏誅。」膠西王端議曰：「安廢法度，行邪僻，有詐偽心，以亂天下。營惑百姓，背畔宗廟，妄作妖言。《春秋》曰：『臣毋將，將而誅。』」〔釋二〕安罪重於將，謂反形已定，當伏法。」〔釋三〕（《漢書·淮南王傳》）

釋義：

〔釋一〕列侯讓等：補注：「元朔間，列侯無以讓名者，讓疑作襄。襄平陽侯曹參玄孫，元光五年嗣，十六年薨，元朔六年正當嗣侯時。」⁹⁰

〔釋二〕《春秋公羊傳》莊公三十二年，昭公元年云：「君親無將，將而必誅。」謂「將有逆心（謀），而害於君父者，則必誅之。」⁹¹

〔釋三〕據《漢書·淮南王傳》，廷議結果，武帝遂使宗正（劉棄）以符節治王，未至，安自刑死。

要旨：

據《漢書·武帝紀》，淮南王安謀反，係在武帝元狩元年（122

⁸⁸ 建元六年丁酉東高廟災，四月壬子高廟便殿火，仲舒說武帝忍誅諸侯大臣。見《漢書·五行志》，頁1225。

⁸⁹ 按淮南、衡山二獄，死者數萬人。洪邁於《容齋隨筆》中，對於仲舒頗有微詞。沈家本為之辯解謂「呂步舒治淮南獄，深竟黨與，乃不得其師之意者。若因步舒而歸罪仲舒，此猶李斯以督責治秦，而歸罪於孫卿也。」見《沈寄簾先生遺書·甲編》下冊，頁771。然淮南獄之多所誅戮，要與董氏春秋治獄平恕之旨，為相左也。

⁹⁰ 應劭撰，王利器校注，《風俗通義校注》（北京：中華書局，1981），頁117。

⁹¹ 《春秋三傳》，頁412。

BC)，與前引悉燒梁之反辭事件⁹²相距約三十年。這二件案子，有其共同之點，即兩者均為皇帝之親屬謀反，梁王為景帝之弟，淮南王則為武帝從父。但是，在梁王事件中，適用了「為親者諱」的原則，放棄刑罰權之行使，而在淮南王獄，則根據：「君親毋將，將而必誅」之義，使伏誅。這裡面當然牽涉了當時情勢、背景之因素，按梁王為景帝同母弟，而淮南王則為武帝從父，親疏關係不同。又以朝廷之權力結構言，當時梁王獨蒙寬宥，似與梁王母竇太后在當時享有相當政治權力也有關係。

10. 梁王禽獸行

有司案驗，因發淫亂事〔釋一〕，奏立（梁王立）禽獸行，請誅〔釋二〕。大中大夫谷永上疏曰：春秋為親者諱，今梁王年少，頗有狂病。始以惡言按驗，既亡事實；而發閨門之私，非所以為公族隱諱。〔釋三〕〔釋四〕天子由是寢而不治。（《漢書·梁平王傳》）〔釋五〕

釋義：

〔釋一〕據梁平王本傳，永始中，梁相禹奏立對外家怨望有惡言，有司案驗，因發立與其姑園子（立父荒王女弟、為立舅任竇妻）姦情，乃奏立禽獸行，請誅。

〔釋二〕漢時法，與近親姦，為禽獸行，當誅。《漢書·燕王劉澤傳》：「子定國與父康王姬姦，生子男一人，奪弟妻為姬，與子女三人姦。事下，公卿皆議曰，定國禽獸行，亂人倫，逆天道，當誅。上許之，定國自殺。」⁹³

〔釋三〕《春秋》為親者諱，為公族隱諱。（補注）王文彬曰：「語本《公羊傳》閔公元年。公族，語出《詩·召南·麟之趾》：『麟之角，振振公族。』《傳》：『公族，公同祖也。』陳奐《傳

⁹² 梁孝王謀反事件，為景帝年間（153 BC）；淮南王獄為武帝元狩元年（122 BC）。相距約三十年。

⁹³ 《漢書·刑法志》，頁1348。

疏》：『公族，猶公姓也。』⁹⁴

〔釋四〕按《漢書·梁平王傳》引谷永原疏並稱：「臣愚以為王少而父同產長，年齒不倫，梁國之富，足以厚聘美女招致妖麗；父同產，亦有羞恥之心。」「以三者揆之殆非人情。疑有所迫切，過誤失言，文吏躡尋，不得轉移。萌芽之時，加恩勿治，上也。」（如淳曰：「覆蓋之，則計之上。」）⁹⁵ 唯由全文觀之，重點仍在為公族隱諱。

〔釋五〕〈梁平王傳〉係附《漢書·文三王傳》之下，程樹德《九朝律考》作〈濟川王傳〉，疑係誤引。⁹⁶

要旨：

在梁王案，梁王立淫亂，與其姑有姦情，議當誅。依漢時法，與近親姦，為禽獸行。唯本案與07.「悉燒梁之反辭」條相同。即基於為親者隱諱之原則，對於皇帝之特定親屬，放棄刑罰權之發動與行使（參閱前條）。

11. 違命出奔拒而不納

始元五年，有一男子乘黃犢車，建黃旒〔釋一〕，衣黃襜褕〔釋二〕，著黃冒〔釋三〕，詣北闕〔釋四〕下，自謂衛太子〔釋五〕。公車〔釋六〕以聞，詔使公卿將軍中二千石雜〔釋七〕識視。長安中吏民聚觀者數萬人，右將軍勒兵闕下，以備非常。丞相御史二千石至者立，莫敢發言。京兆尹不疑後到，叱從吏收縛。或曰：是非未可知，且安之。不疑曰：諸君何患於衛太子？昔蒯瞶違命出奔，輒拒而不納〔釋八〕，春秋是之。衛太子得罪先帝，亡不即死，今來自詣，此罪人也。遂送詔獄〔釋九〕。天子與大將軍霍光聞而嘉之曰，公卿大臣，當用經術，明於大誼。繇是名聲重於朝廷。（《漢書·雋不疑傳》）

⁹⁴ 王先謙補注，《漢書補注》，收入王雲五主編，《國學基本叢書四百種》（臺北：臺灣商務印書館，1968），頁3683。

⁹⁵ 《漢書》，頁1508。

⁹⁶ 見《九朝律考》，頁117。

釋義：

- 〔釋一〕旒：旌旗之屬。
- 〔釋二〕檐褕：直裾禪衣。
- 〔釋三〕冒：帽之本字。
- 〔釋四〕北闕：未央宮北闕也。上書奏事謁見者皆詣北闕。
- 〔釋五〕衛太子：即戾太子，於武帝征和元年，以「巫蠱之獄」事件，起兵失敗出亡，後自殺。⁹⁷
- 〔釋六〕公車：主受章奏者。
- 〔釋七〕雜：共也。
- 〔釋八〕昔蒯瞶違命出奔，輒拒而不納。蒯瞶，衛靈公太子。輒，蒯瞶子也。蒯瞶得罪於衛靈公而出奔晉。及靈公卒，使輒嗣位，而晉趙鞅納蒯瞶於戚，欲求入衛。魯哀公三年，齊國夏、衛石曼姑帥師圍戚。《春秋公羊傳》曰：「曼姑受命乎靈公而立輒，以曼姑之義爲固可以拒之也……然則輒之義可以立乎？曰：可。」⁹⁸
- 〔釋九〕詔獄：奉詔繫治罪犯之所。《漢書·王商傳》：「召商詣若盧詔獄」。⁹⁹ 亦謂奉詔訊鞫之案曰詔獄。《後漢書·百官志》：「左平一人，掌平決詔獄」。¹⁰⁰ 按據〈雋不疑傳〉，廷尉驗治，該男子本夏陽人，姓名方遂，坐誣罔不道，腰斬東市。

要旨：

按衛太子之事件，原係由於奸人江充譖害所致，武帝晚年亦有悔意，並有平反之措施。¹⁰¹ 始元間，昭帝（武帝幼子弗陵）已在位，如其爲真實的衛太子之出現，則本於民間對其受冤之同情，可能發生帝位之爭。

⁹⁷ 見《漢書·武帝紀》，頁966。

⁹⁸ 《春秋三傳》，頁519。

⁹⁹ 《漢書》，頁1903。

¹⁰⁰ 同前書，頁2532。

¹⁰¹ 《漢書·戾太子傳》：「久之巫蠱事，多不信，上知太子惶恐無他意，而車千秋復訟太子冤，上遂擢千秋爲丞相，而族滅江充家，焚蘇文於橫橋上，及泉鳩里加兵刃於太子者，初爲北地太守後族。上憐太子無辜，乃作思子宮，爲歸來望思之臺於湖，天下聞而悲之。」參照《漢書》，頁1683。

觀乎〈雋不疑傳〉所敘，長安吏民聚觀者數萬人，丞相二千石至者立，莫敢發言，右將軍勒兵闕下，以備非常，可見情勢之具有爆炸性。雋不疑之引用《春秋》衛輒拒父故事，以衛太子得罪先帝，是為罪人（縱為真實，亦為罪人），送之詔獄；使情勢與秩序歸於控制，並消除其潛在之危險性。本案之政治意義，抑大於其法律意義，¹⁰² 唯本案對於儒家地位之提升，當有相當之影響。

12. 奉使矯制

元鼎中，博士徐偃矯制〔釋一〕，使膠東魯國鼓鑄鹽鐵，御史大夫張湯劾偃矯制大害，法至死〔釋二〕。偃以為春秋之義，大夫出疆，有可以安社稷存萬民，顛之可也〔釋三〕。湯以致其法〔釋四〕。不能誣其義。有詔下軍問狀。軍詰偃曰：古者諸侯國異俗分，百里不通，時有聘會之事，安危之勢，呼吸成變，故有不受辭造命顛己之宜〔釋五〕。今天下為一，萬里同風，故春秋王者無外〔釋六〕。偃巡封域之中，稱以出疆，何也〔釋七〕？偃窮誣服罪當死〔釋八〕。（《漢書·終軍傳》）

釋義：

〔釋一〕矯制：師古曰：「矯，託也。託言受詔。」沈家本曰：「漢書中之稱制詔者，乃制書也。矯者，《公羊傳》僖公三十三年，矯以鄭伯之命而犒師也。注，詐稱曰矯。《周語》其刑矯誣。注，以詐用法曰矯。《呂覽·悔過篇》乃矯鄭伯之命，以勞之。注，擅稱君命曰矯。具此三說，其義方備。師古以託釋矯，其意尚不明也。」¹⁰³ 按據《漢書·終軍傳》，元鼎中，博士徐鼎使行風俗，偃矯制，使膠東魯國鼓鑄鹽鐵。

¹⁰² 衛輒拒父，左氏以為子而拒父，悖德逆倫，大惡。在經義上，原有討論之餘地。就本案而言，是武帝時實已平反。則本案如確為衛太子，則謂為罪人，亦有可議。

¹⁰³ 見《漢律摭遺》，頁570。

- [釋二] 矯制大害法至死：矯制大害要斬。（〈功臣表〉注如淳引律）按《唐律疏義》云：「有害，詔當言勿原而言原之，當言千匹而言十匹。」¹⁰⁴
- [釋三] 《春秋公羊傳》莊公十九年：「大夫受命不受辭，出竟有可以安社稷利國家者，則專之可也。」¹⁰⁵
- [釋四] 湯以：（原注）以，已也。
- [釋五]（補注）沈欽韓曰：「《繁露·精華篇》公子結受命媵陳，道生事從齊桓盟，春秋弗非，以爲救莊公之危。公子遂命使京師道生事之晉，春秋非之。以爲是時僖公安甯無危也。故有危，而不專救，謂之不忠；無危，而擅生事，是卑君也。軍義本此。」¹⁰⁶
- [釋六] 《春秋公羊傳》成公十二年：「（周公出奔晉）周公者何，天子之三公也。王者無外，此其言出何，自其私土而出也。」¹⁰⁷
- [釋七] 原文下接：「且鹽鐵郡有餘臧，正二國廢，國家不足以爲利害，而以安社稷存萬民爲辭，何也？……偃已前三奏無詔，不惟所爲不許，而直矯作威福，以從民望，干名采譽，此明聖所必加誅也。枉尺直尋，孟子稱其不可，今所犯罪重，所就者小，偃自予必死，而爲之邪，將幸誅不加，欲以采名也。」¹⁰⁸
- [釋八] 偃窮詘服罪當死：（補注）先謙曰：「〈郊祀志〉載徐偃云，太常諸生行禮不如魯善，事在元封元年，是偃服罪後，仍得赦免也。」¹⁰⁹

要旨：

本案在法律上之爭點，爲大夫出疆之解釋問題。即原則上，矯制大害依法當死，但承認大夫出疆之例外法。此所爭執者，爲大夫出疆之構成要件。終軍之意見，爲偃巡行封域之中，不得謂出疆；而鼓鑄鹽鐵，不

¹⁰⁴ 《漢書補注》，頁4355。

¹⁰⁵ 《春秋三傳》，頁121。

¹⁰⁶ 《漢書補注》，頁4356。

¹⁰⁷ 《春秋三傳》，頁313。

¹⁰⁸ 《漢書》，頁1707。

¹⁰⁹ 《漢書補注》，頁4357。

得謂「安社稷、存萬民」（參閱〔釋七〕）。本案徐偃矯制，並無大害，而終軍之引用經義，以附合酷吏（張湯），¹¹⁰ 難免「舞文」「周納」之譏也。¹¹¹ 徐偃雖服刑，仍得赦免（參閱〔釋八〕）。

13. 田延年主守盜

丞相議奏延年主守盜三千萬〔釋一〕，不道。霍將軍召問延年，欲為道地。延年抵曰，本出將軍之門，蒙此爵位，無有是事。光曰：即無事，當窮竟。御史大夫田廣明謂太僕杜延年，春秋之義，以功覆過〔釋二〕。當廢昌邑王時，非田子賓之言，大事不成〔釋三〕。今縣官〔釋四〕出三千萬自乞之〔釋五〕，何哉？願以愚言白大將軍〔釋六〕。（《漢書·田延年傳》）

釋義：

〔釋一〕主守盜三千萬：據〈田延年傳〉，大司農取民牛車三萬兩為僦，載沙便橋下，送至方上，車直千金。延年上簿，詐增僦值，車二千。凡六千萬，盜取其半。

〔釋二〕春秋之義，以功覆過：春秋經傳中，查無以功覆過之語，似係泛指春秋之精神而言。

〔釋三〕非田子賓之言，大事不成：指霍光與公卿議廢昌邑王，群臣莫敢發言，延年按劍廷叱而議乃決事。¹¹²

〔釋四〕縣官：《史記·索隱》：「縣官謂天子也。」

〔釋五〕自乞之：王念孫¹¹³曰：「乞字後人所加，自當為匈。《廣雅》：匈，與也。謂出三千萬錢與之。」¹¹⁴

¹¹⁰ 沈家本謂：「徐偃之事，並無大害，上已不究，而張湯以矯制大害科之，此之謂酷吏」，參照前引《漢律摭遺》，頁571。

¹¹¹ 劉師培謂：「枉尺直尋，孟子之言也，終軍引之，則周納徐偃之罪；輒距崩隕，春秋所許也，雋不疑引之，則證明衛太子之誣，雖忠姦有殊，然經術便於舞文，則固在上者所共悅。」見〈儒學法學分歧論〉，原載《國粹學報》29（1907）：3560，轉引自楊鴻烈，《中國法律發達史》，頁66。

¹¹² 見《漢書·霍光傳》，頁1747。

¹¹³ 王念孫，字懷祖，號石臞，江蘇高郵人，清代漢學家。

¹¹⁴ 《漢書補注》，頁5223。

〔釋六〕據〈田延年傳〉：「延年言之大將軍，大將軍曰：誠然，實勇士也。……謝田大夫（廣明）曉大司農（田延年）通往就獄得公議之。……數日，使者召延年詣廷尉，聞鼓聲，自刎死。」¹¹⁵

要旨：

依漢律，主守盜，直十金，棄市（參閱〔釋一〕）。本案，田廣明之言，以田延年於廢昌邑王而迎立昭帝，曾有功勳，應得以功覆過。按唐律本乎《周禮》之八辟，以八議入律，凡立事立功，簡在帝心者，即在請議之列，而在刑罰上享有殊遇。唯本案以田延年自殺（參閱〔釋六〕），未能依「以功覆過」之原則成議耳。

唐初八議議功之規定，見〈名例〉七，其犯十惡者，死罪不得上請（〈名例〉八～二）。不道，爲十惡名目之一。本案，丞相議奏延年主守盜三千萬，不道。蓋漢初，主守盜三千萬，構成不道。唯唐初之不道，謂殺一家非死罪三人及支解人，造畜蠱毒、厭魅；不以主守盜計贓而成立不道也。

14. 懸首示眾

斬郅支首及名王以下，宜縣〔釋一〕頭橐街〔釋二〕蠻夷邸間，以示萬里，明犯疆漢者，雖遠必誅〔釋三〕。事下有司，丞相匡衡，御史大夫甘延壽以爲「郅支及名王首更歷諸國蠻夷，莫不聞知。《月令》春掩骼埋胔之時〔釋四〕，宜勿縣。」車騎將軍許嘉，右將軍王商，以爲「春秋夾谷之會〔釋五〕，優施〔釋六〕笑君，孔子誅之。方盛夏，首足異門而出，宜縣十日，迺埋之。」有詔將軍議是。（《漢書·陳湯傳》）

釋義：

〔釋一〕縣：懸也。以聲符代全字。

〔釋二〕橐街：街名。蠻夷邸在此街。

¹¹⁵ 《漢書》，頁2003。

- 〔釋三〕自「斬郅支首」，至「雖遠必誅」，為甘延壽、陳湯上疏原文。
- 〔釋四〕按：枯骨曰骼，有肉曰髡。《禮記·月令》第六之一：（孟春之月）掩骼埋髡。
- 〔釋五〕夾谷之會：魯定公十年，公會齊侯於峽谷，孔子攝相事。齊侯奏宮中之樂，俳優侏儒戲於前。孔子歷階而上曰：匹夫侮諸侯者，罪應誅。於是斬侏儒首足異處。齊侯懼，有慚色。
- 〔釋六〕優施：施，優名。

要旨：

據《漢書·陳湯傳》，甘延壽、陳湯矯制興師，斬邗郅單于，闕氏、名王以下千五百十八級，因上疏請懸頭示眾。丞相、御史大夫，引《月令》，持反對論。車騎將軍、右將軍，則引《春秋》夾谷之會故事，認宜予懸首十日，再埋之。按梟首示眾，原為固有刑制。當時並無如今日之戰爭法，規範與敵國間或交戰團體間對敵人屍體之處置。況且，當時在中華大帝國之思想下，「明犯疆漢者雖遠必誅」云云，其興師、斬首之舉，或僅被認作為一種對蠻夷的懲罰。於此情形下，乃有兵刑合一的觀念，即認其用兵，即為執行刑罰。程氏輯列以為決獄之例，當是基於此一觀念。

15. 非造意者放歸田里

廣漢太守扈商者，大司馬車騎將軍王音〔釋一〕姊子，軟弱不任職。寶到部，親入山谷，諭告群盜，非本造意渠率〔釋二〕，皆得悔過自出，遣歸田里。自劾矯制〔釋三〕，奏商為亂首〔釋四〕，春秋之義，誅首惡而已〔釋五〕〔釋六〕。（《漢書·孫寶傳》）

釋義：

- 〔釋一〕王音：《漢書》作王音。
- 〔釋二〕造意渠率：《晉書·刑法志》引張斐《律表》：「唱首先言，謂之造意。」師古曰：「渠，大也。」張斐《律表》：「制眾建計謂之率」。渠率，謂首領也。

〔釋三〕自効矯制：師古曰：「擅放群盜歸，故曰矯制也。」

〔釋四〕商爲亂首：商不任職，致有賊盜，故云爲亂首也。

〔釋五〕春秋之意誅首惡：參考22.「罪止坐者」條〔釋二〕。

〔釋六〕據《漢書·孫寶傳》：「商亦奏寶所縱，或有渠率律當坐者。商徵下獄。寶坐失死罪免。益州吏民多陳寶功效，言爲車騎將軍所排。上復拜寶爲冀州刺史。」¹¹⁶

要旨：

本案中，寶雖以坐失死罪，免益州刺史，此因其所縱或有渠率當坐者，至其許非本造意渠率者悔過自出，則非其得罪之由（按寶旋以吏民爲其剖白，復拜爲冀州刺史〔參閱釋六〕）。就本案之案情而言，寶親入山谷，諭告群盜（鴻嘉中，廣漢群盜起，見《漢書·孫寶傳》），准其非造意渠率，皆得悔過自出。在法律上，宜解爲以悔過自出（脫離盜黨）爲條件而予以免究（未先奏請故自効矯制）。按，所謂群盜者，在性質上，係爲必要共犯之眾合犯，《唐律·賊盜》規定，謀叛、謀反、謀大逆、或亡命山澤不從追喚、既肆凶悖、堪擅殺人並劫囚之類，其被驅率者，不坐（〈賊盜〉一四～二、四～三、一〇～一）。¹¹⁷ 蓋此等人既非造意渠率，而係被脅迫驅使，或出於受愚盲從，原無積極之犯意、惡性，在政策上，自以不予處罰而許其悔過自新爲愈也；此外，群盜之起，反應一定之社會問題，且其被驅率者眾，牽涉廣泛，一一窮治，既有困難，苟迫使其負隅頑抗，亦非得策也。¹¹⁸

16. 於掖門外創戮近臣

按在程氏所輯漢以春秋決獄之事例各條中，其能涉及實質上的法律上之爭點，而有相當的討論價值者，當以本案最爲值得注意。唯程本中頗

¹¹⁶ 《漢書》，頁1861。

¹¹⁷ 被驅率者，《疏議》曰：「謂元本不共同情，臨時被驅率者，不坐」。關於唐律中之眾合犯，參照戴炎輝，《唐律通論》，頁378。

¹¹⁸ 較之以臺灣現行之刑事訴訟法第二百五十三條之規定，即所謂的「微罪不舉」，似皆本於相同之考量與目的。

有刪節，茲為便於討論計，爰錄未刪節之全文如下：

哀帝初即位，博士申咸給事中，亦東海人也。毀宣不供養行喪服，薄於骨肉，前以不忠孝免，不宜復列封侯在朝省。宣子況為右曹侍郎，數聞其語。賊客楊明〔釋一〕欲令創咸面目，使不居位。會司隸缺，況恐咸為之，遂令明遮斫咸宮門外，斷鼻唇，身八創。事下有司，御史中丞等奏：「況朝臣，父故宰相，再封列侯。不相敕丞化，而骨肉相疑。疑咸受（薛）修（薛宣弟）言，以謗毀宣。咸所言，皆宣行跡，眾人所共見，公家所宜聞。況知咸給事中，恐為司隸舉奏宣，而公令明等迫切宮闕，要遮創戮近臣於大道人眾中，欲以鬲塞聰明，杜絕論議之端，桀黠無所畏忌，萬眾謹譁，流聞四方，不與凡民忿怒爭鬥者同。臣聞，敬近臣，為近主也。禮下公門，式路馬〔釋二〕，君畜產且猶敬之。春秋之義，意惡功遂〔釋三〕，不免於誅。上浸之源，不可長也〔釋四〕。況首為惡，明手傷〔釋五〕，功意俱惡〔釋六〕，皆大不敬。明當以重論，及況皆棄市。」廷尉直以為：「律曰：『鬥以刃傷人，完為城旦，其賊，加罪一等，與謀者同罪。』詔書無以詆欺成罪。《傳》曰：『遇人不以義，而見疾者，與瘡人之罪鈞，惡不直也。』咸厚善修而數稱宣惡，流聞不誼，不可謂直。況以故傷咸，計謀已定，後聞置司隸，因前謀而趣明，非以恐咸為司隸，故造謀也。本爭私變，雖與掖門外傷咸道中，與凡民爭鬥無異。殺人者死，傷人者刑，古今之通道。三代所不易也。孔子曰：『必也正名』，名不正，則至於刑罰不中，刑罰不中，而民無所錯手足。今以況為首惡，明手傷為大不敬，公私無差。春秋之義，原心定罪。原況以父見謗，發忿怒，無他大惡。加詆欺，輯小過，成大辟，陷死刑，違明詔，恐非法意，不可施行。聖王不以怒增刑，明當以賊傷人不直〔釋七〕，況與謀者皆爵減完為城旦〔釋八〕。」上以問公卿議臣，丞相孔光、大司空師丹以中丞議是，自將軍以下以至博士議郎，皆是廷尉。況竟減罪一等〔釋九〕，徙敦煌，宣坐免為庶人。（《漢書·薛宣傳》）

釋義：

〔釋一〕賂：行貨財以有求於人曰賂。《字林》：以財枉法相謝曰賂。

〔釋二〕式路馬：師古曰：「見路馬則撫式。」

〔釋三〕意惡功遂：舉意不善，雖有成功，猶加誅。

〔釋四〕上浸之源，不可長也：師古曰：「浸，近也，言傷戮大臣有所逼近也。」（作者按：原意似係指傷戮近臣，間接則威脅、干犯君上也。）

〔釋五〕明手傷：王念孫曰：「手傷下原有人字。」

〔釋六〕功意俱惡：孟康曰：「手傷人為功，使人行傷人者為意。」

〔釋七〕賊傷人不直：師古曰：「以其受賂也。」依漢律：「鬥以刃傷人完為城旦，其賊加罪一等，與謀者同罪。」作者按：完為城旦（四歲刑），加一等，似應為髡鉗（五歲刑）。

〔釋八〕爵減：原注，師古曰：「以身有爵級，故得減罪而為完也。」作者按：依前注，況應處髡鉗，爵減一級，完為城旦。

〔釋九〕減罪：宋祁曰：「罪上常有死字。」

要旨：

本案在法律上之爭點，為薛況（謀議）楊明（實施）創戮申咸於掖門外，是否適用凡民爭鬥之律？就此，議臣間產生了兩派不同意見：

一、為丞相孔光、大司空師丹所支持御史中丞的意見，著眼於況明犯行之客體、地點及態樣。以其所創戮者為近臣，且係在迫近宮闕之大道人眾之中；認其欲鬲塞聰明（按上引〈薛宣傳〉稱，會司隸缺，況恐咸為之舉奏乃父薛宣。蓋司隸司監察公卿，可彈劾三公¹¹⁹），桀黠無所畏忌，不同於凡鬥，認應成立大不敬，均棄市。¹²⁰

二、為將軍以下博士議郎所支持的廷尉意見，以為「春秋之義，原心定罪」，即著眼於行為人之內心動機。以楊明雖係於掖門外道中創咸，

¹¹⁹ 所謂三公，乃指丞相、太尉、御史大夫。參閱陶希聖、沈任遠，《秦漢政治制度》（臺北：臺灣商務印書館，1964），頁154-158。

¹²⁰ 張裴《律表》：「虧禮廢節謂之不敬。此指其傷戮近臣，間接則干犯君上也。」見《晉書斟注》（收入《仁壽本二十六史》第8-10冊），卷三〇，頁4853。

但薛況之動機，無非忿父之受謗，無他大惡。¹²¹ 故認適用凡民爭鬥之律。即楊明當以賊傷人不直，況為與謀者，應爵減完為城旦。

按在漢律中，不敬、不道皆無正法，「所犯劇易為罪」故欲論以重刑者，每多比附之。¹²² 上述御史中丞之意見，以況等犯行之客體為近臣，地點為迫近宮闕之大道人眾中，因而主張排除凡鬥之律之適用，而認應成立「大不敬」實嫌「周內」（沈家本語）。¹²³ 而廷尉之意見，則分析況等之動機及有關案情，認為不過基於私忿而「本爭私變」，¹²⁴ 雖在宮門外傷害近臣，然不得謂有「大不敬」之意思，仍應依凡民爭鬥論處。這一種見解，可以說是比較平恕，或應認為符合當時法制的精神。¹²⁵

17. 姦以事君，常刑不舍

（彭）宣等劾奏：「……博執左道，虧損上恩，以結信貴戚，背君鄉臣〔釋一〕，傾亂政治，姦人之雄，附下罔上，為臣不忠，不道。（趙）玄知博所言非法，枉義附從，大不敬。（傅）晏與博議免大司馬（傅）喜，失禮不敬。臣請詔謁者，召博、玄、晏詣廷尉詔獄〔釋二〕。」制曰：將軍中二千石諸大夫博士議郎議，右將軍蟜望等四十四人，以為如宣等言，可許。諫大夫龔勝等十四人，以為春秋之義，姦以事君，常刑不舍。魯大夫叔孫僑如欲顯公室，諧

¹²¹ 據上引〈薛宣傳〉稱，廷尉指陳其意欲傷戚，計謀早定。不過，因聞置司隸而趨明，故不得謂其欲鬲塞聰明也。

¹²² 程樹德曰：「按《史記·酷吏傳》，獄久者至更數赦，十有餘歲，而相告言，大抵盡詆以不道。《漢書·陳湯傳》，亦云廷尉增壽議，以為不道無正法，以所犯劇易為罪，臣下承用失其中。蓋漢時聽斷獄訟，各有正法，《漢書·王尊傳》所謂尊以正法案誅，皆伏其辜是也。不道不敬，皆無正法，故議者易於比附。」參照《九朝律考》，頁116。

¹²³ 沈家本曰：「按薛況之獄，以廷尉直所議為平允，中丞之議，近周內矣。」參照《漢律摭遺》，頁578。

¹²⁴ 上引〈薛宣傳〉，廷尉奏中指出戚亦不得謂直。

¹²⁵ 本案御史中丞奏，況明均大不敬，應棄市。廷尉奏，明應以賊傷人不直，況為與謀者，應同罪。公卿以廷尉議是，況減罪一等，徙敦煌。據沈家本意見，即「並不以大不敬論矣」，參照《漢律摭遺》卷三，「不道」條，頁557。唯此謂減罪一等，似係就有司御史中丞原擬之棄市減一罪，按漢制減死一等即入髡鉗（參照《後漢書·仲長統傳》），有時亦為徙邊。參照《九朝律考》，〈漢律考·二·刑名考·徙邊條〉，頁59。

其族兄季孫行父於晉，晉執囚行父，以亂魯國，春秋重而書之〔釋三〕。今晏放命圯族〔釋四〕干亂朝政，要大臣以罔上，本造計謀，職為亂階〔釋五〕，宜與博、玄同罪，罪皆不道〔釋六〕。（《漢書·朱博傳》）

釋義：

〔釋一〕鄉：嚮也。以聲符代全字。

〔釋二〕詔獄：見11.「違命出奔拒而不納」條〔釋九〕。

〔釋三〕春秋重而書之：「僑如通於成公之母穆姜，欲去行父而取其室。使告晉曰：魯之有季孟，猶晉之有欒范也，政令於是乎成。今其謀曰：晉政多門，不可從也。若欲得志於魯，請止行父而殺之。不然，歸必畔矣。晉人執行父於茗丘。事在成公十六年。」¹²⁶

〔釋四〕應劭曰：「放棄教令，毀其族類。」按博晏為博喜從弟故謂。

〔釋五〕職為亂階：職，主也。階，基之漸也。

〔釋六〕據本傳，本案定讞，三人雖同為不道，唯其刑不同，玄減死罪三等，晏削戶四分之一，博召詣詔獄，遂自殺，國除。

要旨：

據《漢書·朱博傳》，哀帝祖母定陶傅太后怨其從弟大司馬博喜（當時已罷，遣就國），使孔鄉侯傅晏風丞相朱博免喜。哀帝知傅太后怨喜，疑朱博及御史大夫趙玄承旨，召詣尚書問狀，玄辭服，有詔左將軍彭宣與中朝者雜問。依彭宣劾奏，博附下罔上，為臣不忠、不道；玄枉義附從，大不敬；晏失禮，不敬。交議結果，諫大夫龔勝等引《春秋》叔孫僑如譖其族名於晉，使晉執囚其族兄，以亂魯國之故事，認晏放命圯族，干亂朝政，要大臣以罔上，認應與博、玄同罪，並為不道。按不道無正法，易於比附，已見前條，即不道之構成要件並無具體規定，本案引春秋經義，以論斷晏等之行爲係已達「逆倫絕理」之程度，應科以不道之罪名。

¹²⁶ 《春秋三傳》，頁324。

18. 專地盜土

司隸校尉駿、少府忠行廷尉事，劾奏「衡監臨盜所主守直十金以上。¹²⁷ 春秋之義，諸侯不得專地，¹²⁸ 所以一統尊法制也。衡位三公，輔國政，領計簿，知郡實，正國界。計簿已定，而背法制，專地盜土以自益；及（陸）賜，明阿承衡意，猥舉郡計，亂減縣界，附下罔上，擅以地附益大臣，皆不道」，於是上可其奏，勿治，丞相免為庶人，終於家。（《漢書·匡衡傳》）

要旨：

據《漢書·匡衡傳》，匡衡時為丞相，以其封地郡鄙國臨界有誤，溢收四百頃之租。郡業已更正，衡仍取此四百頃之租入；致為司隸校尉、少府所劾。其所劾監臨盜所主守直十金以上，為漢律之罪名；其再引春秋諸侯不得專地之義者，蓋欲更成立「不道」，而以重論之也。

「上可其奏」但不治，或因匡衡為丞相，免為庶人，已為重罰，不再課刑。參閱「不道」無正法云云（17.「姦以事君，常刑不舍」條）。

19. 冊免丁明

遂冊免（丁）明曰：蓋君親無將，將而誅之〔釋一〕，是以季友鳩叔牙，《春秋》賢之〔釋二〕；趙盾不討賊，謂之弑君〔釋三〕。朕閔將軍陷於重刑，故以書飭，將軍遂非不改，復與丞相（王）嘉相比，令嘉有依，得以罔上。有司致法將軍，請獄治，朕惟噬膚之恩〔釋四〕未忍，其上票騎將軍印綬，罷歸就第。（《漢書·董賢傳》）

釋義：

〔釋一〕君親無將，將而誅之：見09.「淮南王安謀反」條釋義〔釋二〕。

¹²⁷ 《漢書·陳萬年傳》注，如淳曰：「律主守而盜直十金棄市。」參照《漢書》，頁1735。

¹²⁸ 《春秋公羊傳》桓公元年：「鄭伯以璧假許田：有天子存，則諸侯不得專地也。」參照《春秋三傳》，頁62。

- 〔釋二〕季友鳩兄：魯莊公有疾，叔牙欲立公子般，遂鳩叔牙殺之。《春秋公羊傳》莊公三十二年曰：「季子殺母兄，何善爾？誅不得辟兄，君臣之義也。」劉攽曰：「何善其誅不得避兄，案其反，其當作爾。」¹²⁹
- 〔釋三〕趙盾不討賊：「晉靈公欲殺趙盾，盾將出奔而趙穿攻靈公於桃園，盾未出境而復。太史書曰：趙盾弑其君。盾曰：不然。曰：子爲正卿，亡不越境，返不討賊，非子而誰！」¹³⁰
- 〔釋四〕噬膚之恩：言自齧其肌膚。（丁）明是恭后之親，有肌膚之愛，是以不忍加法。

要旨：

本條引用經義，在彰明丁明行爲之違法性；其引用君親無將者，謂叛逆大罪，雖預謀亦誅；其引季友鳩兄者，謂對逆亂者應誅之，雖兄不避；其引趙盾弑君者，謂消極的不討賊，亦構成犯罪。而丁明乃懷非君上，依附東雲王雲及御醫伍宏，並與王嘉結託（參閱〈董賢傳〉）。依法即應嚴究，因係至親（明爲帝舅），特予寬減，冊免歸第。

20. 餘黨徙京師近郡

時平原多盜賊，熹與諸郡討捕，斬其渠帥，餘黨當坐者數千人。熹上言，惡惡止其身〔釋一〕，可一切徙京師近郡，帝從之。（《後漢書·趙熹傳》）

釋義：

- 〔釋一〕惡惡止其身：《春秋公羊傳》曰：「善善及其子孫，惡惡止其身。」¹³¹

¹²⁹ 《春秋三傳》，頁139。

¹³⁰ 同前書，頁255。

¹³¹ 同前書，頁458。

要旨：

據《後漢書·趙熹傳》，趙熹時任平原太守，斬諸盜渠帥後，依惡惡止其身之經義，餘黨得以免坐。其餘黨得以免究，而移置潁川、陳留。本案之情形，係與孫寶治廣漢群盜（15.「非造意者放歸田里」）之原則相同。其徙京師近郊者，蓋京師之地，必駐重兵，可監視之以維護社會安全。且京師為首善之區，亦足展現教化勸善之功。故亦得認為廣義地基於刑事政策之要求，而採取一種具有保安處分性質之措施。

21. 樊儵請誅廣陵王

廣陵王荆有罪〔釋一〕，帝以至親，悼傷之。詔儵與羽林監南陽任隗雜理其獄，事竟，奏請誅荆，引見宣明殿。帝怒曰：諸卿以我弟，故欲誅之，即我子，卿等敢爾耶？儵仰而對曰：天下，高帝天下，非陛下之天下也。《春秋》之義，君親無將，將而誅焉〔釋二〕。是以周公誅弟、季友鳩兄，經傳大之〔釋三〕〔釋四〕。臣等以荆屬託母弟〔釋五〕，陛下留聖心，加惻隱，故敢請耳。如今陛下子〔釋六〕，臣等專誅而已〔釋七〕。儵以此知名〔釋八〕。（《後漢書·樊儵傳》）

釋義：

〔釋一〕據《後漢書·光武十王列傳·廣陵思王荆》，荆一再有逆謀，被告發，惶恐自繫獄，（明）帝復加恩，不考極其事。荆猶不改，其後，使巫祭祀祝詛，有司舉奏，請誅。

〔釋二〕君親無將，將而誅焉：見09.「淮南王安謀反」條〔釋二〕。

〔釋三〕周公誅弟：周公之弟管蔡二叔流言於國曰：周公攝政，將不利於成王。故周公誅之。《左傳》曰：「周公殺管叔，而擊蔡叔，夫豈不受王室故也。」杜預注曰：「擊，放也。」

〔釋四〕季友鳩兄：見19.「冊免丁明」條〔釋二〕。

〔釋五〕據《後漢書·光武十王列傳》，廣陵王荆為光武帝十一子之一，與明帝同為光烈皇后所出。

〔釋六〕如今陛下子：（集解）劉放曰：「案今當作令。」

〔釋七〕專誅：專謂不請也。（集解）惠棟曰：「專誅謂如呂步舒治淮南獄，專斷於外，不先請也。」

〔釋八〕以此知名：（集解）荆傳有司舉奏請誅之，荆自殺。

要旨：

樊儵請誅廣陵王，其引用春秋「君親無將，將而誅焉」之義，及周公誅二弟、季友鳩兄之故事，無非說明謀反大罪，無可寬恕；雖兄弟之親，不免於誅。唯以廣陵王係帝之同母弟，故以請裁（按依唐律，謀反為十惡罪名之一，不適用八議之殊遇，〈名例〉六～一、八～二可供參照）。但廣陵王隨即自殺。¹³² 雖未加誅，依樊儵之見解，仍認為無可寬恕也。

然與07.「悉燒梁之反辭」、10.「梁王禽獸行」二條相較，可知廣陵王顯不同於梁王，因其並無如竇太后般強勢的力量可供依靠，以致其與梁王雖同為帝弟，卻受到極為不同的處置。本案亦可謂是政治性考量優於司法性考量的一個案例。

22. 罪止坐者

永和四年，中常侍張逵等謀共譖商及中常侍曹騰、孟貴云，欲徵諸王子，鄙議廢立，請收商等案罪。帝曰：大將軍父子，我所親貴；貴我所愛，必無是，但汝曹共妒之耳。逵等知言不用，懼迫，遂出矯制〔釋一〕收縛騰、貴於省中。帝震怒，收逵等，悉伏誅，辭所連染及在位大臣。商懼多侵枉，乃上疏曰：春秋之義，功在元帥，罪止首惡〔釋二〕，故賞不僭溢，刑不淫濫。竊聞考中常侍張逵等辭語，多所牽及，大獄一起，無辜者眾，宜早訖竟，以止逮捕之煩，帝乃納之，罪止坐者〔釋三〕。（《後漢書·梁商傳》）

釋義：

〔釋一〕矯制：見12.「奉使矯制」條〔釋一〕。

¹³² 請參閱本文伍、二。

- 〔釋二〕春秋之義，功在元帥，罪止首惡：《春秋公羊傳》僖公二年曰：「虞師、晉師滅下陽」、「虞，微國也，曷爲序於大國之上，使虞首惡也。曷爲使虞首惡？虞受賂，假滅國者道，以取亡焉。」（集解）惠棟曰：「范文子後入，恐代帥受名，果功在元帥也。」¹³³
- 〔釋三〕罪止坐者：入罪曰坐，言罪與律應，不得移動也。本文謂除已入罪者外，停止繼續追訴。

要旨：

本案，梁商上疏，引春秋罪止首惡之義，請止逮捕，以免廣事牽連，多有侵枉。蓋基於刑事政策上之考慮，除已入罪者外，停止繼續追訴；即就尚未追訴部份，放棄刑罰權之發動與行使也。罪止首惡者，蓋以張達等已伏誅者爲首謀，其他爲附從也。

23. 王望專命

帝以望不先表請〔釋一〕章示百官，詳議其罪。時公卿皆以望之專命，法有常條〔釋二〕。鍾離意獨曰：若華元子反楚宋之良臣，不稟君命，擅平二國。春秋之義，以爲美談〔釋三〕〔釋四〕，帝嘉意議，赦而不罪。（《後漢書·王望傳》）

釋義：

- 〔釋一〕據〈王望傳〉，（望）遷吉州刺史，甚有威名，是時州郡災旱，百姓窮荒，望行部，道見飢者，裸行草食五百餘人，愍然哀之。因以便宜出所在布粟，給其廩糧，爲作褐衣。事畢上言。
- 〔釋二〕公卿議以望之專命，法有常條。是漢法有處罰專命之規定也。按專命與矯制近似，唯矯制爲假託君命（制），此則爲越權處分（未先表請）。矯制害，大害，法至死（見12.「奉使矯制」條。又《漢書·竇嬰傳》，迺劾嬰矯先帝詔，害，罪當棄市）。又矯制不害，免爵。（恩澤候者，宜春候伉望矯制不害，免。）專命之處罰，則無資料。

¹³³ 《春秋三傳》，頁152。

〔釋三〕春秋之義，以爲美談。《春秋公羊傳》：「宣公十五年，夏五月，宋人及楚人平。外平不書，此何以書？大其平乎已也。何大乎其平乎已？楚莊王圍宋，有七日之糧爾，盡此不勝，將去而歸爾。使司馬子反乘堙而闚宋城，宋華元亦乘堙而出見之。子反曰：『子之國何如？』曰：『憊矣。』曰：『何如？』曰：『易子而食之，析骸而炊之。』子反曰：『諾，吾軍有七日之糧耳，盡此不勝，將去而歸。』揖而去之，反於莊王，莊王怒曰：『吾使子往視之，子曷爲告之！？』子反曰：『以區區之宋，猶有不欺人之臣，可以楚而無乎！？是以告之。』王曰：『諾』，引師而歸。」¹³⁴

〔釋四〕原文下接：「今望懷義忘罪，當仁不讓，若繩之以法，忽其本情，將乖聖朝愛育之旨。」

要旨：

本案王望專命，未經先請，逕行以官有之布粟，提供裸行草食之災民，依法應按專命論罪。鍾離意議，以其「懷義忘罪，當仁不讓，若繩之以法，忽其本情，將乖聖朝愛育之旨」。即如以專命處刑，則損害漢帝國之形象，故王望得蒙赦免。

24. 臧吏禁錮子孫

初，清河相叔孫光〔釋一〕坐臧抵罪，遂增錮二世〔釋二〕〔釋三〕，釁及其子。是時，居延都尉范邠復犯臧罪，詔下三公、廷尉議。司徒楊震、司空陳褒、廷尉張皓議依光比〔釋四〕。愷獨以爲春秋之義，善善及子孫，惡惡止其身〔釋五〕，所以進入爲善也。如今使臧吏禁錮子孫，非先王祥刑之意也〔釋六〕，有詔太尉議是。（《後漢書·劉愷傳》）

釋義：

〔釋一〕叔孫光：程樹德本引作叔通光。

¹³⁴ 《春秋三傳》，頁281。

- 〔釋二〕增錮二世：禁錮。《左傳》曰：「以重繫錮之」，杜預注曰：「禁錮，令勿仕也。二世，原注父子俱禁錮。」沈家本曰：「二世即稱增錮者。殆當日定罪，於情節亦分輕重或終身，或三世，律有明文，光罪本止終身，加爲二世，故曰增也。」¹³⁵
- 〔釋三〕漢師承春秋時代的禁錮，禁止罪人仕宦，甚至及於其父子、三屬、五屬、外戚、故吏、門生或知識等。禁錮者，大率亦予免官。禁錮屬於能力刑，與現代的褫奪公權同其性質。禁錮或終身，或定有年限。犯禁錮之罪，除科主刑（或可以爵或金贖刑）外，仍奪爵、免官且禁錮。¹³⁶
- 〔釋四〕比：類也。此言依光比，謂亦增錮二世也。
- 〔釋五〕春秋之義：《春秋公羊傳》曰：「曹公孫會自鄭出奔宋，畔也，曷爲不言畔，爲公子喜時之後諱也，春秋爲賢者諱。何賢乎公子喜時？讓國也。君子之善善也長，惡惡也短，惡惡止其身，善善及子孫。」¹³⁷
- 〔釋六〕《史記集解》：「有國有土，告汝祥刑。」孔安國注曰：「告汝善用刑之道也。」一說，刑期無刑，故謂之祥。¹³⁸

要旨：

按據《漢書·貢禹傳》，文帝時，賈人贅婿及吏坐臧者，皆禁錮不得爲吏，東漢時，則臧吏禁錮，並及子孫。上引叔孫光事，增錮二世，即其例也。本案，劉愷（太尉）議引春秋惡惡止其身之義，以排斥臧吏禁錮子孫之比，¹³⁹ 不失爲平恕之旨。按近代刑法學採個人責任主義，係與「惡惡止其身」之原則相符。

¹³⁵ 見《漢律摭遺》卷一一，頁631。

¹³⁶ 戴炎輝，《中國法制史》，頁109。

¹³⁷ 《春秋三傳》，頁458。

¹³⁸ 《史記集解》，頁28。

¹³⁹ 沈家本曰：「劉愷之議，自是正論，臧吏雖可誅，錮及其子，究非法也。」參照《漢律摭遺》卷一一，頁631。

25. 何敞斷獄

敞在職，以寬和為政，舉冤獄，以春秋義斷之，是以郡中無怨聲。
(《後漢書·何敞傳》)

要旨：

據何敞本傳，敞係於後漢和帝永元中，為汝南太守，以寬和為政，立春日常召督郵還府，分遣儒術大吏案行屬縣，顯孝悌有義行者，百姓化其恩禮。此所謂舉冤獄者，當係在法律的適用上有疑點，故能「以春秋義斷之而郡中無怨聲」。惜無詳備之記載可資討論。

26. 霍諝訟舅冤

有人誣諝舅宋光於大將軍梁商者，以為妄刊章文〔釋一〕，坐繫洛陽詔獄〔釋二〕，掠考困極〔釋三〕。諝時年十五，奏記於商曰：諝聞春秋之義，原情定過〔釋四〕，赦事誅意〔釋五〕，故許止雖弑君而不罪，趙盾以縱罪而見書。此仲尼所以垂王法，世所宜遵前修也。光之所坐，情既可原，守闕連年，而終不見理，不偏不黨，其若是乎？商高諝才志，即為奏原光罪。(《後漢書·霍諝傳》)

釋義：

〔釋一〕妄刊章文：不知何所指，按蔡邕《獨斷》：「群臣上書於天子者有四名，一曰章。」刊，刻也，如刊版刊行。意者為私自刊行有關朝政文字，甚至妄加己意之類。

〔釋二〕詔獄：見11.「違命出奔拒而不納」條〔釋九〕。

〔釋三〕掠考：笞掠拷問也。

〔釋四〕原情定過：見註72。

〔釋五〕赦事誅意：趙盾以縱賊而見書，晉史書趙盾弑其君，趙盾曰天乎無辜，吾不弑君。太史曰：爾為仁，為義人，殺爾君而不討賊，此非弑君如何，此赦事誅意也。

要旨：

本案宋光安刊章文情節不明，其引原情定過經義，似係請求斟酌其動機，予以赦免或寬減。

27. 春秋採善書惡

時清河趙騰上言災變，譏刺朝政，章下有司，收騰繫考〔釋一〕，所引黨輩八十餘人，皆以誹謗，當伏重法〔釋二〕。皓上疏諫曰：「臣聞春秋採善書惡，騰等雖干上犯法，所言本欲盡忠正諫，如當誅戮，天下杜口。」帝乃悟，減騰死罪一等，餘皆司寇〔釋三〕。（《後漢書·張皓傳》）

釋義：

〔釋一〕錢大昕曰：《後漢書·楊震傳》：「河間男子趙騰，詣闕上書，指陳得失，帝怒，收考詔獄。震上疏救之，帝不省。騰竟伏尸都市。此安帝延光三年事也。皓為司空在順帝永建元年冬，又有趙騰以言事獲咎，因皓上書諫，得減死一等。相距僅三載，姓名又相同，疑一事而傳聞異詞也。」¹⁴⁰

〔釋二〕以誹謗，當伏重法：《漢書·嚴延年傳》：「延年坐怨望，非謗政治，不道，棄市。」¹⁴¹《後漢書·梁松傳》：「松飛書誹謗，下獄死，國除。是依漢律，誹謗，當伏誅。」¹⁴²（按文帝二年詔廢誹謗妖言之律，哀帝二年除誹謗詆欺法，然如上引二條，西漢宣帝時及東漢仍用此律也。）

〔釋三〕司寇：司空，二歲刑也，輸作司寇，因以名焉。

要旨：

本案係引《春秋》經義（採善書惡），說明騰等雖干上犯法（譏刺朝政），唯其動機係欲盡忠正諫，請予赦降。

¹⁴⁰ 《後漢書·楊震傳》，頁3016。

¹⁴¹ 《後漢書》，頁2005。

¹⁴² 同前書，頁2809。

28. 叔向不坐弟虎

魏諷反，虞弟偉為諷所引，當相坐誅。太祖曰：叔向不坐弟虎〔釋一〕，古之制也，特原不問。（《魏志·劉廙傳》）

釋義：

〔釋一〕叔向不坐弟虎：《春秋》襄公二十一年《左氏傳》：「欒盈出奔楚，宣子殺羊舌虎（叔向弟），囚叔向（羊舌盼）。祁奚老矣，聞之，乘駟而見宣子曰：『夫謀而鮮過，惠訓不倦者，叔向有焉。社稷之固也，猶將十世宥之，以勸能者。今壹不免其身，以棄社稷，不亦惑乎。鯀殛而禹興，伊尹放大甲而相之，卒無怨色。管蔡為戮，周公右王，若之何其以虎也棄社稷。子為善，誰敢不勉，多殺何為。』」宣子說：『與之乘，以言諸公而免之。』」¹⁴³

要旨：

本案劉偉為魏諷所引，魏諷反，偉依法當坐。春秋叔向不坐弟虎故事，係以叔向為國之賢臣（社稷之固），故得免坐。太祖引之，「特原不問」者，謂劉偉賢才，特予免坐，依其性質，當屬赦免特例，並非廢除相坐之法也。

29. 殺殺父之繼母

梁人取後妻，後妻殺夫，其子又殺之。孔季彥返魯過梁。梁相曰：此子當以大逆論〔釋一〕。禮，繼母如母，是殺母也。季彥曰：若如母，則與親母不等，欲以義督之也。若文姜與殺魯桓，《春秋》去其姜氏，《傳》曰，絕不為親，禮也。絕不為親，即凡人爾。且夫手殺重於知情，知情猶不得為親，則此下手之時，母名絕矣。方之古義，是子宜以非司寇而擅殺當之〔釋二〕，不得為殺母而論以逆也。梁相從其言〔釋三〕。（《孔叢子》〈連叢子〉下第二十三）

¹⁴³ 《春秋三傳》，頁373-374。

釋義：

- 〔釋一〕殺母，大逆。應處何刑？依前引董仲舒春秋決獄，毆父，梟首。又依晉書，殷仲堪言，律詐取父母，寧依毆詈法棄市。是殺母亦當論以梟首也。¹⁴⁴
- 〔釋二〕非司寇而擅殺：司寇，官名，周制，秋官大司寇為六卿之一，掌刑獄。非司寇而擅殺，猶所謂私力報仇也。
- 〔釋三〕《通典》卷一六六，有「武帝論防年殺繼母」條云：「廷尉上囚防年繼母陳殺防年父。防年因殺陳。依律，殺母以大逆論。帝疑之。武帝時年十二，為太子，在旁，帝遂問之。太子答曰：繼母如母，明不及母，緣父之故，以之於母。今繼母無狀，手殺其父，則下手之日，母恩絕矣。宜與殺人者同，不宜以大逆論。」從之。其情節與本條同，唯不引《春秋》為經義耳，錄之以供參證。¹⁴⁵

要旨：

本案在法律上之爭點，為梁人殺殺父之繼母，是否適用殺母之律同。依律，殺母，以大逆論。（見《通典》引「武帝論防年殺繼母」條。釋三），而原則上繼母如母，殺繼母，為依殺母之律而論以大逆也。本案需考慮者，為繼母殺梁人之父，梁人因而殺之，當何論？為梁相所採取之孔季彥之法律意見，係以繼母既殺梁人之父，則梁人與其繼母之間，即無母子名分之存在，故不成立殺母罪，而應以普通殺人罪論之也。¹⁴⁶

30. 雖同歲子所不能赦

黃浮為濮陽令，同歲子〔釋一〕為市掾，犯罪當死，一郡望浮為

¹⁴⁴ 參閱《漢律摭遺》卷五，頁574。

¹⁴⁵ 參閱《通典》，典八七七。

¹⁴⁶ 據《晉書·刑法志》引〈魏新律序〉，魏改漢律殺繼母與親母同，防繼假之隙，沈家本云：「按之上條，則殺繼母本不與殺母同，漢律既亡，無以定其是非也。」參照《漢律摭遺》卷五，頁574-575。武帝論防年殺繼母之罪，謂宜與殺人者同。本條謂宜以非司寇而擅殺當之，即以私力報也。唯報父讎，似不成立普通殺人罪也。參照《九朝律考》，〈漢律考·律令雜考·報讎條〉，頁130。

主。浮曰：周公誅二弟〔釋二〕，石碣討其子〔釋三〕，今雖同歲子，所不能赦也，遂意治之也。（李鈔三十七引《汝南先賢傳》）

釋義：

〔釋一〕同歲：漢制，每歲郡舉孝廉一人。故同舉者相稱為同歲。《後漢書·李燮傳》：「有同歲生得罪於冀。」（集解）惠棟曰：「同上計者，猶令同年生也，孔融（北海）、陳群（長文）皆有同歲論。」¹⁴⁷

〔釋二〕周公誅二弟：見21.「樊儵請誅廣陵王」條〔釋三〕。

〔釋三〕石碣討其子：《春秋》隱公四年衛州吁弑其君完。《左氏傳》：「石碣使其宰孺羊肩，泣殺石厚（石碣子）於陳。君子曰：石碣純臣也，惡州吁（惡州吁之弑君），而厚與焉（并惡石厚與州吁遊而皆殺之），大義滅親，其是之謂乎。」¹⁴⁸

要旨：

本條引「周公誅弟、石碣討子」經義，旨在彰明大義滅親，縱兄弟父子之親，無以私情寬赦之理也。此於同歲子，亦不得以私誼縱放。

伍、對本文所列舉兩漢春秋決獄案例之一些補充討論

漢武帝罷黜百家、獨尊儒術，儒家強調的身分倫理，如父子間之尊卑關係，及統治者與被統治者間之君臣關係，均被類比為一種符合天道的自然秩序，而違逆這種秩序的行爲，都受到非難。這種恪守身分倫理，並賦與刑法效果的作法，對於統治者維繫其統治秩序，無疑是很有用處的。作為儒家經典的《春秋》，因而逐漸成為當時之主流價值，遇有疑獄時，乃憑藉之以評斷犯行。唯本文所引之兩漢春秋決獄的案例僅三十件，且其所引用的春秋經義，範圍較為有限，尚難窺其全貌。

¹⁴⁷ 王先謙集解，《後漢書集解》，收入王雲五主編，《國學基本叢書四百種》（臺北：臺灣商務印書館，1968），頁2280。

¹⁴⁸ 《春秋三傳》，頁48。

一、若干案件之政治性常凌駕司法性：案例因取材所限，較少涉及常民之一般案件

於此，亦應指明者，本文所引之三十則春秋決獄案例中，由於取材所限，其涉及者，若非皇室成員，便是貴戚或重要官員，或其他經廷尉處理而大議之案件，甚少涉及常民之一般案件。但這不表示，當時的春秋決獄，排除了常民的適用。事實上，在此三十條案例中，涉及常民者亦有之，據25.「何敞斷獄」條，其於汝陽太守任內，以寬和為政，舉冤獄，即以春秋經義斷之，而郡中無怨聲。是則春秋斷獄，不僅限於中樞大議之案件，¹⁴⁹亦涉及地方官（太守）所處理之案件。所惜者，此類經地方官員以經義決獄之案例，可資分析之資料甚少。又本文所討論之三十件案例中，其案例涉及皇室、貴戚者，恒有政治考量凌駕純司法考量之情形。然如何敞以地方官身分，引用經義決獄者，以常情度之，其政治考量凌駕司法考量之情形可能較少，唯因此類案件紀錄之缺乏，無從詳論。

二、「君親毋將，將而必誅」vs.「獄有所歸，為親者諱」

本文所列案例雖云適用經義，但其在適用經義上，是否完全符合經義，或在適用上係採用一致之標準，均有值得探討之處。然至為顯然的是，於諸多案例中，現實政治因素的考量，常是凌駕嚴格的司法或經義考量的。依春秋經義，「君親毋將，將而必誅」是指於將為逆亂之情形，行為人縱為天潢貴胄，亦不得免誅；然在悉燒梁王之反辭一案(07)，帝之同母弟梁王，竟因帝母竇太后之干預而得免究。就此，支持竇太后者似亦有其依據，即春秋經義中之「獄有所歸，為親者諱」一語。本案中之「倖臣」羊勝、公孫詭，便因梁王之謀反而伏誅。蓋於情形，既屬「獄有所歸」，此一「為親者諱」之前提要件，遂應視為該當。若然，這些「倖臣」在功能上實頗似西洋史的 whipping boy，即為王子「伴讀」而代王子受罰之少年。基上，本案(07)尚符「獄有所歸，為親

¹⁴⁹ 參閱本文柒有關比附及君上裁奪前「議」之論述與註163。

者諱」之條件，但於梁王禽獸行一案 (10)，未見有任何人爲梁王受過之紀錄，即在缺乏「獄有所歸」之要件下，卻仍未予追究，可說是現實的政治因素考量凌駕經義考量之一例。

從司法言，本案政治性之考量亦凌駕其司法性。蓋依「君親毋將，將而必誅」之春秋經義，是否得因「爲親者諱」而免究或寬減，非無可置疑之處。蓋「爲親者諱」，固係基於儒家倫理之觀念，然而，謀反是對於作爲統治者之君父之侵犯。「違反天常、悖逆人理」是無可原恕的（唐律中，即規定「謀反」爲十惡之首，犯十惡之罪，不得適用議、請、減章，可供參照）。¹⁵⁰

三、兩漢法曹於論理解釋上所顯示之邏輯性——兩個案例： 「恩義」與身分之關係及大夫出疆之條件

兩漢春秋決獄之事例中，其適用律令者所爲之論理解釋，頗能顯示其邏輯性，茲舉兩例於下：

1. 因犯尊親而處以重刑，應以其親屬關係之存續與否爲標準，而此又以其與相犯之尊親間之「恩義」是否已絕爲前提。

依漢律規定，毆父及殺母，均爲大逆重罪，但 02, 29 兩案，或被毆者爲生父，或被殺者爲父之後妻，均認爲行爲人與被害人之間恩義已絕，不以毆父及殺母論。在毆生父條，決獄之旨蓋謂甲雖爲乙生父，但未成長育之，於義已絕，故杖之，不成立毆父罪。而在殺父之後妻條，決獄之旨蓋謂梁人之子殺父之後妻，因該後妻殺父在先，故該後妻與梁人之子之間恩義已絕，則該梁人之子殺該後妻即依凡人殺人論，不依殺母大逆論。即此兩案之案情雖各別該當了毆父罪及殺母罪之構成要件，然決獄者引用經義以限縮其適用之範圍，即父母身分之存立，須以恩義未絕爲前提，恩義若絕，即排除毆父及殺母罪之成立。此兩條經義決獄，亦可認爲是對律令所定之犯罪構成要件，經由論理解釋而縮減律令之適用範圍。以現代法學之標準衡量，其論斷亦可認爲具有相當之邏輯性。

¹⁵⁰ 《唐律·名例》第八條八議（議章）二：「其犯十惡者，不用此律」。參照戴炎輝，《唐律通論》，第二章十惡三、十惡處罰上之特例（一），頁209。

2. 在徐偃矯制 (12) 一案中，其爭點主要在於偃被劾矯制大害，依法應致死。偃於辯論中主張「大夫出疆，有可以安社稷存萬民，顯之可也。」而矯制使魯國鼓鑄鹽鐵，正可安社稷存萬民，故應為得便宜專制之事項；嗣終軍應詔詰責，認為「古者諸侯國異俗分，百里不通，時有聘會之事，安危之勢，呼吸成變，故有不受辭造命顯己之宜。今天下為一，萬里同風，故春秋王者無外。偃巡封域之中，稱以出疆，何也？」因此，徐偃之作為應不符大夫出疆，可以專命之要件，且「鹽鐵郡有餘臧……而以安社稷存萬民為辭，何也？」故而「偃窮詘服罪當死」（但仍得赦免）。

兩方之主張，均根據《春秋公羊傳》，「大夫出疆」語見莊公十九年；「王者無外」則見於成公十二年。本案終軍黨同酷吏張湯，故為沈寄篋、劉師培所非難。唯元鼎中，漢朝已呈大一統之局，終軍之言，亦屬於理有據，難以遽斥。（參閱12之〔釋三〕、〔釋六〕、〔釋七〕）

四、春秋原心：行為人之動機及行為當時之情境問題

春秋原心定罪，乃著眼於行為人之動機，及其行為時之情境，即行為人是否身不由己。「苟志於仁，無惡也」，故學者以董仲舒之「春秋決獄」為一部動機論的法理學。¹⁵¹ 如大夫放蕩案 (03)，雖廢君命，但因出於仁心，免除刑責。在過失傷父案，緣親人生命身體受到威脅，而有慌悵之心，故不依毆父論處 (05)。薛況之犯行雖在掖門外，地近宮闕，但審其動機，係因其父見謗，發忿怒，故予以減罪 (16)。趙騰等上言災變，皆因涉及毀謗，當伏重法，經審量其動機係為盡忠正諫，減死罪一等 (27)。又其中 05 之慌悵之心，依現代刑法理論，得解釋為無期待可能性。¹⁵²

¹⁵¹ 參照張純、王曉波，《韓非思想的歷史研究》，頁265。

¹⁵² 期待可能性謂對行為人可期待其實施合法行為，以代替其現實所實施之違法行為。參照蔡墩銘，《中國刑法精義》（臺北：漢林出版社，1997），頁181。

五、親屬相容隱及為尊者所嫁

(一) 父為子隱 (01)

此案所涉及違反之刑事規範，乃所謂首匿之科。在本案中，決獄者引「親屬相容隱」之經義而予免究。「親屬相容隱」之原則乃是基於儒家身分倫理之觀念而來。「其父攘羊，其子證之」即為孔門所嚴辭指責，故有父為子隱之經義，⁰¹ 所據之經義即本於此。對此，以近代刑法學之觀點觀之，戴炎輝氏以為係「人的處罰阻卻事由」。¹⁵³ 良以在我國儒家價值體系之下，親屬相容隱乃基於親屬間之恩情，而為合於道德規範之行為。而以本條之情形，於臺灣現行刑法上，則有刑法第一百六十七條：「配偶、五親等內之血親或三親等內之姻親，圖利犯人或依法逮捕拘禁之脫逃人，而犯第一百六十四條或第一百六十五條之罪者，減輕或免除其刑」，可資參照。此一規定之立意，亦非無「親屬相容隱」之寓意。

(二) 夫死未葬，法無許嫁 (06)

本案雖夫死未葬，法不許嫁，但該女之再嫁，係出於尊者之意，非有淫心。蓋尊者有教令權，該女必須遵從，故不構成犯罪。依現代法學之觀點，此或可解為主觀構成要件不該當。

六、關於不道、大不敬、不敬的問題

在春秋決獄之事例中，甚多係引用春秋經義以主張成立不道、不敬之罪名者。如「姦以事君，常刑不舍」條 (17)、「專地盜土」條 (18) 及「於掖門外創戮近臣」條 (依御史中丞等所議) (16)，均屬之。按漢律有不道、大不敬、不敬之目，張斐《律表》謂逆節絕理謂之不道，虧理廢節謂之不敬。凡嚴重違反倫理觀念之行為，得認為不道、大不敬、不敬。然對不道及不敬之構成要件，別無具體之規範，而視其行為之實際

¹⁵³ 參照戴炎輝，《唐律通論》，頁165。又現代刑法學上之所謂「人的處罰阻卻事由」，亦有學者稱之為「個人的阻卻刑罰事由」，乃是指行為時即已存在的足以排除刑罰的個人情狀。參閱林山田，《刑法通論》（臺北：自版，2002），上冊，頁351。

狀況評斷之。不道、不敬既為違反倫理標準之行爲，故如上列諸條例案所示，常比附相關經義，而為判斷之論證。後世律典，如唐律，對不道則趨向於加以具體之界定，較之漢律，在適用上較少疑義，可避免爭端。

陸、對於兩漢與後世刑制在嚴酷程度上之差異的一些觀察 ——以毆父罪及私為人妻罪為例

在對本文所列舉兩漢春秋決獄案例之一些補充一節中，作者指出其中頗多案例，如依其原本援引之律令，所得科處之刑罰輒為生命刑（棄市或梟首）。從而，是否得認該相關之漢代律令及刑制，與後世法制相較，係具有較為嚴酷之特色，實為一個值得省思的問題（此亦涉及中國傳統法制是否亦以「嚴酷」或「野蠻」為特色之問題）。然若欲完整而詳實地答覆此一問題，則涉及極為巨大的工程。首先，必須就兩漢與其後世之罪刑中，取其構成要件相同或相類者，加以類比與分析，然此非本文範圍所能及。同時，我們必須承認，為此項類比與分析，須有賴於完整的漢律體系知識之存在，近年雖有出土文獻及學者累積的研究成果可供憑藉，但可資準據之完整詳實資料，尙嫌不足。

於此，作者願就刑制上兩漢是否較後世為嚴酷之問題，指出兩點相關之歷史背景因素，以供討論之參考。首先，自秦代起始，我國法制自上古時期進入帝制時期（參本文貳、一），而上古時期則係以注重肉刑為其特色，兩漢雖正進入帝制時期，然廢除上古時期標誌之肉刑之舉，卻曾經一再反復，直至漢代中期始成為定制（參本文貳、二）。其次，吾人有理由相信，對輕罪亦處重刑，在刑事司法而言，至少曾一度是秦帝國所標槩並執行之重要改革。而此一政策雖行之於帝制時期之秦國，或可上溯至上古時期。蓋商鞅乃大秦帝國法制上之靈魂人物，他曾強調治民當「輕罪重刑」。他認為「行刑重其輕者，輕者不生，則重者無從至矣，此謂治之於其治也。」¹⁵⁴ 此一刑事政策思想，或為秦律在一定程度

¹⁵⁴ 商鞅著，貝遠辰注釋，《新譯商君書》（臺北：三民書局，1996），頁55。《商君書》是我國秦漢之際法家者流匯集商鞅及其同派言論而成，其顯示出了該派之刑事政策思想，於法家思想之研究上，佔有重要地位。

上，保有上古時期之酷刑之理由。綜上兩點，加以兩漢法制乃繼受秦律而來，可認兩漢法制應仍保有若干上古時期酷刑的遺跡。

茲就本文所考析之三十則事例，選出毆父罪及私為人妻罪兩種罪型，作為探討本題之切入點。蓋在儒家身分倫理架構中，憑藉經精密評價而作出之表解服制圖，有服親屬間之親疏尊卑，可由服制圖上所示服喪期間，一目瞭然地看出來。而由此圖可知，父子關係中，父死，子須服喪斬衰三年；夫妻關係中，夫死，妻亦須服喪斬衰三年（參閱本節下文一、有關「私為人妻」之討論），兩者均為喪制中最長的服喪期間。亦由此可知，父子及夫妻關係均為儒家最為重視的身分倫理。又若純就律典加以比較，此兩者所保護之法益，均為特定的以差別待遇為基礎的身分倫理。易言之，即就父之於子間及夫之於妻間的關係上，父及夫在身分倫理上具絕對優越性。而兩漢與後世就此兩類型之犯行，即毆父罪及私為人妻罪，均認為具較高之可非難性，而持予以重罰之態度。茲略予舉述如下：

一、私為人妻罪

（一）「夫為妻之天」

首先應指出者，《儀禮·喪服》云：「夫者，妻之天也。」基此，妻之於夫，猶卑親屬之於尊親屬，是顯而易明的。就夫妻間之關係，妻對夫負片面的、絕對的貞操上之義務。又妻對夫忠誠之純度，輒與臣對君之效忠類比。所謂「忠臣不事二主」、「烈婦不事二夫」，這是多少年來傳誦之「金科玉律」。事實上，對棄暗投明來歸在後的二臣（李密之〈陳情表〉即自承曾少事偽朝），與再醮婦女相較，社會似乎對前者的可容忍度較高。

（二）「夫死未葬，私為人妻」與「居喪嫁娶」

至於「夫死未葬，私為人妻」，在後世法典或資料中，則未見明文，故乃以居夫喪嫁娶作為類比。按於居夫喪嫁娶之情形，唐律就妻處以徒三年，就妾則減三等；於漢律中，夫死未葬而私為人妻者，則逕為棄

市。居夫喪嫁娶與夫死未葬之私為人妻，在罪質上抑有共同之處，即均在夫死亡而心猶哀戚之狀態下，遽而再嫁；就構成要件言，於夫死未葬之情形，夫甫死，屍骨未寒，逕而義絕別嫁，解釋上，或可認其可譴責性較高。在刑制上，「夫死未葬，私為人妻」者逕行棄市，於一定程度上，亦顯示上古時期或先民社會刑制之野蠻。

（三）「居喪嫁娶」律所顯示之男女地位

關於居喪嫁娶，自男女兩性言，上引唐律明文之規定似僅適用於居夫喪之妻，若然，則居妻喪之夫再娶則不在處罰之列。唯有學者認為，「從服其他期喪的旁親時，律視服喪者心中必存哀戚，所以釋服從吉、飲酒作樂，都須處以重杖的刑罰。那麼，與夫有肌膚之親，恩愛之情，稱為至親的妻，在亡故之後，為夫應是哀念之思盈滿胸臆，所以，守妻喪的丈夫，妻喪期間應當是不該有娶妻的心情。由此類推，死去妻子的丈夫，應是盡了妻服的喪服之後，才可再娶」。¹⁵⁵ 此點，在實證法及生活的實踐上，究竟如何，仍有求證之必要。

二、毆父罪

歷代的統治者常曰：「我朝以孝治天下」，即是以父子關係擴張至君臣（統治者、被統治者）關係。就子毆父罪而言，依漢律之規定逕為棄市，而於唐律中，詈父者絞，毆父者斬；而此之所謂毆父，即包括殺父在內，薛允升（雲階）稱律不言殺死者，不忍言也。¹⁵⁶ 唐律並區分過失殺者，流三千里；傷者，則徒三年。於明、清律中，則區分更為清晰，

¹⁵⁵ 劉燕儷，〈從法律面看唐代的夫與嫡妻關係〉，收入高明士主編，《唐代身分法制研究——以唐律名例律為中心》（臺北：五南圖書出版公司，2003），頁124-127。依該學者之見，對夫居妻喪而再娶者，唐律無明文予以規定，然據其推論所得，當應依居期親喪嫁娶處罰。惟依《唐會要》卷八三，「嫁娶」條載貞觀元年二月詔：「……及妻喪達制之後，孀居服紀以除，並須申以婚媾，令其好合。」參閱王溥，《唐會要》（臺北：世界書局，1960），頁1527。據此，則夫居妻喪而娶，似亦有干律禁。

¹⁵⁶ 參照薛允升著，黃靜嘉編校，《讀例存疑重刊本》（臺北：成文出版社·中文研究資料中心研究資料叢書，1970），第4冊，頁956。

子孫毆祖父母、父母者，皆斬；殺者，凌遲處死；過失殺者，杖一百，流三千里；傷者，杖一百，徒三年。除後世規定較細，即區別犯行，而為不同之處罰外，明、清律對殺父母、祖父母者，均凌遲處死，然是否遽應認其嚴酷程度遠超漢唐，為一問題。對此問題，除下段所述，唐律並無凌遲處死之刑應列入考量外，本文拾、五「文字之法與實際運行之法的落差」，亦可併予參酌。

依上述刑制發展史觀之，值得注意者，愈到後世，就同一侵犯尊親罪，依侵犯及傷害程度之輕重，而加以區分。唯至明清始有殺父者凌遲處死之規定。就此，依薛允升之見解，因唐時並無凌遲處死之刑，故唐律未有凌遲處死之規定。¹⁵⁷ 按有關凌遲較早之記載，乃見於《遼史·刑法志》，¹⁵⁸ 唯該制是否更早即已出現，仍有考證之必要。又，凌遲應為中國本土出現的刑罰，非外來，故多逕音譯為 *ling ch'ih*，難以找到對譯字。此猶英文之 *tea* 逕為華語「茶」之音譯，其理一也。

基於以上敘述，如以兩漢與後世之法制相比，兩漢自然較為嚴酷。以毆父罪為例，如上所述，後世之律就毆父之行爲（毆及殺，故殺及過失，殺及傷）均以犯行之加害方法與實害程度，明細加以區分。後世法典雖就毆父者逕行處以凌遲，看來似較兩漢為嚴酷，唯依薛雲階的說法，唐律中尚無凌遲之刑，¹⁵⁹ 何況更為早期之漢律？且依作者之見，此一凌遲處死之規定，毋寧是宣告與嚇阻的意義，甚於實際之施行。歷史上，忤逆弑殺尊親而受凌遲之案件其實甚少（參閱拾、五）。就嫁娶違律私為人妻之情形，唐律處以徒三年（清律則處以杖一百，實杖四十）；兩漢時，私為人妻者，其刑則逕為棄市。在以重視肉刑為特徵的上古時期，一般而言，刑罰較為嚴酷，而後世社會較之上古時期漸見「馴化」。自由刑漸受重視，且一般地強調「恤刑」。如前所述，於唐律之違律嫁娶，守妻喪之夫男，其再娶亦在處罰之列，此似可謂為略具市民氣息的表現。唯在實證法及社會生活實踐上，此種「市民化」氣息之法制，縱然曾經一度未存在，亦難謂曾成為傳統法制下普遍性之定制。

¹⁵⁷ 參照《讀例存疑重刊本》第4冊，頁956。

¹⁵⁸ 參照《沈寄篔先生遺書·甲編》下冊，頁880。並可參照《歷代刑法志》，頁427。

¹⁵⁹ 「唐律祇言『毆父母者斬』，其不言殺死者，不忍言也。爾時並無凌遲之法，故律無文。」參照前引《讀例存疑重刊本》第4冊，頁956。

及至後世，隨著表徵「吃人禮教」的貞節牌坊出現，寡婦再醮縱不認為有干預律禁也為習俗所抑制。

柒、兩漢春秋決獄制之法源性質與比附：類推 vs. 論理解釋

首擬探究者，為在兩漢實證法制之下，引據春秋經義以決刑獄，其所構成之法源性質如何。

在二十世紀中葉，曾經有若干法制史學者主張，在我國傳統法制之下，道德與法律不分，不僅在民事法領域如此，即便在刑事法制範圍內亦然。春秋決獄，即為常常被提到的論證之一，即主張春秋經義為與律令並行（甚至優於律令）的實證法規範體系。「壹、引言」所引程樹德之言，¹⁶⁰ 似乎就抱持這種見解，其他有關法制史的著作裡，也多有採取此一說法。¹⁶¹

根據本文參、肆所列之事例，所謂春秋決獄者，在傳統法制下，是以一種「比附」（比附援引）的面目而出現的。本文貳、四所引之高帝詔明白揭示，疑獄廷尉所不決，應「傳（附）所當比律令以聞」。¹⁶² 而在上引決獄各條中，每一條幾乎都有引為裁判基準之律令（所當比附之律令）。其引春秋決獄者，蓋謂其原應適用之律令，在適用上有問題時，引春秋經義以斷之。對於比附，所得而言者有下列各點：

一、君上裁決前「議」的程序

「傳（附）所當比律令以聞」中之所謂「以聞」者，就兩漢春秋決獄之實際案例觀之，係指請裁（君上裁決）之意。在做成裁決之前，尚應經過「議」的程序，¹⁶³ 此一「議」的過程，依作者臆測，有三種可能：

¹⁶⁰ 參閱註2。

¹⁶¹ 陳顧遠，《中國法制史》（臺北：臺灣商務印書館，1960），頁57-58。

¹⁶² 沈家本論春秋決獄時，曾謂此「乃決事比之權輿也」。參照《漢律摭遺》卷二二，頁719。

¹⁶³ 邢義田引《漢書》卷五六，〈董仲舒傳〉，即：「仲舒在家，朝廷如有大議，使使者及廷尉張湯就其家而問之，其對皆有明法。」而稱：「所謂大議，這裡是指大的疑

交廷尉議（如27.「春秋採善書惡」）、交其他特定大臣議（如07.「悉燒梁之反辭」）、交群臣集議（如09.「淮南王安謀反」）。君上為立法者，亦為最高的執（司）法者。「比附」常對律令發生擴張、限縮、修正、補充，甚或就具體案情排除適用的結果，而創設了新的替代性規範（經裁決之比附，又成為一個嗣後可以援用之先例）。比附之須標明「所當比附之律令」，並經由「請裁」之程序，即在裁判上仍係以「所當比附之律令」為基準，若干論者主張在中華傳統法制下仍具有一定程度意涵之「罪刑法定主義」，或即據此而言。¹⁶⁴

二、屬性上為一種判例法源

兩漢時期有所謂決事比，且其數量在武帝時曾達萬三千四百七十二事（參閱本文貳、四引《漢志》）。沈家本謂春秋決獄「乃決事比之權輿也」（參閱註162），陳顧遠謂「兩漢之比，喻之為後世之例，且謂漢比，猶唐之格，宋之敕，而破律矣。」¹⁶⁵ 所謂破律或指在判決實務上優先適用。從而，對依比附而產生之春秋決獄，應認之為一種判例法源。唯因用比之數量太多，且內容龐雜，甚至分歧，致滋生姦吏操弄之弊。《漢志》對此指出「郡國承用者駁，或罪同而論異，姦吏因緣為市，所欲活則傅生議，所欲陷則予死比……。」¹⁶⁶ 因此，《漢志》中所載決事比曾迭經整理而減少。余意，決事比既與後世之「例」相當，則學者間關於例之繁瑣原因的分析，對於決事比，亦有足以相互參證之處。有關我國固有法制下之例的繁瑣之因，作者另有專文分析，其中亦涉及我國固有法制下之法典立法上的客觀具體主義等等，茲不俱論。¹⁶⁷

獄」，並認董仲舒之使命，乃為屬大獄之事件提供諮詢。參照邢義田，《秦漢史論稿》，頁268。

¹⁶⁴ 參閱黃源盛，〈唐律不應得為罪的當代思考〉，《法制史研究》5(2004)：53。

¹⁶⁵ 參見陳顧遠，《中國法制史》，頁130。

¹⁶⁶ 《漢書》，頁1144。

¹⁶⁷ 黃靜嘉，〈薛著「讀例存疑重刊本序」——對清代法制中「例」的問題之一些看法及重刊本規劃之說明〉，《讀例存疑重刊本》第1冊，頁3。

三、「類推適用」及論理解釋

比附，學者多主張為「類推適用」，而學者間多對類推適用及論理解釋加以區別，有認為類推適用與解釋同為適用法律之方式，但類推適用不包含於解釋範圍內；然亦有認為類推適用屬解釋之一種者。¹⁶⁸ 就類推適用而言，有學者謂：「所謂類推，係將現有之法律規定，針對立法者於無意中疏漏未予規定之事項（所謂計畫之不圓滿性）而性質與規定之構成要件類似者，賦予適用之可能。」¹⁶⁹ 另有學者謂：「所謂類推適用，意指某一個案情況雖然與某一特定法律所定要件不符，然而卻與法律所定要件有相類似的部分，因此雖然個案情況與該特定法律所定要件不符，卻仍然適用該特定法律。」¹⁷⁰ 而就論理解釋而言，有學者謂：「論理解釋者，乃不拘泥於法文之字句，而以法秩序之全體精神為基礎，依一般推理作用，以闡明法律之真義者也。」¹⁷¹ 又有學者謂：「這種解釋方法又稱為系統解釋，係由法律條文之邏輯結構和系統，並考量整體規範的意義關聯而為之解釋。」¹⁷² 本文所引述之三十則例案中，固有得認為類推者，惟仍有不失為論理解釋者，如02.「乞養子杖生父」條、04.「武庫卒盜弩」條、12.「奉使矯制」、29.「殺殺父之繼母」等均是。

在現代之實證法中，類推適用仍可見於民事法規，如臺灣現行民法第二百六十三條規定：「第二百五十八條及第二百六十條之規定，於當事人依法律之規定終止契約者，準用之。」該條之英譯更為清晰：Article 263. The provisions of Article 258 and 260 apply mutatis mutandis when the parties terminate the contract in accordance with the provisions of law. 而所謂的 apply mutatis mutandis 意指適用時須為必要之修正 (application with necessary modification having been made)。唯現代之刑事法係採嚴格的罪刑法定主義，故原則上禁止類推適用，而僅容許總則規定之事項的類推、法律類推、有利於被告之類推。¹⁷³

¹⁶⁸ 鄭玉波，《法律學概論》（臺北：三民書局，1956），頁64。

¹⁶⁹ 王海南等著，《法學入門》（臺北：元照出版有限公司，2003），頁167。

¹⁷⁰ 黃榮堅，《基礎刑法學》（臺北：元照出版有限公司，2003），上冊，頁108。

¹⁷¹ 鄭玉波，《法律學概論》，頁61。

¹⁷² 王海南，《法學入門》，頁163。

¹⁷³ 參照蔡墩銘，《唐律與近世刑事立法之比較研究》（臺北：中國學術著作獎助委員會，

四、經義本身非是實證法源

基於上述，就春秋經義本身，尚不能逕行認之為一種實證法規範，而僅是在被引用於特定案件時，以所比附律令之類推適用，或就所比附律令所為之論理解釋，從而成為實證法規範之構成部分，而取得法的效力。

捌、兩漢春秋決獄與我國法制之演進：儒家化及系統化之問題

首先，應討論者，為春秋決獄與我國法制之儒家化問題。如上所述，春秋決獄，乃是以比附之方式，以春秋經義修正或排除律令之適用，使法制漸符儒家義理。本文徵引決獄實例凡三十條，無一不是引用春秋經義。緣在兩漢時，儒家思想正逐漸取得定於一尊的地位。《春秋》原為包括諸多前例之歷史記錄（魯國之史），但經孔子之刪定，包括諸多可供後人取法具有規範性之前例，經過公羊微言大義之闡發，更成為儒家所揭櫫之道德典範。儒家希望法制能符合其倫理之理念，因此在決獄時引用春秋經義，以補正律令之不足，毋寧是反映當時的時代需求。

漢律原係繼承秦律，故具有相當之法家色彩。自漢初以迄昭宣，在相當長的時間內，遇有主刑獄者為「文法吏」時，亦不免深文周納，務在嚴苛。其引用《春秋》經義以論斷刑獄者，則以儒家之道德人倫及仁恕思想，藉由比附對律令之修正（擴充或限縮）注入或滲透實證法制之中。實際上，春秋經義曾被引用以決獄者，且恒有成為後世法典之規範者。而自兩漢以來，春秋決獄一時蔚為風氣，從而帶動了我國法制之「儒家化」(Confucianization of Chinese Law)，要為無可置疑之事實。而我國律典之儒家化運動，則終極地集大成於唐律。唐律及繼受唐律之明、清律，均為儒家化、系統化之法典。

1972)，頁16。其謂亦有違反罪刑法定主義而允許類推之刑事立法例，如一九三五年德國修正刑法第二條：「凡實施法律認為可罰或依刑法基本思想與健全民族感情而認為應處罰之行為者，處罰其行為人。其行為無確定法律條文可據者，依法條中之基本思想與該行為最適合者，處罰之。」

一、為春秋決獄所引據之若干儒家經義落實於唐律及其後世法典

我國法典之儒家化及系統化，以唐律為其里程碑。本文玆中，就承續唐律之清律，列舉其足為儒家化具體表徵之各項規定。茲就春秋決獄案例中，可認為係落實儒家經義之規範者，略舉如下：

(一) 基於道德人倫主義者：¹⁷⁴

如親屬相容隱（01.「拾道旁棄兒以為養子」條）及為親者諱（07.「悉燒梁之反辭」、10.「梁王禽獸行」二條之原則）兩者，可與《唐律·名例》第四六條「同居相為隱」（《清律·名例》第三二條「親屬相為容隱」）參照。而決獄中所見有關君親無將、不道、不敬諸項，多經後世之唐律列入十惡（因其嚴重違背道德人倫主義，而成為可非難性特高之行為）。又如經義中，夫人姜氏歸於齊、尊君命、尊夫人（06.「私為人妻」條），可與《唐律·戶婚》第三五條「夫喪守志」（《清律·婚姻》第五條「居喪嫁娶」）相參照對應。

(二) 基於仁恕及恤刑思想者：¹⁷⁵

廢臧吏禁錮子孫之制（24.「臧吏禁錮子孫」條），其他如15.「非造意者放歸田里」，20.「餘黨徙京師近郡」，以及16.「於掖門外創戮近臣」等條，均表現一定之仁恕及恤刑思想。按唐律中不採禁錮子孫之制（此又與近代刑法思想之個人責任主義相符），而唐律中之一般仁恕與恤刑表現頗多引用，並闡發《春秋》經義，而符合儒家之主流價值的。

二、以邏輯性解釋補救律令規範過於僵硬刻板之弊

再次，應討論者，為春秋決獄與我國法制之技術與法律方法問題。在各國法制歷史經驗中，所共同遭逢的基本問題之一，為在法制的技術上，一方面，為防止擅斷並收心理強制（恐嚇、一般預防）之效，應以

¹⁷⁴ 參照戴炎輝，〈《中國法制史》〉，頁25。

¹⁷⁵ 同前書，頁29。

律條為具體之嚴格規定；另一方面，律條之規範過於僵硬、刻板 (rigidity of the law)，則不免阻礙了刑罰之目的與正義之實現。如何協調至當，實為一大問題。而漢律係繼承秦律之嚴格法，此一歷史的命題更為迫切。由董氏之春秋決獄及兩漢其他案例，可看到當時的執法者試圖對於律令提供較具邏輯性之解釋，並注重行為人之動機及相關因素，進而補救律條在適用上過於僵硬刻板之弊。

三、我國傳統律典之「儒家化」及「詳備化」

自兩漢春秋決獄以還，我國傳統律典之「儒家化」，至唐律可謂定型，並逐步「詳備化」，此實為長期「智慧」累積之結晶。在此一傳統下，如清代律例所顯示，一方面在法典上高揭以嚴刑達到威嚇的效果，一方面有種種緩和其嚴酷之措施，以兼顧「恤刑」及「仁政」之要求。雖然，若干具體之刑罰規定在律典上之應然面是屬「嚴酷」，但於實然面上卻有許多 leeway，以緩和「嚴酷」之措施，而兼顧「恤刑」及仁政之要求（參閱本文拾、三：步向標誌了為經義浸潤而技術益臻圓熟之後世系統化的儒家法典）。

清律於一定意義上，亦可謂是在我國傳統之「儒家化」法制中，最具代表性、最完整詳備的一部法典。由於清末沈家本奉命修律，引進並繼承了西方法制，從而展開了我國法律之現代化。傳統的「儒家化」法典乃告式微途窮，舊律中原有之足以標誌「儒家化」之各項規範的主要部分遂盡遭棄置。其遭廢除之各項「儒家化」之典型條款，除本文第玖節於敘述禮法之爭時，所述及之為禮教派所希望保留或恢復之各項條款外，其涉及儒家之核心價值，且不容吾人忽視之清律原有條款，莫過於與「不孝」相關之罪行。「不孝」本為十惡之一，其相關之罪包括有「與仇人私和」、「干名犯義」、「供養有闕」、「別籍異財」、「委親之官」、「詐稱父祖死亡」、「冒哀求仕」、「匿不舉哀」、「居喪嫁娶作樂，釋服從吉」、「在祖父母、父母被囚期間嫁娶」、「犯父祖名諱」、「違反教令」，共計十二種。其於本文相關各節，未及詳論，然已可見其概略。

同屬儒家文化圈之日本舊有法典中，原有若干以儒家之價值觀為基礎之規範。明治維新後，日本在一九六八年修正公佈之刑法中，就殺自己或配偶之直系尊親屬者，仍設有嚴刑之專條（其刑為死刑或無期徒刑，參閱一九六八年之日本刑法第二百零條殺直系尊親屬罪）。但在二次大戰後，該法條遭到日本最高法院判定，認其係屬違反日本憲法第十四條第一項關於平等主義之規定，而宣告為無效。¹⁷⁶ 日本現行刑法則已刪除此條規定。臺灣現行刑法第二百七十二條亦有類似規定，亦因而遭受批評，而有廢除之議。

玖、我國傳統法制與「儒家化」之途窮：檢視在法制現代化過程中，終遭廢棄之兩千年來若干典型的「儒家化」條款，及「禮教派」之心態

一、清末修律終結了我國傳統「儒家化」的法制：「禮教派」與「法理派」間之世紀之爭

一九〇二年，因受外力之壓迫，及內在變革之需要，清廷決定依泰西模式，藉助包括日本在內之外國客卿，修訂本國法制。其中因我國與日本「同文同種」，國體同屬帝制（唯當時政體上日本已立憲，而清朝仍為君主專制），又其時日本已大體完成對西方法制的繼受，且在對外交涉廢除外國之領事裁判權上獲得成功，其經驗足供借鏡，故日籍顧問參與最為密切，影響亦最大。於此背景下，沈家本等奉命修律，乃先著手就施行於當時之《大清律例》加以修訂，而於一九一〇年以《大清現行刑律》之名義頒布施行，以作為新刑律頒布前之過渡性法典。

¹⁷⁶ 日本最高法院於一九七三年曾有一判決，認為殺直系尊親屬罪之法定刑與普通殺人罪（日本刑法第一百九十九條）之法定刑相較，顯有不合理之差別待遇，係屬違反了日本憲法第十四條第一項，故應為無效。自此，殺直系尊親屬罪於日本遂不再被適用。參閱林山田，《刑法各罪論》（臺北：自版，1999），上冊，頁51。又李玉璽所著之《從孝道思想論殺尊親屬罪概念的衍變》一書，亦就此有深入之探討，均可參考。參閱李玉璽，《從孝道思想論殺尊親屬罪概念的衍變》（臺北：國立政治大學法律研究所碩士論文，2001）。

《大清現行刑律》之頒布施行，是我國法典現代化的第一步，其中許多有所增刪之處，皆符合當時之世界潮流。而繼《大清現行刑律》此一過渡性的法典後，乃有《大清新刑律》草案的製作，而《大清新刑律》更於宣統二年（1910）公佈，然未及施行，清室即屋。翌年（1912）始由新成立之民國稍加改動，以《暫行新刑律》之形式公佈施行。總之，《大清新刑律》可謂我國刑事法制走向現代化之第一部法典。兩漢以來，歷代之屬於儒家系統或已「充分」落實「儒家化」的刑典，至此遂陷於途窮之境。

《大清新刑律》之草案採取了泰西各國法制之特色，而其最主要者為平等主義。既採平等主義，則原有基於等差身分關係而衍生之刑法規定，基本上便為此一新刑律草案所不採（僅就對直系尊親屬有犯之情形，新刑律草案仍保留了加重規定）。由於此一變革，新刑律草案遭到了「禮教派」（以下或稱之為「守舊派」）之激烈反對。除若干此類為新刑律草案所不採，「禮教派」亦未予爭執或堅持恢復之條款（各如後述）外，「禮教派」遂要求恢復部份其他舊有條款，而這些條款，均屬我國傳統法制積年累月為落實儒家之身分倫理觀念，而採為典型化的律條者。以沈家本為首之「法理派」，基於儒家之身分倫理已不適合講求平等之現代化社會，反成我國社會追求現代化之障礙，故駁斥禮教派之要求。雖然，在整體而言，「法理派」（以下或稱之為「改革派」）之主張所代表之理念，終於在一九三〇年代得以落實，而佔了上風，唯於一九一〇年時，《大清新刑律》雖得以公佈，「以備施行」，然實仍有所妥協，此即本節玖、四中所引用之廷杰所草擬之〈大清新刑律附加暫行章程〉。

百年之後，為重現這場所謂「禮教派」與「法理派」之間的世紀之爭，下文將引述兩派代表人物當時各自使用之語言，以顯示其各自之論點。雖然，這些「禮教派」所堅持的主張之不合時宜，原已屬不辯自明，但本文仍將於下文二及五，酌量予以評析。從此一「世紀之爭」的交鋒中，略可看出傳統之「儒家化」法制，如何因遭受修律及法制現代化之衝擊，而陷於途窮之境。

二、舉述終遭廢棄之舊律若干典型條款，並從而檢視兩千年來法制「儒家化」之重要內涵

這場「禮教派」（以勞乃宣¹⁷⁷為代表人物）與「法理派」（以沈家本為代表人物）之爭，為我國法制走向現代化之「世紀之爭」。這些禮教派所提出之應予恢復之若干條款，在一定程度上，或可認之為清律所承續，自唐律以來歷代法典中為落實「儒家化」，而陸續納入之典型化條款，故這些條款實例顯示了兩千年來，我國傳統法制「儒家化」之重要內涵。

下文，於徵引當時以勞乃宣為發言人之「禮教派」主張應予恢復清律條款時，為便於查考起見，作者於每個律條後，均加註作者編校之《讀例存疑重刊本》所使用之《大清律例》編號：

（一）為「禮教派」主張並力促恢復，且為二派纏鬥焦點，¹⁷⁸而終遭廢棄之條款

屬於此一範疇者，為下述兩項條款。「禮教派」堅持恢復舊有律條之理由，除其冠冕堂皇之正面陳述，當於本目中分別引述外，並應注意此輩之內心世界。就此，請參考作者於下文第五小節對其心態之分析。自歷史之角度觀之，當時「禮教派」基本上正面臨全面潰敗之情勢，但仍對「無夫姦」與「子孫違犯教令」二項持之甚切，致兩派就此之爭議一度極為熾烈。其中又以勞乃宣與沈家本之論戰最受矚目。

¹⁷⁷ 勞乃宣 (1843-1921)，字季瑄，號玉初，別署矩齋，晚號勒叟。浙江桐鄉縣人。一八六五年中鄉試，一八七一年進士及第。曾任浙江大學堂監院、總理、監督、江寧提學使、京師大學堂總監督兼署學部副大臣；清帝遜位後，隱居涑水，設塾授徒。張勳復辟，曾預其事。其提倡普及教育，不遺餘力。一九二一年七月二十日卒於青島，年七十有九。參照劉紹唐主編，《民國人物小傳》（臺北：傳記文學出版社，1981），第1冊，頁202。

¹⁷⁸ 「纏鬥」云云，可自相關文獻中見其端倪。董康〈民國十三年司法之回顧〉一文即稱：「當時引起新舊兩黨之爭，被人攻擊，亦以余與歸安沈公為最烈，且屢列彈章。」轉引自陳新宇，〈向左轉、向右轉？——董康與近代中國的法律改革〉，發表於國立政治大學法學院基礎法學中心、國立空中大學社會科學系、中國法制史學會與司法院主辦，「第二屆道南雅集：十月法史節——民國法制歷史與人物」學術研討會，臺北：國立政治大學法學院，2004年10月23日，頁4。

1. 無夫姦（366-00，於唐律則為〈雜律〉第二二條「姦徒一年半」）：指未婚之在室女子或孀婦為犯姦之行爲。唐、清律皆有區分有夫、無夫，而對無夫姦亦予以處罰。於無夫姦之情形，依清律之犯姦條，若屬和姦者，杖八十；刁姦者，¹⁷⁹ 則杖一百；唐律於此，則未就和姦、刁姦加以區分，而僅規定：「諸姦者，徒一年半」、「諸奴姦良人者，徒二年半」。「禮教派」主張我國傳統風俗向來重視姦情之事，對於女性強調貞操之重要，不僅規範已婚之婦女，且及於在室女，故反對廢除無夫姦。時至今日，對有配偶之人之和姦已有除罪化之論，可見社會主流價值之與時俱轉。

勞乃宣就此問題，強調：「中國風俗視姦情之事，於處女、孀婦尤重，若竟不以爲罪，殊不當於人心。」¹⁸⁰ 故主張須將無夫姦入律，以防止社會風氣之敗壞。

針對勞乃宣之主張，沈家本認爲：「無夫之婦女犯姦，歐洲法律並無治罪之文」、「近日學說家多主張不編入律內」、「此最爲外人著眼之處，如必欲增入此層，恐此律必多指摘也。」爲求易爲反對者接受，乃稱「此事有關風化，當於教育上別籌辦法」而主張：「不必編入刑律之中」。¹⁸¹

針對於上述沈家本之見解，勞乃宣之答辯認爲：「無夫婦女犯姦，在外國禮教不以爲非，故不必治罪，而在中國禮教則爲大犯不韙之事，故不能不治罪」、「不知此亦最爲中國人著眼之處，如不增入此層，此律必爲中國人所指摘」、「所以畏其指摘者，恐不能收回裁判權耳……夫收回裁判權之機，括其首要，莫重乎審判之文明，而律文之同否實在其次」，¹⁸² 而仍主張應予入律。

勞乃宣就無夫姦所採之立場雖不足取，但其所謂「夫收回裁判權之機，括其首要，莫重乎審判之文明，而律文之同否實在其次」云云中之

¹⁷⁹ 所謂刁姦，謂姦夫刁誘姦婦，引至別所通姦，亦和姦也。參照李瀚章等纂，《大清律例彙輯便覽》（臺北：成文出版社，1975），第12冊，頁4573。

¹⁸⁰ 勞乃宣，〈修正刑律草案說帖〉，見《桐鄉勞先生（乃宣）遺稿》（收入沈雲龍主編，《近代中國史料叢刊》〔臺北：文海出版社，1969〕），頁923。

¹⁸¹ 沈家本，〈沈大臣酌擬辦法說帖〉，收入《桐鄉勞先生（乃宣）遺稿》，頁934, 935。

¹⁸² 參照勞乃宣，〈聲明管見說帖〉，收入《桐鄉勞先生（乃宣）遺稿》，頁941, 942。

「審判之文明」，應解為法治國家所謂之 *due process of law*，即「正當法律程序」，故勞氏對「審判之文明」之體認，在當日亦屬難得。

2. 子孫違犯教令（338-00，於唐律則為〈鬥訟〉第四七條「子孫違犯教令」）：依清律此條，凡子孫違犯祖父母、父母教令者，杖一百；依唐律，則徒二年。基此，舊律許祖父母、父母對子孫行使一般教令權，其包括有教育、命令、監督及懲戒權

就此問題，勞乃宣認為：「子孫治罪之權，全在祖父母、父母，實為教孝之盛軌」且「考俄國之律與中國相仿」，¹⁸³ 故而主張須將子孫違犯教令入律。

針對勞乃宣之主張，沈家本認為：「違犯教令出乎家庭，此全是教育上事，或別設感化院之類，以宏教育之方」且「此無關於刑事」，而主張「不必規定於刑律中也」。¹⁸⁴

針對於上述沈家本之見解，勞乃宣則認為：「感化院之類，天下千餘州縣，一時何能遍設。若子孫觸忤祖父母、父母，官府無懲治之法，祖若父無呈送之所，實為大拂民情之事」、「……於收回裁判權決無干礙……若外國人不以子孫違犯為罪，儘可不來呈送」，¹⁸⁵ 而仍主張應予入律。

勞乃宣所稱「大拂民情」云云，或可反映出「禮教派」之情緒，但其所稱「若外國人不以子孫違犯為罪，儘可不來呈送」云云，則有味於相關清律之應具有屬地效力，並不當然排除對外人之適用。故勞乃宣此處所言，實乃強詞奪理，且若依其所言而立法，則必期之為一具強制性之規定，即非以尊長之「告訴乃論」為訴追之要件，檢察官仍得逕行追訴，否則外國人仍在規範之列，祖父母、父母縱使不來呈送，仍有受我國法追訴之可能。

回顧當時之爭辯，此條在清末之轉型期，「禮教派」仍排拒現代教育所秉之理念，徒恃刑罰作為教育子女之手段。誠當時代進步之際，抑難免落伍之譏！

¹⁸³ 參照勞乃宣，〈修正刑律草案說帖〉，頁924。據作者推測，此應係指帝俄時期的法律。

¹⁸⁴ 參照沈家本，〈沈大臣酌擬辦法說帖〉，頁935。

¹⁸⁵ 參照勞乃宣，〈聲明管見說帖〉，頁943。

(二) 為「禮教派」雖亦主張並力促恢復，但未成為二派纏鬥焦點，而終遭廢棄之條款

以下所述及之各條，多半係基於維護並貫徹儒家之「身分倫理」而來，亦有涉及傳統倫常觀念下之性道德觀者。此諸條之所以未成兩派纏鬥之焦點，除犯罪存留養親早已於嘉慶朝為上諭所批判，致「禮教派」就此一問題之立論無從著力外，係因「法理派」就其他各條，認無須予以設立專條，僅於《判決錄》中訂之即可的說辭，為「禮教派」所能接受之故。

1. 干名犯義 (337-00)：謂「干犯名教，違逆義理之事」。如直系卑親屬告父祖，即屬之。而依清律之干名犯義條，縱所告屬實，仍處刑；若屬誣告，則更加重。又本條對具一定身分上之關係者，依尊卑、親疏之次序，決定其「干名犯義」行為之可非難性程度，從而決定處刑之輕重。

清律之干名犯義條，相當於唐律之「告祖父母父母絞」條（〈鬥訟〉第四四條）及「告期親尊長」條（〈鬥訟〉第四五條），皆係本於「親屬相容隱」之儒家經義而來。以之分別與清律之「親屬相為容隱」條及唐律之「同居相為隱」條（〈名例〉第四六條）並觀，可知有其思想上的一貫性。唯唐律仍明列「嫡、繼、慈母殺其父」、「所養者殺其本生」、「謀反、逆、叛」、「其相侵犯，自理訴者」¹⁸⁶之情形，不在「告祖父母父母絞」條、「告期親尊長」條之適用範圍之內，即於此四種情形，無須考慮「同居相為隱」之規範的要求。唐律如此規定，一方面將違反統治秩序之行為（謀叛逆叛）除外（仍得告訴），另一方面仍許遭非期親以上親屬為人身、財物之侵害時，仍得尋求救濟。

清律干名犯義條之規定與唐律「告祖父母父母絞」條（〈鬥訟〉第四四條）、「告期親尊長」條（〈鬥訟〉第四五條）相較，內容雖稍有出入，然其架構大致相同，立法精神亦一，即均與「親屬相容隱」之規範相通（關於「親屬相容隱」，可參考本文伍、五〔一〕）。蓋本條雖視

¹⁸⁶《唐律疏議》曰：「謂期親以下、總麻以上，或侵奪財物，或毆打其身之類，得自理訴。非緣侵犯，不得別告餘事。」參閱長孫無忌著，曹漫之主編，《唐律疏議譯註》（吉林：吉林人民出版社，1989），頁797。

直系卑親屬告父祖為「干名犯義」，以揭櫫其維護倫理之道德意義，但仍有除外規定。依本條第二項之規定：「其告謀反大逆、謀叛、窩贓、姦細，及嫡母、繼母、慈母、所生母殺其父，若所養父母殺其所生父母，及被期親以下尊長侵奪財產，或毆傷其身，應自理訴者，並聽告，不在干名犯義之限。」¹⁸⁷ 此條係沿襲上述《唐律·鬥訟》第四五、四六條之規定，除有關維護統治秩序之除外規定外，並許在受期親以下尊長侵財、侵身之時，得聽其自行理訴。以現代法制觀點觀之，唐律及清律之許卑親屬「應自理訴」並「聽告」之範圍，實嫌狹窄，竟排除了卑親屬於遭受期親以上尊長侵奪財產或毆傷之時，循「應自理訴」而尋求救濟之權。此不但與平等主義相違，亦不符現代人權之要求。

薛允升於其所著之《讀例存疑》中，論及干名犯義條 (337-00) 時，所引之條例僅有三則 (337-01, 337-02, 337-03)，¹⁸⁸ 且皆非屬卑幼告尊長之情形，故本條實際上適用之機會可能不多。是則本條之立法，以經義緣飾之宣告及教化意義，抑大於實際之「效用」。「禮教派」未就此堅持並纏鬥，此或可為部分之解釋。

2. 親屬相毆 (315-00, 317-00, 318-00, 319-00，於唐律則為〈鬥訟〉第二四條至第三四條)：這包括夫妻間之相毆、殺有服卑幼、故殺子孫、毆期功以下有服尊長與毆期功以下有服卑幼。一般而言，卑幼犯尊長加重，尊長犯卑幼減輕（夫妻關係視同長幼關係）。凡此律條，違反了現代法之平等主義，至為顯然。

- (1) 妻毆夫、夫毆妻 (315-00)：謂妻毆打其夫與夫毆打其妻之情形。於此情形，依清律之妻妾毆夫條，凡妻毆夫者，處罰較重，而夫毆妻者，則處罰較輕；唐律亦同。此正反映了我國夫尊妻（妾）卑的傳統觀念。
- (2) 殺有服卑幼 (317-00, 318-00, 319-00)：謂尊長殺有服之卑幼。依清律，對此一犯罪行為之處罰，較之殺有服尊長為輕。唐律亦同。此係本於我國傳統素重之倫常觀念，而生之尊卑長幼於刑法地位上之等差待遇。

¹⁸⁷ 參照《讀例存疑重刊本》第4冊，頁1013。

¹⁸⁸ 同前書，頁1014。

- (3) 故殺子孫 (319-00〔二〕)：謂祖父母、父母故意殺害其子孫之情形。依清律毆祖父母父母條 (319-00)，復可分為毆殺違犯教令之子孫及故殺無違犯教令之子孫二類，毆殺者，杖一百，故殺者，杖六十，徒一年。若依唐律，於前者之情形，徒一年半，於後者之情形，則加一等，即徒二年。由此可知，相對於毆殺違反教令之子孫，對故殺子孫之情形處罰較重。本條之規定，足以反映於我國傳統素重之倫常觀念下，尊長對卑幼的地位上之優越，及對教令權之維護。
- (4) 毆期功以下有服尊長與毆期功以下有服卑幼 (317-00, 318-00)：前者謂卑幼傷害期功以下有服之尊長，後者謂尊長傷害期功以下有服之卑幼。兩者相較，前者加重，後者則減輕。唐律亦同。臺灣現行刑法第二百八十條，僅就傷害直系血親尊親屬之行為，有加重其刑至二分之一之規定，餘則皆同凡人。而自歷史學派之法律視角觀之，其對直系血親尊長之規定，亦可視為傳統法制之餘緒。
3. 親屬相姦 (368-00，於唐律則為〈雜律〉第二三條至第二五條)：古稱「內亂 (禽獸行)」，謂親屬間有相姦之行為之情形，秦簡中亦有「同父異母倘若私通，則當棄市」(參閱註204)、「同母異父相與奸，何論？棄市」¹⁸⁹之記載。依清律之親屬相姦條，對於親屬相姦之情形，予以加重處罰；唐律雜律之規定亦同。臺灣現行刑法第二百三十條，亦就直系或三親等內之旁系血親之相姦，仍有處刑之規定。蓋依我國傳統觀念，此舉有違傳統倫常觀念下的性道德觀，認有傷風敗俗之虞，且嬰兒之畸形或先天缺陷，常肇因於媾合之兩造間血緣過近，亦不無優生學上考量。
4. 犯罪存留養親 (018-00，於唐律則為〈名例〉第二六條「犯死罪非十惡」)：依清律之犯罪存留養親條，此可分為兩種情形，其一，指於行為人所犯非屬常赦不原之死罪，且其祖父母、父母老疾乏人照料之情形，有司在查明屬實後，可奏請上裁，使行為人存留，以養其親；其

¹⁸⁹ 轉引自邢義田，〈秦或西漢初和姦案中所見的親屬倫理關係——江陵張家山247號墓〈奏讞書〉簡180-196考論〉，發表於中央研究院歷史語言研究所主辦，「經義折獄與傳統法律」學術研討會，臺北：中央研究院歷史語言研究所，2004年12月4-5日，註20。

二，指於行爲人犯徒流，而其祖父母、父母老疾乏人照料之情形，則止杖一百，餘罪收贖，亦使行爲人存留，以養其親。與唐律相較，就前者言，唐律並無「非常赦不原」的除外規定，而較清律爲寬；就後者言，唐律則只停止執行，又較清律爲嚴。又就老疾之要件言，唐律爲年八十及篤疾，較之清律之年七十及廢疾爲嚴。此條一則表彰儒家向來重視之孝道，二則曲體人情，就禮教之觀點觀之，有其一定的意義。唯嘉慶六年上諭「承嗣」、「留養」兩條有云：「凶惡之徒，稔知律有明條，自恃身係單丁，有犯不死，竟至逞兇肆惡；是承祀留養非以施仁，實以長姦，轉似誘人犯法。」可知此條雖有傳統孝道觀念可據，其流弊在當時已引起批評。

(三) 雖遭廢棄或修訂，而「禮教派」對之未有爭議之條款

1. 八議¹⁹⁰ (003-00)：我國傳統法制之刑罰，視罪人之身分及其他屬性而異。其中，官人於刑罰上享受優遇，且及於其親屬，故分爲官人優遇及官親優遇。優遇最著者爲八議，即與皇室（尤其皇帝）有親屬關係及其他特殊關係者。此優遇分爲議、請、減及贖，即以死刑之議、請，及流刑以下之例減、例贖爲其內容。議、請及例減，係爲刑之免除及減輕，而例贖則爲真刑之易科。¹⁹¹《唐律疏義》即於〈名例〉第七條曰：「其應議之人，或分液天潢，或宿侍旒宸，或多才多藝，或立事立功，簡在帝心，勳書王府。若犯死罪，議定奏裁，皆須取決宸衷，曹司不敢與奪。此謂：重親賢，敦故舊，尊賓貴，尚功能也。以此八議之人犯死罪，皆先奏請，議其所犯，故曰八議。」¹⁹²就八議而言，此種賦與特定貴胄或享有某種權力者之特權，顯然與現代之平等主義相違，故在一定程度上，八議之宜予廢除，或已爲「禮教派」所認同。於此應提及者，清世宗曾於雍正六年三月上諭：「惟此八議之條，若概爲刪去，恐人不知其非理而害法，故仍令載入，特爲頒示諭旨，俾天下曉然於此律之不可爲

¹⁹⁰ 一曰：議親。二曰：議故。三曰：議賢。四曰：議能。五曰：議功。六曰：議貴。七曰：議勤。八曰：議賓。

¹⁹¹ 參照戴炎輝，《唐律通論》，頁220, 221。

¹⁹² 參照《唐律疏議譯註》，頁60。

訓……」¹⁹³，致世人對八議乃有遭擱置不用之印象。學者對該上諭之真實用意及實效如何，曾有分析質疑，¹⁹⁴ 但「禮教派」對其廢除未有所主張，或即清世宗之諭的影響。

2. 十惡¹⁹⁵ (002-00)：《唐律疏義》於〈名例〉第六條曰：「五刑之中，十惡尤切，虧損名教，毀裂冠冕，特標篇首，以為明誠。其數甚惡者，事類有十，故稱十惡。」¹⁹⁶ 簡言之，十惡乃是就舊律相當於當代刑法分則部分原已列載之罪行各條，依儒家之「名教」，認為特具非難性者，揭而槩之，以收「明誠」之效。其立法宗旨，蓋著重於其「宣示」、「儆惕」及「教化」之意義。此無異重複規定，自為現代之立法例所不採。「禮教派」之勞乃宣，對此亦具認識，故而表態謂：「以律例中，每有關涉十惡之文，故本條雖無罪名，亦資引用。今新刑律內，已無十惡諸名，則此條無關引用，似可不列。」¹⁹⁷ 故「禮教派」就此未有堅持，因而亦未引致纏鬥。

3. 親屬相為容隱 (032-00，於唐律則為〈名例〉第四六條「同居相為隱」) (參閱本文伍、五〔一〕)：就特定身分關係人，許其就應舉發告訴之事，得相容隱，有悖當代法制之平等主義。新刑律草案在取捨時，或即基此而逕予廢棄。就「禮教派」而言，因草案第十一章〈藏匿罪人及湮滅證據之罪〉第一百八十三條已規定：「犯罪人或脫逃者之親族，為犯罪或脫逃者利益計，而犯本章之罪者，免除其刑。」而此一規定中「親族」之範圍雖不明確，但對舊律之「親屬相為容隱」條已有顧及，故禮教派未予主張。

4. 親屬相盜 (272-00，於唐律則為〈賊盜〉第四十條「盜總麻小功財物」、〈賊盜〉第四一條「卑幼將人盜」)：因草案第三十二章之第三百八十條已規定：「於本支親屬配偶者、同居親屬之間，犯第三百六十六條

¹⁹³ 張溯崇，《清代刑法研究》（臺北：中國文化學院華岡出版部，1974），頁55。

¹⁹⁴ 蘇亦工，〈論清代八議制度的存廢及其歷史演變根源〉，收入中國儒學與法律文化研究會編，《儒學與法律文化》（上海：復旦大學出版社，1992），頁275-291。

¹⁹⁵ 一曰：謀反。二曰：謀大逆。三曰：謀叛。四曰：惡逆。五曰：不道。六曰：大不敬。七曰：不孝。八曰：不睦。九曰：不義。十曰：內亂。

¹⁹⁶ 參照《唐律疏議譯註》，頁29。

¹⁹⁷ 參照勞乃宣，〈修正刑律草案說帖〉，頁915, 916。

及三百七十六條之罪¹⁹⁸者，免除其刑。於其餘親屬之間，犯前項所揭各條之罪者，須待告訴始論其罪。非親屬而與親屬共犯者，不得依前二項之例論。」而此一規定與親屬相盜之舊律實大致相同，故禮教派未予主張。臺灣現行刑法第三百二十四條（親屬相盜罪）亦有類似之規定。

5. 發塚（276-00，於唐律則為〈賊盜〉第三十條「發冢」）：因草案第二十章〈關於祀典及墳墓罪〉已就此情形有相當規定，且足示懲戒，故禮教派未予主張。臺灣現行刑法第二百四十七條（侵害屍體罪）、第二百四十八條（發掘墳墓罪）、第二百四十九條（發掘墳墓與侵害屍體結合罪）、第二百五十條（侵害直系血親尊親屬屍體墳墓罪）亦有類似之規定。

三、由「干名犯義」（337-00）條，以觀我國傳統法制為落實、維護儒家身分倫理，而展現之「體系性」與「完善性」

前已述及，本條之規定，宜與親屬相容隱條（032-00）相互參證。依親屬相容隱條之規定，若有依該條得相容隱之親屬犯罪，官司追捕，因而漏泄其事及通報消息，致令罪人隱匿逃避者，亦不坐。故於特定親屬有罪之情形下，既得違禁而為隱匿，其不得「告」（當時尚無區分「告訴」與「告發」），自亦為義理上之所應然，可知此兩條所本之基礎理由，抑屬相關。

依現代法之觀念，對於尊長犯卑幼之身體、財產之情形，並無不許卑幼告訴之理由。故舊律之干名犯義之規定，實與現代刑法不符。且在各該律條存續期間，其適用之機會實亦不多（參閱本文玖、二〔二〕1. 薛允升云云）。「禮教派」未予堅持或即基於此。

本文於玖、二〔二〕1. 中，曾述及本條之罪刑，在唐律中係分別規定於〈鬥訟〉之「告祖父母父母絞」及「告期親尊長」兩條中，清律特立「干名犯義」名目，足以彰顯傳統法制為落實、維護儒家身分倫理之用心。而藉由此條之設置，與其他同為「儒家化」之律條合併以觀，更可見我國傳統法制「儒家化」設計之綿密，重重疊疊，環環相扣，無遠

¹⁹⁸ 作者按，草案第三百六十六條及三百七十六條皆為竊盜之罪。

弗屆。容作者絮叨，「干名犯義」之條款，實際上使用之機會雖然不多，但就傳統法制之下，以儒家經義為緣飾，教化規勉人心，仍有其重要性。歷來「儒家化」法制之規劃及締造者，力求其「體大」與「精深」，亦於此可見一二矣！

四、改革派暫時性之挫敗：由廷杰草擬之〈大清新刑律附加暫行章程〉¹⁹⁹

〈大清新刑律附加暫行章程〉之藍本，乃法部尚書廷杰於宣統元年之〈修正刑律草案〉後所附加之〈附則五條〉。自歷史之角度觀之，可將該暫行章程視為改革派短期的挫敗，亦可視之為對「守舊派」的妥協與讓步。其內容包括：

（一）恢復對無夫姦之行為予以處罰：

依暫行章程第四條之規定：「凡犯第二百八十九條之罪（按：即犯姦）為無夫婦女者，處五等有期徒刑，拘役或一百元以下罰金。其相姦者同。前項之犯罪須待直系尊親屬之告訴，乃論其罪。若尊親屬事前縱容或事後得利私行和解者，雖告訴，不為審理。」

（二）排除「正當防衛」條款於對尊親屬有犯之情形之適用：

《大清新刑律》之正當防衛條（第十五條）規定：「對現在不正之侵害，而出於防衛自己，或他人權利之行為，不為罪。但逾防衛行為過當者，得減本刑一等至三等。」由此可知《大清新刑律》對於「對尊親屬有犯」之情形，並無另行規定排除正當防衛之適用，「禮教派」視此一立法為有悖倫常，故暫行章程予以排除適用。暫行章程第五條即規定：「凡對尊親屬有犯，不得適用正當防衛之例。」

¹⁹⁹ 劉錦藻，《清朝續文獻通考》（臺北：新興書局，1963），卷二四六，「法部奏准附暫行章程五條」。

(三) 對若干罪行，因在新刑律中處罰較輕，致禮教派認為不妥，而於暫行章程中予以恢復並從重處罰：

第一條：凡犯第八十九條（侵犯皇室罪）、第一百零一條（內亂罪）、第一百十條（外患罪）、第三百十二條（殺尊親屬罪）、第三百十四條（傷害尊親屬罪），處以死刑者，仍用斬。按依《大清新刑律》，處死者，應為絞刑，此用斬，為從重之意。

第二條：凡犯第三百五十二條第二項（移送被和誘之婦女或未滿二十歲之男子出國罪）、第三百五十三條（藏匿被誘人罪）、第三百五十五至第三百五十七條之罪，應處三等²⁰⁰以上之徒刑者，得因其情節仍處死刑。

第三條：凡犯第三百七十條（強盜罪）應處一等有期徒刑及第三百七十一條至第三百七十五條（準強盜罪、加重強盜罪、強盜罪結合犯）之刑者，得因其情節仍處死刑。其規定「得視其情節，仍處死刑」，係得加重處死刑之意。

《大清新刑律》未及實施，清室即屋，至民國元年，經過小幅刪改，而以《暫行新刑律》之名公佈實施。該〈暫行章程〉因與民國國體相牴觸，故當時未有附隨《暫行新刑律》實施，雖於民國三年袁世凱意圖稱帝時，曾一度恢復，但旋告廢止。自歷史的發展觀察，此〈附則五條〉、〈暫行章程〉只是改革者的暫時性妥協或退卻，隅抗之「禮教派」大勢已去。一九三〇年代，《暫行新刑律》即由國府制定之刑法所取代，舊律之殘跡更被進一步滌除。

五、「禮教派」堅持若干理念之心態——提供一個觀察的角度

因為時空及資料之限制，吾人對這些「禮教派」人士當時之心態，容難遽為詳實的判斷。這涉及這些「禮教派」人士價值觀，也涉及他們的某些「現實」利益。如以「無夫姦」為例，誠然，這些「禮教派」人士中，不乏真正的「衛道」之士。但在一定程度上，亦不無某種「現實利

²⁰⁰ 依《大清新刑律》第三十七條之規定：「三等有期徒刑：五年未滿，三年以上。」

益」之考量。一般而言，他們在當時的社會制度下，享有基於夫權或父權及種種由之而衍生之特權。他們擁有三妻四妾，他們樂見其妻妾在他們生前守貞，並在他們身後為其「守節」（守節者無性生活，無異殉葬）。他們也樂見在室女守貞，俾利在為他們選為婢妾時仍屬「青春無瑕」。²⁰¹ 他們也樂見子孝孫賢，以「子孫違犯教令」為例，為維護其對「孝子賢孫」之父權，這些禮教派人士也贊成對「子孫違犯教令」之處罰。基於上述二例，可知禮教派心目中的理想社會，他們不希望這樣的社會架構崩塌，因而矢力抗拒，這涉及他們的「價值觀」，與其認其為維護禮教，不如謂之為維護夫權及其對子女神聖不可侵之父權。

拾、結語

一、兩漢之後，仍有於決獄時引用春秋經義之情形

如前所述，兩漢春秋決獄為我國傳統法制「儒家化」之肇始，但決獄時徵引《春秋》並不因我國傳統法制嗣後系統化地「儒家化」而絕跡。依史料可證，兩漢之後，仍有徵引春秋經義以決獄者（參閱註3）。本次討論會中，亦有多篇以其他時代之春秋決獄為討論主題的文章。為何在固有法制之「儒家化」漸已「全面」性地落實之後，仍有春秋「決」獄呢？後世之春秋決獄與兩漢之春秋決獄是否不同？

《春秋》是儒家的經典，代表了儒家主流價值，兩漢在遇有疑獄，即律令適用上有疑時，以比附的形式，在《春秋》中尋求指引或答案。在律令法典尚未系統地儒家化之前，以春秋經義作為一個副次或補充的法源，甚至據以排除、限縮和修正律令，在當時的時空之下，有其一定的必要性及合理性。《春秋》畢竟是經孔子刪訂的儒家經典，其中可資取材以評價犯行甚至政治行為之「故事」（先例），可謂隨手可得。兩漢春秋決獄實例三十條，雖在資料上有侷限性，但其循春秋經義，以期實現法制之衡平及合理性，仍能博得儒家主流價值支配下的後世之肯定。

²⁰¹ 臺灣報紙引用北京大學女生拒絕婚前性行為運動之口號「青春無瑕，天地宣言」。見吳淡如，〈婚前性行為口水戰〉，《中國時報》（臺北），2004.11.28，〈B6版〉。

蓋以《春秋》中事例之多樣性，可隨引用者之意而各取所需。嗣後，儒家化主流價值雖逐步落實於後世的法典，然因《春秋》所代表儒家價值觀的權威性，故享有司法權的官吏中仍不乏徵引春秋經義以讞案之實例。

一個受過現代法學訓練者，每每習於在法源適用之分析上，採用位階的觀念。兩漢之春秋決獄，經比附之經義，在本質上仍為一種副次的實證法源，用以解釋律令，闡明或補充之。但於律令與經義不相容時，執法者每每傾向於優先適用經義，乃以之排除或限縮律令之適用。因之，經義在作為一種副次的實證法源而被適用時，有時有優於律令之效力。理論上，在兩漢之後，因律令法典已逐漸「儒家化」，經義雖然偶被引用，但用以修正或限縮不盡符合經義之「律令」的功能或不如兩漢時之明顯。在此情況下，經義之仍被引用，或者只是為了增加法曹對律令所作解釋之權威性而已。鑒於古人未必具有「位階」等差之觀念，且於統治者之實際利益與《春秋》經義相衝突之情形，《春秋》經義亦非不能逾越。是以，作者上述之論述，是否逕為一種臆測，仍有慎重檢討之必要。

二、在「儒家化」濫觴之前，以刑法維護等差之身分及倫理之制，即已存在，而儒家之法及法家之法在賦與父權、夫權及君權之優越地位上有其重疊之處

如前所述，瞿同祖所謂我國法制之「儒家化」，雖於漢武帝罷黜百家、獨尊儒術之時起始，成為迫切之時代需求，但就毆詈父母、私為人妻處以「嚴刑」，似在兩漢之始即已存在。依各該春秋決獄例案原文，就05毆父案，甲誤傷其父乙，甲當何論，或曰毆父也，當梟首；而就06私為人妻案，甲夫死未葬，而私為人妻，當棄市。此兩案所謂「當」，自係指依當時已存在之律令，是以可推知於兩漢之始，繼受秦律之漢律，其律令已以維護等差之身分倫理為其規範目的，且各該律令規範之存在，尚係在其後世法制之有意識地「儒家化」之前。²⁰² 此外，漢律之

²⁰² 關於身分倫理等差之觀念入律者，依現已出土之史料，可溯源至上古時期。《睡虎地秦墓竹簡·法律答問》中載有：「免老告人以為不孝，謁殺，當三環之不？不當環，亟執勿失。」另，〈封診式〉中〈告子〉一例載有：「爰書：某里士五（伍）甲告曰：『甲親子同里士五（伍）丙不孝，謁殺，敢告。』即命令史已往執。令史已爰書：與牢隸臣

近親姦爲禽獸行（參閱本文玖、二〔二〕3），此亦可謂係爲維繫倫理秩序，與儒家之價值觀相符。

上述兩種本於維護尊卑身分倫理之「嚴刑」，既非漢律儒家化後之新制，當係繼受秦律，甚或是繼受西周之宗法文化而來，亦由此可見儒家思想與西周之宗法文化間，具有一定的淵源，而就身分倫理而言，有一定程度之重疊。²⁰³ 蓋秦漢以降，西周之封建宗法雖已崩壞，但宗法之倫理秩序，尤其是親親之觀念，經由儒家之傳遞與弘揚，仍被倡導及服膺，並支配了家族及人君臣民之關係。

上文一再指出春秋決獄爲我國法制儒家化之濫觴，即繼受秦律法家法的漢律，逐步走向浸潤儒家道德人倫主義及仁恕、恤刑思想之法制。其中最有標誌性之範例，即爲廢首匿相坐之法，以體現「親屬相容隱」之經義。但在春秋決獄及其代表之儒家化倡行之前，對於素爲世人所非難之秦律，是否逕得概括地認之爲背離人倫、慘刻寡恩，而與儒家之倫理規範相悖，則繫於吾人對儒家倫理規範之理解及界定。²⁰⁴ 整體上，如前

某執丙，得某室。丞某訊丙，辭曰：『甲親子，誠不孝甲所，毋（無）它坐罪。』」詳參閱劉海年等譯註，〈睡虎地秦墓竹簡〉，收入劉海年、楊一凡總主編，《中國珍稀法律典籍集成》（北京：科學出版社，1994），甲編，第1冊，頁586, 660。

²⁰³ 學者間有以帝制時期前之法律文化（包括夏、商、周三代，沈家本所謂之「三代先王」，即應係指此而言），為宗族主義之法律文化，而以帝制時期後之法律文化，為家族主義之法律文化。後者是以「身分法本位制」為其特徵，而此「身分法本位制」又以親屬之特別身分及等級身分為其重心，且與儒家思想具密切的血緣關係。而身為儒家之祖的孔子，對宗族主義之法律文化不但有大量的繼承，且有長足的發展。參閱陶毅、張銘新，〈宗法制度與傳統法律文化〉，收入《儒學與法律文化》，頁224-235。又有學者認為：「秦以後，封建宗法不行於世，但宗法理念與宗法禮秩仍運行於家族與政治範疇中。親親尊尊成為儒家規範理論的二大基礎。」參閱張壽安，《十八世紀禮學考證的思想活力——禮教論爭與禮秩重省》（臺北：中央研究院近代史研究所，2001），頁129。

²⁰⁴ 一位日本學者甚至有秦律非如史書所描寫的那麼嚴酷之主張，唯其何所據而云然，及其具體指涉之內容如何，均尚有研討之必要。其稱：「秦律實際上並不像《史記》及《漢書》等史書所說的那樣嚴酷，而且在罪刑法定方面的完備程度堪與唐律相媲美」、「秦律的中心思想裡存在著『殺人者死，傷人者刑』，這一見於荀子各篇的同害刑思想。當然，這一原則並非貫穿秦律所有條文的通則，必須注意到還存在種種的例外。舉例來說，秦簡中『同父異母〔的兄妹〕倘若私通，則當棄市（死刑的一種）』。這樣的罪刑則與上述理論不一致。不僅如此，對於謀反叛亂，則更是要按極刑加以處治的。」參閱堀毅，〈秦漢賊律考〉，收入氏著，《秦漢法制史論考》（北京：法律出版社，1988），頁336。

所述，本文曾多次引用沈家本之言，認為李悝既係撰次諸國之法，則秦律中自當有三代先王之法的遺跡（參閱註12）。其所謂三代先王之法，或包括涉及維護身分倫理之規範而言。如作者於本文貳、一「商君慘刻寡恩之法及三代先王之法的餘緒」中，所舉「老小及疾有犯」詔令之意旨，即可能曾存在「秦律」之中，²⁰⁵ 且被認為係當時殘餘之「三代先王之法」，而其與儒家主流價值之間似有若干重疊且相容之處。又如本文中所述及之毆父、私為人妻及子訟父（干名犯義）等出於「儒家化」前之漢律，或逕係源於秦律之罪名，亦與儒家「尊尊」之身分倫理若合符節。如此看來，儒家與法家在強調對權威（父權、夫權、君權）之臣服上，似有其重疊之處。就此，吾人或認儒家之身分倫理有其相對性，即人君、人父、人夫雖居於優越的權威地位，仍須恪遵為君、為父及為夫之道，《禮記·禮運》所謂：「父慈子孝，兄良弟悌，夫義婦聽，長惠幼順，君仁臣忠」，²⁰⁶ 即父、兄、夫、長、君對子、弟、婦、幼、臣，並負有一定之義務。此即親親、尊尊之含義。然在法家之價值觀中，雖強調君權、父權、夫權之優越性，卻未必強調其相對性。再者，法家與儒家間重要歧異之處，或在於親親之倫理原則與統治者之利益相衝突時，所採之態度。如對親屬相容隱之問題，法家即堅持應以統治者之利益為優先，而反對親屬相容隱。商鞅變法時，即設首匿連坐之法，可為明證。²⁰⁷ 此一問題實涉及對儒家及法家思想之深入研究，亦有俟對於秦律（先秦之律及先秦之法律文化），尤其是涉及其所謂慘刻寡恩之特徵者及漢律中繼受秦律此種特性之部分，更多及更全面性之了解，以及更多的出土資料及相關繼續研究的成果。

三、步向標誌了為經義浸潤而技術益臻圓熟之後世系統化的儒家法典

論及兩漢與後世刑制嚴酷程度之比較，仍擬指出者，即兩漢時期，法制寬厚及嚴苛之反覆，如於為人艷稱之除肉刑、族誅、首匿之科、祆言

²⁰⁵ 參照桂齊遜，〈刑事責任能力〉，頁126-130。

²⁰⁶ 參照《禮記今註今譯》上冊，頁376。

²⁰⁷ 范忠信、鄭定、詹學農，《情理法與中國人——中國傳統法律文化探微》（北京：中國人民大學出版社，1992），頁100。

令（27〔釋二〕）之寬厚舉措後，均曾有反覆或加厲之事，足以顯示兩漢之統治者（有權立法及解釋法律者）之心態，仍未能脫離一定程度之嚴酷。我國後世之法制乃伴隨著經濟及社會結構之演進，統治之技術益臻細膩圓熟，復因儒家化之浸潤日深，而趨於詳備化，並進入了系統化地「儒家化」法典之時期。此可由自唐迄清，律典中為落實「儒家化」而具備之各項典型化的條款之「設計之綿密，重重疊疊，環環相扣，無遠弗屆」得知（參本文玖以下各目之討論，尤其是其中三、由「干名犯義」（337-00）條，以觀我國傳統法制為落實、維護儒家身分倫理，而展現之「體系性」與「完善性」之部分）。自歷史演進之軌跡觀之，在一定程度上，應認之為一種趨向文明之道的表徵。

自兩漢春秋決獄以還，我國傳統律典之「儒家化」及「詳備化」相繼落實、完成，此實為長期「智慧」累積之結晶。在此一傳統下，如清代律例所顯示，一方面在法典上高揭以嚴刑達到威嚇的效果，一方面有種緩和其嚴酷之措施，以兼顧「恤刑」及「仁政」之要求。從而，律典之應然面雖是「嚴酷」，然於實然面上卻設有許多 leeway。如沈家本曾論及清代律例中之死罪凡八百四十餘條，但對應處死刑之案例，實際上卻多擬絞監候，經秋審緩決，而減為流刑。²⁰⁸

四、雜霸，「外儒內法」或「陽儒陰法」之問題

於此重複指陳者，即所謂「儒家化」，並非指自兩漢以迄後世，歷代統治者之政法措施悉皆「純任德教」。本文多次徵引之漢宣帝「雜霸」之言，可能代表了歷代多數君主的心態。此雖出於宣帝之口，但卻為歷代統治者「帝王術」之寫照。就此，在一定程度上，儒家經典代表了歷代政治的應然面，統治者以之緣飾政權，不但強化政權之正當性，並賴

²⁰⁸ 參照沈家本，〈虛擬死罪改為流徒摺〉，收入《沈寄蓀先生遺書·甲編》下冊，頁882。又大陸現行刑制中，有所謂「死緩」（可參見中華人民共和國刑法第四十八、五十、五十一條之規定）之制，似有師法傳統法制之部分設計之意。學者錢大群即認為我國明清之「秋朝審」包括了死緩制度之因素，參閱錢大群，〈中國“死緩”制度的萌芽形式〉，收入氏著，《中國法律史論考》（南京：南京師範大學出版社，2001），頁190-198。

此以期取得民心，即所謂「恩威並濟」之「恩」的一面；然於歷代統治者政治權力運作之實然面，則不排除法家慘刻寡恩之治術，即所謂的「威」的一面。本文貳、三所引之「外儒內法」或「陽儒陰法」²⁰⁹之譏評，即係指此而言。本文肆、二08.「呂步舒治淮南獄」，呂為一以經術著稱之人，其受命專誅，殺戮甚眾，竟於窮治該政治事件時，專斷於外，執行「深究黨羽」之恐怖政策，因而遭到後世儒家之批判（參閱註89），即其著例。

五、文字之法與實際運行之法的落差

毆詈父母之律雖如此嚴酷，然於實際生活上，該律是否常有適用之機會？實不無疑問。依作者讀到之正史、筆記等記載，甚至小說、戲劇、唱片所反映之民間生活，以子女犯毆詈父母之罪為由而告官，進而處死者，極為少見。蓋兒女之不孝，在當下固令人痛恨，並為社會所共棄，然為父母者不惜拘而送官，聽官處以如此酷刑，亦非人情之常。明代訟師南鍼之著作《法家須知》即指出，除非是鄉里之人稟請，否則千萬不要為人提出不孝……等之類的控訴。²¹⁰可知毆詈父母之律適用之機會，在實際上應是少之又少。

值得注意的是，我國歷代法制生活上，文字之法與實際執行或運行之法 (Law in books, Law in action) 間存在著落差。律典雖極嚴酷，實際上卻未必真依律典執行。歷代以律典宣示其對儒家義理之尊崇，並成為當代之政治符號 (political symbol)，但未必反映實際之法制生活。薛允升曾述中表為婚之禁令早已廢弛，²¹¹又雍正對八議之條雖未予廢止，但明詔予以擱置（參閱註193），均其適例。歷史足跡之面相，是有其複雜的多面性的。

²⁰⁹ 參照註23。

²¹⁰ 《法家須知》（中央研究院傅斯年圖書館藏明崇禎癸酉〔1633〕刊本），卷一，頁1b。轉引自孫慧敏，〈建立法律服務業的正當性——清末中國對律師制度的認識與引介〉，發表於「近代中國的知識建構，1600-1949」國際學術研討會，臺北：中央研究院近代史研究所，2004年11月25-26日，頁5。

²¹¹ 參照《讀例存疑重刊本》第2冊，頁299。

六、儒家化法制之途窮

如前述，進入帝制時期後，應廣土眾民社會情勢演進之需要，我國法制乃逐漸走向詳備化或系統化。春秋決獄即是藉由比附之方式，以春秋經義補律令條文之不足。觀本文中所列之三十條中，涉及對父子關係之認定（恩義問題）、違法性之阻卻（如06.「私為人妻」條）、特定犯罪要件構成與否之解釋（04.「武庫卒盜弩」條），無論其係經比附讞斷而成定例，或為嗣後成文法典採擇而成為其內容，均對我國儒家化法制之系統化或詳備化有其貢獻。再觀本文攷，吾人可得見「儒家化」充分落實之傳統法制主要典型條款之全貌。此一「儒家化」之傳統法制，支配了我國近兩千年，直至一九〇二年後，始因外力干預，及社會情勢面臨巨變，改革之迫切性方得突顯，清廷遂決定修律，舊律之諸多為維護身分倫理而設之典型條款，遂遭廢除。在歷史潮流衝擊下，此一「儒家化」之傳統法制乃告途窮並失墮。

拾壹、後記

本文論述之範圍，是由春秋決獄之考析開始，進而申論中國傳統法制之儒家化。此一儒家化，肇源於漢武帝罷黜百家、獨尊儒術之時。於此應聲明者，在本文中曾引述或提出若干觀點，尙未能予以申論或考析，諸如漢律（及其所繼受之秦律）是否存有為儒家尊崇的三代先王之法之餘緒的問題，涉及對漢代法制全貌之認知，並涉及儒家與周王朝之宗法文化之關係。又在傳統法制下，為落實「儒家化」而創制之若干典型條款，是否逕得認為符合儒家主流價值之規範與要求，亦有待檢討與論述。（漢宣帝「雜霸」之論，早已宣示了統治者只是在符合其利益或喜好之範圍內，以儒家經義緣飾其體制及治術而已。）凡此問題，均不在本文討論之列，容俟之異日，或尙賴斯學專家之明教或指正。

一九六二年，我得到美國在華教育基金會（即美國傅爾伯萊特獎學金 [The Fullbright Program]）之助，在美深造。學業結束後，又獲亞洲協會之資助，到美國東岸做訪問研究，曾在哈佛大學與瞿同祖教授晤面。他適為由 Arthur Taylor Von Mehren 教授所主持的 “Chinese Law and

Society” 專題討論之主要成員（其他有楊聯陞、張佛泉等人）。在該討論會中，首次有幸聽到瞿教授闡述他所提出之中國法律「儒家化」(Confucianization) 的概念，乃有茅塞頓開之感，嗣後我返臺著手於本題之研究，即係參考瞿教授此一概念，作為全文之出發點。即為漢法所繼承之秦法，為一般人認係慘刻寡恩之申、韓、商鞅之法。嗣武帝罷黜百家，獨尊儒術，春秋決獄，抑可認為為傳統法制儒家化之嚆矢。一九九〇年代於北京，曾由賀衛方、王健兩教授陪同，訪瞿教授於其寓所。他當時已是九十五歲高齡，然思路清晰，不減當年，令人稱羨。於此，謹祝他松柏長青。

如本文中所言，由於近四十年來，出土文物之增加及研究之精進，對於重建秦律及漢律法典，已有若干成果。本文之考析、初探，對於相關研究材料，未能遍讀周咨，當只能做為我研究生涯中一階段性之報告而已，幸讀者諒之，教之！

本文資料之整理、考訂及編輯事宜，前後多勞東吳校友（前師範大學講師）徐紀（公律）先生及外孫胡學丞君大力協助，並在定稿付梓前，商請盧靜儀女士、莊以馨女士、黃琴唐先生撥冗就行文次序、資料再需查證，及論點需要爬梳之處，惠予斟酌補正。此外，此文之終能完成，多蒙黃源盛、邱澎生、李貴連、錢大群四位教授之督責鼓勵，更承黃源盛教授提供多項重要資料，特別是董康一文之抄件，於此一併致謝！

（本文於民國九十四年十月二十日通過刊登）

引用書目

一、傳統文獻

- 《晉書斟注》，收入《仁壽本二十六史》，第8-10冊。
- 《漢舊儀》，臺北：臺北藝文印書館，1967。
- 孔子作，《論語》，傅佩榮解讀，臺北：立緒文化出版公司，1999。
- 王先謙集解，《後漢書集解》，收入王雲五主編，《國學基本叢書四百種》，臺北：臺灣商務印書館，1968。
- 王先謙補注，《漢書補注》，收入王雲五主編，《國學基本叢書四百種》。
- 王溥，《唐會要》，臺北：世界書局，1960。
- 王夢鷗註譯，《禮記今註今譯》，臺北：臺灣商務印書館，1970。
- 丘漢平編著，《歷代刑法志》，臺北：丘宏達發行，1965。
- 司馬遷，《史記集解》，收入《仁壽本二十六史》，臺北：成文出版社，1971，第1-2冊。
- 李瀚章等纂，《大清律例彙輯便覽》，臺北：成文出版社，1975。
- 杜佑，《通典》，臺北：新興書局，1959。
- 杜貴墀，《漢律輯證》，收入《叢書集成續編》，臺北：新文豐出版公司，1991，第51冊。
- 沈家本，《沈家本未刻書集纂》，北京：中國社會科學出版社，1996。
- 沈家本，《沈寄篔先生遺書·甲編》，臺北：文海出版社，1964。
- 沈家本，《漢律摭遺》，收入《叢書集成·三編》，臺北：新文豐出版公司，1997，第17冊。
- 沈雲龍主編，《近代中國史料叢刊》，臺北：文海出版社，1969。
- 汪之昌，《漢律逸文》，臺北：鼎文書局，1982。
- 長孫無忌，《唐律疏議譯註》，曹漫之主編，吉林：吉林人民出版社，1989。
- 范曄，《後漢書》，收入《仁壽本二十六史》，第5-6冊。
- 徐天麟，《西漢會要》，臺北：世界書局，1960。
- 桓寬撰，《新編鹽鐵論》，陳弘治校注，臺北：臺灣古籍出版有限公司，2001。
- 班固，《漢書》，收入《仁壽本二十六史》，第3-4冊。

- 商鞅，《新譯商君書》，貝遠辰注釋，臺北：三民書局，1996。
- 張鵬一，《漢律類纂》，臺北：鼎文書局，1982。
- 勞乃宣，《桐鄉勞先生（乃宣）遺稿》，收入沈雲龍主編，《近代中國史料叢刊》。
- 程樹德，《九朝律考》，臺北：臺灣商務印書館，1964。
- 楊家駱主編，《春秋三傳》，臺北：世界書局，1962。
- 劉海年譯註，〈睡虎地秦墓竹簡〉，收入劉海年、楊一凡總主編，《中國珍稀法律典籍集成》，北京：科學出版社，1994，甲編，第1冊，頁375-695。
- 劉錦藻，《清朝續文獻通考》，臺北：新興書局，1963。
- 應劭，《風俗通義校注》，王利器校注，北京：中華書局，1981。
- 薛允升，《漢律輯存》，臺北：鼎文書局，1982。
- 薛允升著，《讀例存疑重刊本》，黃靜嘉編校，臺北：成文出版社·中文研究資料中心研究資料叢書，1970。

二、近人論著

王海南等

- 2003 《法學入門》，臺北：元照出版有限公司。

吳淡如

- 2004 〈婚前性行為口水戰〉，《中國時報》（臺北），2004.11.28，〈B6版〉。

李玉璽

- 2001 《從孝道思想論殺尊親屬罪概念的衍變》，臺北：國立政治大學法律研究所碩士論文。

邢義田

- 1987 《秦漢史論稿》，臺北：東大圖書公司，1987。
- 2004 〈秦或西漢初和姦案中所見的親屬倫理關係——江陵張家山247號墓〈奏讞書〉簡180-196考論〉，發表於中央研究院歷史語言研究所主辦，「經義折獄與傳統法律」學術研討會，臺北：中央研究院歷史語言研究所，2004年12月4-5日。

林山田

- 1999 《刑法各罪論》，臺北：自版，上冊。
- 2002 《刑法通論》，臺北：自版。

林劍鳴

1986 《秦史稿》，臺北：谷風出版社。

范忠信、鄭定、詹學農

1992 《情理法與中國人——中國傳統法律文化探微》，北京：中國人民大學出版社。

孫慧敏

2004 〈建立法律服務業的正當性——清末中國對律師制度的認識與引介〉，發表於「近代中國的知識建構，1600-1949」國際學術研討會，臺北：中央研究院近代史研究所，2004年11月25-26日。

桂齊遜

2003 〈刑事責任能力〉，收入高明士主編，《唐律與國家社會研究》，臺北：五南圖書出版公司，頁113-160。

高明士

1981 〈雲夢秦簡與秦漢史研究——以日本的研究成果為中心〉，《食貨月刊》（臺北）11.3：30-49。

張晉藩

1992 《中國古代法律制度》，北京：中國廣播電視出版社。

張純、王曉波

1994 《韓非思想的歷史研究》，臺北：聯經出版事業公司。

張溯崇

1974 《清代刑法研究》，臺北：中國文化學院華岡出版部。

張壽安

2001 《十八世紀禮學考證的思想活力——禮教論爭與禮秩重省》，臺北：中央研究院近代史研究所。

陳寅恪

1994 《隋唐制度淵源略論稿》，臺北：臺灣商務印書館。

陳新宇

2004 〈向左轉、向右轉？——董康與近代中國的法律改革〉，發表於國立政治大學法學院基礎法學中心、國立空中大學社會科學系、中國法制史學會、司法院主辦，「第二屆道南雅集：十月法史節——民國法制史與人物」學術研討會，臺北：國立政治大學法學院，2004年10月23日。後收入《法制史研究》8 (2005)：173-200。

陳顧遠

- 1960 《中國法制史》，臺北：臺灣商務印書館。
1982 〈軍法起源與兵刑合一——中國法制史上一個觀察〉，收入《陳顧遠法律文集》，臺北：陳顧遠文集出版委員會，上冊，頁496-506。

陶安 (Arnd Helmut Hafner)

- 2004 〈法典與法律之間——近代法學給中國法律史帶來的影響〉，收入黃源盛主編，《法史學的傳承、方法與趨向：戴炎輝先生九五冥誕紀念論文集》，臺北：中國法制史學會，頁473-496。另收入《法制史研究》5 (2004)：229-254。

陶希聖、沈任遠

- 1964 《秦漢政治制度》，臺北：臺灣商務印書館。

陶毅、張銘新

- 1992 〈宗法制度與傳統法律文化〉，收入中國儒學與法律文化研究會編，《儒學與法律文化》，上海：復旦大學出版社，頁224-236。

堀毅

- 1988 〈秦漢賊律考〉，收入氏著，《秦漢法制史論考》，北京：法律出版社，頁308-336。

滋賀秀三

- 1993 〈中國上古刑罰考——以盟誓為線索〉，收入劉俊文主編，《日本學者研究中國史論著選譯》，北京：中華書局，第8卷。

黃源盛

- 2004 〈唐律不應得為罪的當代思考〉，《法制史研究》5：1-60。

黃榮堅

- 2003 《基礎刑法學》，臺北：元照出版有限公司，上冊。

楊鴻烈

- 1964 《中國法律思想史》，臺北：臺灣商務印書館。
1967 《中國法律發達史》，臺北：臺灣商務印書館。

董康

- 不詳 〈刑法宜注重禮教之芻議〉，收入氏著，《中國法制史講演錄》，香港：波文。

劉恒煥

- 1994 〈中國法律之儒家化“三部曲”說〉，收入《中外法律史新探》，北京：新學出版社。

劉紹唐主編

- 1981 《民國人物小傳》，臺北：傳記文學出版社，第1冊。

劉燕儷

- 2003 〈從法律面看唐代的夫與嫡妻關係〉，收入高明士主編，《唐代身分法制研究——以唐律名例律為中心》，臺北：五南圖書出版公司，頁119-147。

蔡墩銘

- 1972 《唐律與近世刑事立法之比較研究》，臺北：中國學術著作獎助委員會。

- 1984 《最高法院刑事判決研究》，臺北：國立臺灣大學法學叢書編輯委員會。

- 1997 《中國刑法精義》，臺北：漢林出版社。

鄭玉波

- 1956 《法律學概論》，臺北：三民書局。

錢大群

- 2001 〈中國“死緩”制度的萌芽形式〉，收入氏著，《中國法律史論考》，南京：南京師範大學出版社，頁190-198。

戴炎輝

- 1965 《唐律各論》，臺北：三民書局。

- 1977 《唐律通論》，臺北：國立編譯館。

- 1979 《中國法制史》，臺北：三民書局。

- 1998 〈唐律十惡之溯源〉，收入《傳統中華社會的民刑法制——戴炎輝教授論文集》，臺北：財團法人戴炎輝文教基金會，頁441-494。

蘇亦工

- 1992 〈論清代八議制度的存廢及其歷史演變根源〉，收入中國儒學與法律文化研究會編，《儒學與法律文化》，上海：復旦大學出版社，頁275-291。

永田英正

- 1980 〈中國雲夢秦簡研究現狀〉，收入《木簡研究》（日本木簡學會）2。

鈴木由次郎

1950 〈董仲舒の「春秋治獄」をめぐるて〉，《法學新報》（日本）57.10：72-82。

Chú Túng-tsu（瞿同祖）

1961 *Law and Society in Traditional China*. Paris: Mouton.

The Confucianization of Traditional Chinese Law:
An Analysis of Thirty Precedents of the Western and Eastern
Han Dynasties Applying Classical Judicial Reasoning
Derived from the Chun Chiu

T. C. (Tsing-chia) Huang

HUANG & PARTNERS ATTORNEYS-AT-LAW

The author brings the reader's attention to thirty precedents established during the Western and Eastern Han dynasties, which applied classical judicial reasoning derived from the Chun Chiu. The author offers his interpretation, analysis and description of the main points(s) for each precedent, and on occasion refers to concepts of modern criminal law for comparative purposes.

In the discussion of such precedents, the author illustrates the severity and cruelty of the criminal codes and the penal system used during the Western and Eastern Han dynasties. Most of these cases—under the criminal codes otherwise applicable to them—would have resulted in the imposition of a death penalty often requiring public beheading with the display of the corpse for a certain number of days. The author also seeks to ascertain whether the classical judicial reasoning derived from the Chun Chiu was applied in a strict and precise manner, and to analyze whether the reasoning of the judges remained consistent when the same category was applied to different cases. The author further points out that when the application of the criminal code was said to have been modified, expanded or restricted based on the classical judicial reasoning derived from the Chun Chiu, *bi fu* (比附), or analogical interpretation was used. *Bi fu* often resulted in sound interpretation and logical reasoning that was comparable to modern theories of criminal justice.

The judgment of cases by applying the classical judicial reasoning derived from the Chun Chiu during the Western and Eastern Han dynasties was an important development in the Chinese legal system. This is because the codes of the Wei and Jin Dynasty, which followed immediately after the two Han

dynasties, are considered to have been the precursor of the systematically confucianized traditional law codes that dominated China for the next two millennia. Predating the legal codes of the Wei and Jin, the judgment of cases based on classical judicial reasoning derived from the Chun Chiu can therefore be seen as the forerunner of the confucianization of the traditional Chinese legal system.

In the process of the modernization of the legal system as inaugurated by Shen Jia-ben (沈家本) in 1902, certain aspects of the traditional Chinese codes adopted during the confucianization of the legal system over two millennia, were abandoned, and certain modern civil legal principles were implanted. This signaled the decline of the traditional Chinese legal system and its confucianized legal codes.

Keywords: Dong Zhong Shu, Chun Chiu jüê yu, confucianization of traditional Chinese law, *bi fu*, the modernization of Chinese law