
序

史語所於一九九八年七月一日正式成立法律史研究室，至今剛滿十歲。這本論文集的孕育，始自二〇〇二年。當時該室以「中國傳統法律文化之研究——審判：理論與實踐」為題，申請得到中研院人文組「跨所（處）研究先期規劃」的資助，從二〇〇二年一月一日至十二月三十一日，由黃源盛教授和柳立言共同主持，結合來自十四個學術單位分屬歷史、法律和社會學的老師和同學約三十人，環繞春秋折獄和秦律，舉行了約十七次的報告和討論。大家覺得效果不錯，除了繼續向中研院爭取資助，把研讀範圍擴大至秦漢以後，同時認為應該把成果向國際學界推介，於是開始準備一次小型的國際會議。二〇〇四年十二月四至五日，「經義折獄與傳統法律」會議在史語所召開，主辦單位是史語所，協辦單位是政治大學法學院基礎法學中心和中國法制史學會，共發表十四篇論文，其中九篇構成本論文集。

中國傳統法律的一個重要特點是「法律的儒家化」，從刑（法）主禮（德）輔，經歷刑禮平衡，終而禮主刑輔（或先禮後刑）。很簡單說，先秦已有禮主刑輔的思想，但秦代施政以刑罰為主。漢初承襲秦制，仍是刑主禮輔，文帝時出現刑禮平衡之說，武帝標榜儒術，並偶以經義折獄，被認為是禮主刑輔在「司法」上的實踐，但尚未正式立法，宣帝時仍是王霸雜用。西晉泰始律以五服制罪，被認為是禮主刑輔在「立法」上的落實，但尚未完備。唐代永徽律明確宣示德禮為政教之本，刑罰為政教之用，德主刑輔的原則貫穿整部唐律疏議，可說在立法上趨於完備，也成為司法上的指導思想，從此屹立不搖，直至清末。

本論文集的九篇論文可分三類，一類專門探究春秋折獄在法律史上的意義，有高恆和黃源盛教授的論文；一類主要探究禮主刑輔或法律儒家化的歷史發展和局限，依時代先後，有邢義田、黃靜嘉和江玉林教授的論文；一類大致探究古人如何將案件分門別類和如何審判，依次有徐世虹、陳登武、馬伯良和陶安教授的論文。貫穿九篇論文的，自是中國傳統法律的性質、理念、實踐。

高恒教授認為經義折獄的出現是爲了適應君主中央集權制，指出《公羊春秋》的指導思想是重三綱（維護身分等級制）、大一統（強調君主中央集權）、尚法制（以律令治國），和任權變（主張權濟事變）等；引經決獄是儒學影響審判的重要方式，重要觀念包括君親無將、誅首惡、罪止其身、以功覆過，和親親得相首匿等；董仲舒推進了古代審判理論的發展，例如據法聽訟，至清廉平，無有所阿；教本獄末，聽訟以明理行教爲務；原心定罪，應本事原志以斷獄。這一系列儒家法律觀點和理論，既打開了中國傳統法制儒家化的大門，也確定了以儒家思想爲理論基礎的政治路線。然而，經義龐雜深邃，眾說紛紜，也造成司法的不確定性。是文不乏有趣的議題：（一）《春秋》至少有三傳，何以《公羊傳》獨佔鰲頭（事實上被引用來決獄的還有《詩》、《書》、《易》、《禮》等），且被立爲博士官學？是否因爲它特別適合作者所說的「政治現實」，還是因爲董仲舒及其弟子的影響較大？（二）面對大一統中央集權的局面，儒家揚棄了與之矛盾的經義，如「大夫出疆，顯之可也」等。除此之外，不知董仲舒等人有無改造、擴大，或假託《春秋》原意以遷就現實的？（三）以公羊春秋來折獄，實有儒、法結合的傾向。由此文可知，我們在討論法律儒家化時，不但要注意政治現實對儒家學說的影響，也要留意成文法與儒家理念是既有相合，也有矛盾的。晉唐的援禮入律，事實上不是全面接收儒家理念，而是選擇性地把適合當代需要的儒家理念「合法化」（賦予法律效力）和「規範化」（將其法律要件確定下來以減少隨意性），而把不適合的儒家理念暫時排除在法律之外，備而不用，隨機應變（如春秋之義，子不報仇，非子也）。當然，同時被「合法化」和「規範化」的，還有風俗習慣和其他學派（如法家）的理念等，它們都是「法源」，但未必符合儒家理念，彼此必須遷就磨合。世易時移，政治和社會的需要發生變化，成文法之內和之外的儒家理念或會彼此易位，或功效大減，或是成文法與司法出現落差，即使是儒家理念亦會因時而變。總之，影響立法和司法的因素是多元的，各種因素的比重是可變的，儒家理念固然常佔優勢，但不見得對所有案件都一體適用。假如某一判決不完全符合儒家理念，也許就不必過於驚訝了，因爲中國傳統法律本就包含各家理念，不必強求其畫

一。此外，眾所周知，中國傳統法律雖不至於單純為政治服務，但處處受政治影響，並無今日之所謂獨立可言，故執法者以政治穩定、社會秩序或財政收入等考慮為優先，顧不了仁義道德，也是可以理解的。假如只拿著「儒家化」去理解中國傳統法律，恐怕只能得其一隅。

黃源盛教授對春秋折獄常受詬病的「原心定罪」進行現代刑法理論史的分析，指出董仲舒雖然強調主觀條件的「志」，但並非惟「志」是問，而是兼顧主觀心態與客觀行為。原心定罪要求釐清客觀行為的故意和過誤、慣犯和偶犯、造意和隨從，並強調在定罪量刑時要考慮行為人的動機、意圖和目的等，是一種進步的刑法思想。然而，若干文法吏過度強調行為人的主觀惡性，甚而無限上綱到道德裁判的層次，從而忽視甚至無視行為的客觀事實，定罪量刑的基準因此模糊，冤案假案錯案於焉造成，產生了引人詬病的「不正常的春秋折獄」。本文論證嚴謹，令人信服，但也產生一個題外話：究竟是董仲舒還是文法吏的決獄才是「正常的春秋折獄」，亦即何者的司法理念較為接近《春秋》之原意？董氏及其同道的作為，似乎是不滿當時司法之過於強調客觀行為，忽視動機和目的（即誅名而不察實），乃借用《春秋》之「原心定罪」以調和之，同時亦覺察到「原心定罪」有過於強調主觀條件的傾向，乃借用法家之客觀條件以調和之，所成就者，實非「《春秋》折獄」，而是「《董氏版春秋》折獄」，與《春秋》之原意不一定完全相符。文法吏之所作所為，的確與「《董氏版春秋》折獄」不符，但跟《春秋》之原意是否偶有相合？當然，究竟《春秋》之原意為何，就好像孔子誅殺少卯和反對公開制定法，見仁見智了。無論如何，漢代對《春秋》之詮釋不只一家一派，董仲舒之詮釋最後得行其道，而文法吏之詮釋不得行其道，遂使中國傳統的定罪量刑得以兼顧客觀與主觀條件。不過，作者亦指出，由於比較看重的還是主觀條件，而且判斷「志」是善是惡的標準是儒家的倫理道德，故其缺點是產生了道德超越法律的後遺症，優點是量刑時捨重從輕，符合寬恕之道。讀者不免好奇，以道德論罪，有時存乎司法者之一心，是否容易陷入「人治」？此外，究竟董氏何以得行其道？是誰先對春秋折獄的案件「起了疑心」，才拿給董仲舒研議？這些起疑的人是誰？他們為甚麼起疑？換言之，司法改革的契機為何？推動者為何？成功或失敗之原因為何？

邢義田教授藉著《奏讞書》裡一件秦或漢初的和姦案，全面探討服制和秦漢的刑法、禮制，和親屬倫理體系的關係，提出幾個很值得進一步探究的問題：（一）和姦案既不是以西晉泰始律所定的五服論罪，那麼當代法律用來界定親屬和他們的法律權利或義務的根據是甚麼？作者指出，在某種情況下，可能是同居和同戶籍。這是很合理的看法，在唐宋律中，有時就會根據案件性質的不同（如今日所謂民事案和刑事案）而採用同中有異的標準來界定親屬之間的權利和義務。（二）千里不同風，百里不同俗，不同地方對同一行為的看法如何影響法律儒家化的過程和結果？面對不同的風俗習慣和道德標準，立法者和司法者如何取捨？儒家化後的法律又如何應付不同的地方風俗和道德？（三）爲了此案，廷尉動員所屬三十人集體討論，得到共識後又被一人所推翻，這過程在法律史上有何意義？（四）正如我們不能用晉唐的法律原理來理解秦漢，也不能用今日的法律原理去理解晉唐，但古今中外，是否也有相通的法律原理？我們要指出其異，也可指出其同。秦漢的一些法律原則，如以生死爲斷，後來去了哪裡？無論是被後代揚棄或繼承，理由何在？如能往下追索，或可看到不同時代之社會變化。

黃靜嘉教授對春秋決獄的案例進行法學的分析，並藉此綜論法律儒家化從西漢到晚清的歷史，視野甚廣，脈絡清晰，其中若干論點值得進一步研究：（一）經義作爲法源的屬性爲何？作者認爲它是一種「比附」（類推適用），常對律令發生擴張、限縮、修正、補充，甚至排除其適用性，而創設了新的替代性規範。比附須標明所針對之律令，並經君主裁決，始得生效。在君主裁決之前，尙應經過「議」，可能是交廷尉議，或交其他特定大臣議，或交群臣集議，這是否接近罪刑法定主義？（二）春秋決獄對法制之技術與法律方法有何貢獻？作者指出，以《春秋》所決之獄，大都是原應適用之律令出現難以適用的情況，乃以經義比附，對律令加以解釋、闡明，或補充等，其過程不乏具有邏輯性之論理解釋，可見古代的法律推理有時相當符合現代刑法法理。（三）儒、法合一的同與異爲何？作者指出，儒家與法家在強調對權威（父權、夫權、君權）之服從上，似有重疊之處。不過，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，但仍須恪遵爲君、爲父及爲夫之道，即父、兄、夫、長、君對子、弟、婦、幼、臣負有一定

之義務。然在法家之價值觀中，強調君權、父權、夫權之優越性，未必強調其相對性。其次，法家與儒家的重要歧異，或在親親之倫理原則與統治者之利益衝突時，兩家之態度不同，如法家堅持應以統治者之利益為優先，反對親屬相容隱。（四）儒家化後的法律是否「外儒內法」或「陽儒陰法」？作者認為儒家經典代表了歷代政治的「應然面」，即恩威並濟之「恩」，然於政治權力運作之「實然面」，則不排除法家慘刻寡恩之治術，即「威」。但是，當作者談到立法與司法的落差時，卻認為若干刑罰規定在律典上之「應然面」是屬嚴酷，以達到威嚇的效果，但於「實然面」上卻有許多 leeway，未必真的依律典執行，以緩和嚴酷之措施。讀者不免疑惑，為何政治的「應然面」是恩，而律典之「應然面」卻是相反之嚴酷？（五）法律儒家化的末日為何如此不堪？作者談到清末禮教派與法理派之爭時，認為陷入纏鬥的只有「無夫姦」和「子孫違反教令」，禮教派對「八議」和「親屬相為隱」等律文之刪除均未抗爭。讀者不免困惑，為何長達二千年的法律儒家化，到最後奄奄一息，幾乎不堪一擊？

江玉林教授提出令人深思的問題：（一）作者認為春秋折獄過於重視主觀條件（原心定罪）的後遺症在唐律裡得到補救，即唐律以原情定罪作為司法的基本原則，要求審理任何刑獄案件時，不僅要有律令上的根據，更必須根據案件的情狀，包括董仲舒所稱「事」與「志」等客觀與主觀因素（前者如行為事實、類型、手段、行為發生的條件等，後者如行為人內心的動機、目的，甚至是行為人的性格等），及其情節的輕重，作為定罪科刑的基礎。這論點與黃源盛和黃靜嘉教授相應，或可視為春秋折獄「從判例到法典」的過程，即將董仲舒的原意確立下來加以規範和完備，明訂於法典。（二）這種審判原則確立後，就不易突破，例如朱熹在〈戊申延和奏劄〉裡，對當時刑獄失當的分析和改進的建議，就沒有超出董仲舒春秋決獄或唐律原情定罪的範圍。（三）不能突破的原因為何？作者認為，是朱熹將整個刑獄治理問題安排在內聖外王與聖君賢相的架構之下加以處理，乃使自己的法律論述始終必須依附在儒家三綱五常的既定道德之中，所有刑獄問題都成了道德上的問題，必須以「正心誠意」作為終極的標準，以促進人倫教化等作為解決的方法。這種始終將法律論述當成是一項專門用以實現三綱五常，促進人倫

教化的道德性措置的作法，可以說是傳統中國法律獨樹一格的文化格局。反觀西方，作者從傅柯治理理性（一種涉及各種事物的管理與治理上的作用）的觀念指出，歐洲從十六至十八世紀之間，已發展出擁有自主性的法律論述。在這個獨立論述領域裡，主權、法律、命令乃至於員警、軍隊與外交等等措置，都成了研究的對象，並且不斷地透過各種論述、制度、建築上的設計、法律、行政措施、科學命題，乃至於哲學與道德上各種原則等等一切措置，來解決各式各樣層出不窮的危機。也許讀者可以這樣理解，朱熹是將法律問題「窄化」為道德倫理問題，而西方將之「拓寬」為社會以至國家的治理問題，從而找到的解決方案，自然有小大之別。當然，過於窄化，難免失諸一隅，但過於拓寬，也有離題失焦之虞。我們撇開〈戊申延和奏劄〉的歷史背景和代表性不談，作者的確指出一個很有意義的問題：傳統中國如何理解罪案的發生和防治？是把它視為私人（如道德、家庭），還是公共（如教育、經濟、宗教，甚至法律本身失效）的問題？這又涉及傳統中國對罪犯和刑罰的態度問題，例如應否設立辯護人以維護當事人的「權利」？刑罰的功用是教化還是復仇？這些都有待研究，才能充分看出傳統中國以至今日臺灣的法律理念和實踐，有無突破漢唐格局。有時實在覺得，今日的司法還比不上《名公書判清明集》的清明，正如作者所說，這不單是執法者個人的操守問題，還有人才培育、考試錄取，和司法行政等諸多問題。個人也相信，理學家朱熹是知道這些問題的，只不過他認為最根本的解決方法，是從內心做起，這跟許多宗教的看法並無兩樣。

徐世虹教授通過傳世文獻及百年來發現的簡牘及碑刻資料，指出漢代社會在社會階層、權利義務、行為能力、債權債務、損害賠償，及契約的形式上具有形態較為清晰的獨立用語；來自律令、禮以及習慣的力量在這些不同的形態中發揮著不同的功效；在訴訟關係中，亦可析出民事訴訟與刑事訴訟的異同。這是一個十分重要的題目，縱使我們不管今日的六法分類，但也應探討中國古代是如何把案件分門別類的。這牽涉一連串的問題：分類之後，哪些性質的案件交給哪些官員或政府部門辦理？提出告訴和處理告訴有何程式？需要甚麼證據？審判的進行方式有何差異？判決是否根據不完全相同的原則？這些又是用來衡量一時代的法律思維和法律制度有何發展和是否發達的指標。本文的貢獻，是就一

些重要的分類項目提出一己之見，例如在訴訟關係上，就「訴訟提出」、「驗問程式」、「判決依據」、「判決結果」，和「治獄時令」等五個項目，指出民事和刑事案件的不同。也許現代的學人認為這些不同還不足以嚴格分別民事和刑事（事實上宋代法官對法律專有名詞的使用仍不嚴謹，但我們不能因此說當代沒有嚴謹的法律用語），也許漢代的人民也不懂得分別民刑（今天的人民也不一定懂），但他們的確要經歷這五個項目，也要遵從它們對不同類案件的不同規定。本文有助我們瞭解漢代百姓所要面對和走進去的司法制度。本文也引發一個疑問，作者說：「自魏新律以後，中國古代律典的刑法性質陡然明朗，經秦始律至唐律，最終完成了其單一刑法典的過程。但就漢律而言，其性質並非單一。以張家山漢簡《二年律令》二十七種律所見，如果依據刑法規定與非刑法規定分類，可知有基本屬於刑法規定、刑法與非刑法規定雜而有之、單純屬於制度規定三類。」如是，則晉唐之法典豈非倒退？與學人所謂「諸法合體，民刑有分」亦有不同，不知應如何解釋？

陳登武教授分析白居易的《百道判》，認為判題及其出處若是屬於刑事或行政疏失的，居易的判詞都遵守法律規範的精神；若是有關儒家禮教秩序的，判詞都呈現對儒家道德主義的用心維護；若是涉及禮法衝突的，從模擬「考題」的呈現到說理的論述過程，都充分展現「經義折獄」的影響；若是源自其他史籍典故，白居易似乎較能無所顧忌地表達自己內在的想法與論證。此文顯示，一篇論文要讓人信服，必須解決研究方法上難題：（一）研究者把《百道判》分門別類時，應根據甚麼標準？同是悔婚案，何種情況下應歸入單純法律案件（如第三〇道），何種情況下卻歸入禮法案件（如第九二道）。的確，對同一案件，例如兄弟爭財，有的執法者視之為家庭倫理案，有的視之為爭財競產案，審判的方法和結果可能大有不同，也影響研究者對中國傳統司法的理解。《百道判》應如何分類？是按照判題還是判詞？哪些判題是所謂「考古題」（歷屆考題），哪些是白居易自問自答的？這是弄不清楚的，卻影響著研究者對判詞的分析。（二）應以何種方法瞭解案情？甲因妻子於母親面前叱狗而出妻，妻子謂非七出，判詞以妻子為是；乙因妻子不悅於父母而出妻，妻子謂無失婦道，判詞卻以夫為是；丙之妻無子，翁姑要出之，但妻無所歸，判詞以為丙不應出妻。我們若用現代分析案件的

方法，分別原告、被告、所告之事、證據，和判決根據等，不難發現，在甲案裡，原告是甲，我們無從知道甲的母親對叱狗一事是否不悅，既然原告是丈夫，出妻便要根據七出之條，而甲妻無犯七出。在乙案裡，原告表面上是乙，其實是乙之父母，即翁姑因不悅而要出媳，法無明文，在此情況下，經義（《禮記·內則》）乃派上用場。在丙案裡，原告是翁姑，告訴之理由，不是不悅，而是七出之無子，故判詞也依法而論，指出七出之條有三不去的但書，其中之一即妻無所歸。從這三個出妻案來看，判決是有法依法，無法依禮。白居易不主張子為父報仇，也許亦是因為作為一名官員，應有法依法，作為君主，才能捨法以從春秋之義。第二道謂「辛氏夫遇盜死，遂求殺盜者而為之妻，或責其失貞行之節，不伏」，應是辛寡婦徵婚，條件是應徵者必須先殺死那位殺夫的盜賊，重點是先替夫報仇，然後再嫁。判詞偶有不合制定法之處，可能是當時另有敕令可依，亦可能是當時容許對制定法提出質疑。無論如何，《百道判》的作用是讓讀者「通過」國家考試，這就先天上限制了判詞的自由發揮。從它的性質，讀者就可料到，無論怎樣出題，《百道判》百分之九十以上應是依法依禮來回答的，就好像在墓誌銘裡難道會找到墓主越軌的行為嗎？最後必須一提，大部分判題所透露的犯罪事由十分簡單（例如沒有指出令翁姑不悅的行為），不宜過於推論，甚至不必與經義折獄掛勾。

馬伯良教授指出，影響宋代民事判決的因素有八：法律本身、法律原則、行政實效、風俗習慣、政府政策、地方人士的意見和態度、基本社會價值，和法官個人的意識形態。假如用這八個因素去分析經義折獄的案件，也許能別開生面，尤其是審判較繁難的民事案件，法官考慮的因素通常是多元而非單元的。針對本文的主題「法律與道德」，讀者可進一步思考三個問題：（一）道德可以是對立的，例如容許和反對寡婦再嫁，雙方都有道德為據，又如容許和反對寡婦攜帶嫁粧再嫁，亦是各有道德為據，那應如何取捨？（二）道德是可以轉變的。宋代科舉把大量庶民轉變為精英，也將部分庶民文化轉變為精英文化。正如宋代家禮糅合了士人和庶人的習慣，宋代的道德是否也糅合了士人和庶人的標準？這個新形成的道德，如何影響舊的法律及其包含的舊道德？《宋刑統》大部分繼承唐律，而後者出自門第貴族之手。宋代法律的特色為何？與

科舉所帶動的社會流動有何關係？（三）法律與道德是可以各有所司的。宋代執法者往往身兼兩個不同的角色和腳踏兩個不同的領域。兩個角色是裁判者和調解人：前者多依賴法律而後者多依賴包括道德勸說在內的其他手段；兩個領域是公和私：公是社會秩序等屬於公法的領域而私是家庭秩序等屬於私法的領域，前者多依賴法律而後者多依賴倫理和道德等來維持。所以，當執法者選擇在家庭糾紛扮演調解人的角色時，是否偏重倫理和道德的勸說？究竟「法、理、情」以何者為重，大抵要看法官如何看待案件的性質（如通姦案究屬公領域的社會風化還是私領域的家務事），和選擇扮演何種角色（裁判者、調解人、道德家、教育家等）。

陶安教授以明清秋審為例，說明「情」之為物，並非法外之恩，而是司法者為了突破制定法之僵硬和不周，所進行的一種法律推理，還因此產生新的法律概念或規定。在某種程度上，「情」的應用有一定的客觀和理性，並非任何人的擅斷。這個論點與黃源盛和黃靜嘉教授相應，其實春秋折獄的一項成果，正如靜嘉教授所說，是利用比附的方式，以邏輯性解釋補救律令規範過於僵硬刻板之弊，「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，又成爲一個嗣後可以援用之先例）」。從源盛教授對春秋案例的詳細分析，更可看到除了「情」之外的諸多因素，都進入法官考慮的範圍。當然，假如要擺脫「情」字的籠統性，作者不如直接告訴讀者，用於審判的「情」的具體內容究竟是甚麼？能否用其他法律術語來表達，例如黃源盛和江玉林教授所說的行爲事實、類型、手段、行爲發生的條件、行爲人內心的動機、目的、性格等。這樣也許可以看到，本文所說的「情」，哪些是法內之情，哪些卻真是法外之情。此外，相信也有大量不合「情」的案件，作者如能提供，當能增加讀者對明清司法的瞭解：爲何同一套法律推理或邏輯，竟會得出生死不同的結果？最後必須一提，雖然「情」與「經義」都用來彌補制定法之不足，後者涵蓋的範圍和發揮的功能卻複雜得多。作者在序言提出一個疑問說：「會不會『春秋之義』等思想只不過是一種思想？甚至懷疑這些詞語僅僅是一種套語，文人利用經書的權威顯示出自己判斷的正當性。」這就未免有點用現代人的眼光看歷史了。邢義田先生的論文告訴

我們，秦漢尙未以五服制罪，故經義折獄的一個功能，就是界定當事人的法律關係（如螟蛉能否爲養父隱），才能判斷罪行的嚴重性，才能據此定罪。要揭開經義折獄的神秘面紗，還得細讀本論集的其他論文。不容諱言，我們還需要對春秋案例分門別類（也許可以根據唐律疏議的分類），進行各方面的分析，才能看到它的多種功能（如上述螟蛉子屬於身分法的界定）。

最後，感謝史語所助理羅麗芳和陳淑梅小姐處理論文的排版格式，那是相當繁複的。

柳立言 謹識

2008.3.4