

## 兩漢春秋折獄「原心定罪」的 刑法理論

黃源盛\*

世人論斷漢代「春秋折獄」常有兩極化的傾向，而以負面評價者居多，何以致之？本文試圖追本溯源，例舉實證，並從刑法理論史的角度出發，作另一側面的觀察。表面上，春秋折獄的運用類型大致可粗分為二：一為董仲舒的春秋折獄案例，另一為董仲舒以外文法吏的引經決獄實例；其中，又可再細分為關涉政治性的案件與非關政治確信的尋常刑案。實際上，春秋折獄仿效《公羊春秋》褒貶的筆削法，迂迴地以：1. 善因惡果；2. 惡因善果；3. 惡因未果；4. 惡因惡果等類型，作為定罪量刑的理論根據，且以之為推闡律意的方法。而究其實，整個問題的關鍵在司讞者的「證據」如何取得？證據力的強弱及其虛實，如何權衡？本文深入其間，層層推進，最終得出本其事、原其志的「正常春秋折獄」與借名專斷、引喻失義的「不正常春秋折獄」兩面評價。當然，以今論古不免陷於法史研究方法之偏，之所以不避其嫌，悠遊縱橫其間，乃覺此事今古本相通，亦行方便法門之不得不也。

關鍵詞：春秋折獄 原心定罪 主觀與客觀 董仲舒 誅心論

---

\* 國立政治大學法律學系

## 壹、序說——一段四十多年前的法史爭議往事

古典中國的刑律及其審判，對於犯罪成立的基本態度，究竟是側重外部行為的實害結果？還是偏重行為人內部的主觀意志？《公羊春秋》的「微言大義」及其所延伸出來兩漢的「春秋折獄」，堪稱是最具典型的參考範例。以當代刑法學原理言，春秋折獄犯罪理論的歸類，究屬主觀主義乎？客觀主義乎？日本對古代中國法制歷史頗深造詣的兩位學者，在觀點上有了原則性的差異。

一九五九年十月，在日本召開的「法制史學會研究大會」上，日原利國對該問題提出了報告，題目是〈漢代の刑罰における主觀主義〉，他在開端中說道：「關於漢代刑罰的主觀主義，和所謂的春秋之義是可以相提並論而無法分離的。……」之後，日原氏又寫了一篇名為〈春秋公羊學の漢代的展開〉，<sup>1</sup> 在文中，再度重申關於春秋公羊學在刑法理論上是屬於主觀主義的觀點。根據日原氏的見解，春秋折獄最重要的一句話就是「原心定罪」。他更進一步地指出，春秋折獄是較側重行為的反倫理性，而不注重其違法性；較注重行為人的精神狀態和心理條件，而不注重其實害的程度。同時，他也認為「責任」就是惡性，其本質是具有非難可能性；具體的犯罪事實只不過是作為推斷行為人惡性徵表的材料而已；而刑罰的裁量是處罰行為人的危險性、惡質性。總括而言，日原氏認為春秋折獄的犯罪理論，相當於近世的主觀主義——近代派的徵表主義。

仁井田陞對於日原氏的見解不甚贊同，他認為，關於春秋公羊學的「原心定罪」或「必本其事而原其志」，表面上，看似重視行為人的內部心意。但深入以觀，所謂「原心」、「本其志」，又無非要從外部行為的客觀要件來加以考察，亦即要本其客觀事實來作為犯罪論、責任論的依據。例如「志邪者不待成」，何以知其「志邪」？這就必須從行為的各個階段（預備、陰謀）來做具體的認知。又例如「首惡者罪特重」，

<sup>1</sup> 參閱日原利國，〈春秋公羊學の漢代的展開〉，收入氏著，《漢代思想の研究》（東京：研文出版，1986），頁103-136。

在一般共犯的場合，首犯（造意）和從犯（隨從）可罰性的評價不同，從而刑罰亦有差等。此外，他也指出，當時刑罰目的論採的既是應報思想，在犯罪理論上本就有客觀主義的傾向。

仁井田陞又提出了幾點思考方向，首先，他提到「行為未完成前形式的問題」，亦即「志邪者不待成」的準備行為。日原利國既然引古語所謂「一般而言，禮者禁於未然之前，而法者禁於已然之後」，然而「原心定罪」將未然的心意也作為處罰的對象，如果說「預想的結果行為不重要」，只是「致其意」，這是令人無法理解的。另外，他又引《周禮·秋官》的話語來論證「責任能力的問題」，說明精神狀態及年齡等，也是古中國刑律作為追究刑事責任的基礎要件。關於這些思想或規範，也不應只以「原心定罪」一詞輕輕帶過而忽略事實的真相。最後，他提到「犯罪行為的環境論」問題，古代中國犯罪的成因，或由於經濟貧困，或由於行為人的素質，或由於社會的大環境，凡此，無不影響到行為傾向，而在論罪科刑時，也不能不考慮這些因素。所以，若一概認定春秋折獄是絕對地純採主觀主義，不無商榷的餘地。<sup>2</sup>

外邦學人對傳統中國法文化探討如此之深入且細膩，著實令人感佩。誰是？誰非？難下定論。而有關「春秋折獄」的相關論著，國內外深刻文獻極為罕見。<sup>3</sup> 筆者於民國七十一年（1982）曾以「漢代春秋折獄之研究」為題，撰寫碩士論文約十五餘萬言。<sup>4</sup> 之後，民國八十一年（1992）及八十三年（1994）間曾將其擇要增刪，分別以〈董仲舒春秋折獄案例研究〉以及〈兩漢春秋折獄案例探微〉為名，發表於臺大《法學論叢》<sup>5</sup> 和

<sup>2</sup> 參閱仁井田陞，〈中國古刑法ことに春秋公羊學の刑法理論〉，收入氏著，《補訂 中國法制史研究 法と慣習、法と道德》（東京：東京大學出版會，1980），頁609-618。

<sup>3</sup> 其中論述較可觀者有：林詠榮，〈春秋決獄辨〉，《法學叢刊》26.4（1981）：11-21；高恆，〈論“引經決獄”〉，收入氏著，《秦漢法制論考》（廈門：廈門大學出版社，1994），頁178-193；俞榮根，《儒家法思想通論》（南寧：廣西人民出版社，1992），頁576-584。另有日文論著，除日原利國及仁井田陞前揭文外，鈴木由次郎，〈董仲舒の「春秋治獄」をめぐって——支那古代の刑事判例集〉，《法學新報》（日本）57.10（1950）。

<sup>4</sup> 詳參黃源盛，《漢代春秋折獄之研究》（臺北：國立中興大學〔今臺北大學〕法律學研究所碩士論文，1982）。

<sup>5</sup> 參閱黃源盛，〈董仲舒春秋折獄案例研究〉，《國立臺灣大學法學論叢》21.2（1992）：

《政大法學評論》，<sup>6</sup> 獲得相當多的迴響。今冬 (2004.12) 中央研究院歷史語言研究所「經義折獄與傳統法律」為主題，召開國際學術研討會，既承邀與會，多年來的基本想法並未有多大改變，「老題」該如何「新論」？頗費思量，想起近半世紀前日本法史學界兩位前輩的「筆戰」，其聲猶在，乃三寫經義治獄，並將重心側重在以前較少著墨的「原心定罪」這個議題上，但盼不只是「新瓶舊酒」而已！

## 貳、刑法史上主觀主義與客觀主義的論爭

人類自有刑法規範以來，各種理論最終要解決的都是「歸責」的問題，而各種學說的相持不下，所涉及的也無非是「歸責對象」的爭執。西方近代法律史上如此，傳統的中國刑律也不例外；歷史不應只是案牘上的供品，它有時也會啟發我們融通新舊的視野。

### 一、歐陸近代刑法史上的主客觀流派之爭

從法制歷史面考察，西方古代各民族的刑法，起初並未區別「有意犯」與「無意犯」，而只重視行為所生的實害結果，倘行為階段尚未發展到實害的程度，並不予以處罰，所謂「未遂犯」的概念並不明朗，如日耳曼法諺就說「人被處死，因其行為」。<sup>7</sup> 而早期的《羅馬法》，雖有未遂之名，並無處罰之實。詳言之，《羅馬法》雖將犯罪行為分為預

---

29-63。後收入氏著，《中國傳統法制與思想》（臺北：五南出版公司，1998），頁85-130。

<sup>6</sup> 參閱黃源盛，〈兩漢春秋折獄案例探微〉，《政大法學評論》52 (1994)：1-31。後收入氏著，《中國傳統法制與思想》，頁131-178。

<sup>7</sup> 日耳曼法因視結果為犯罪意思之表示，故無犯罪意思之未遂行為，原則上不處罰，但不無例外。其一為現行犯，對於此種情形無論未遂或既遂，均受同一之處遇，例如夜間侵入住宅竊盜或著手於放火之行為，任何人均可加以捕殺，一如其既遂。其二即將今日入於未遂概念範圍內之多數行為，規定為獨立犯罪，即視為危害和平之罪，例如在他人之前拔刀者，無論其係意圖殺害、傷害或恐嚇對方，均須支付一定之償金。屬於此種罪名者尚有阻塞道路、決水、無故侵入住宅、毀損女人之名譽等。對此等罪名，有時更區別多種不同階段之未遂犯。詳參蔡墩銘，《唐律與現行刑法之比較研究》（臺北：中國學術著作獎助委員會，1992），頁181。

備、未遂與既遂等三個階段，但只處罰既遂，而不處罰其他階段的行為。嗣以法律文明推演，特別是受到倫理思想的影響，對行為的評價，乃漸由行為的結果擴及於行為人的內在意義，是以後期的《羅馬法》，才開始對某些類型的犯罪行為，一有犯罪意思的活動，即得由裁判官予以斟酌處罰。

嚴格說來，未遂犯的概念，降至中世紀末期，才在義大利刑法學上逐漸形成，德國第十四世紀的《都市條例》出現處罰犯罪的「企行」。所謂「企行」，乃係「思量並見諸行動而未克完成」之義，亦即「有犯意、行為，而無犯罪之終了」，但對於所謂「預備」與「著手實行」的階段行為，仍未明白加以劃分。及至一五三二年德國著名的《卡羅利納法典》(Constitutio Criminalis Carolina) 頒行，才在第一百七十八條將「有助於犯罪既遂之外部行為的企行」列為未遂犯的要件，顯然，此際已注意到客觀的標準，但就「預備」與「著手實行」該如何斷其界限仍屬不明確。

近代刑法學者，對於刑事責任評價的對象，究應以犯罪的客觀事實為憑？還是應以行為人的主觀意念為準？仁智互見，爭議了將近兩百年，大抵有客觀主義與主觀主義之分：

**客觀主義** 謂行為人的內心狀況，非法律所能過問，必有外部的行為影響及於他人特定的生活利益，法律始可加以干涉。依此立論，刑事責任應以行為人行為的客觀面作基礎，刑罰輕重應視行為所生的實害大小而定，至於行為人的人格如何，則不予考量。申言之，一定的行為發生一定的實害結果時，該行為即屬犯罪。俗謂：「恨其罪，而非恨其人」，就是這種想法。若純粹依此理論而制定的刑法，是屬於所謂的客觀主義刑法、結果刑法或行為刑法。

**主觀主義** 謂刑事責任的基礎及犯罪責任本身的結構，存在於行為人的主觀性格。詳言之，刑罰所以加諸行為人者，非徒以其行為對法益已生實害，實因行為人對法秩序產生敵對的態度，是以刑事責任應以行為人主觀的意念為基礎，刑罰輕重恆受行為人反社會的動機及其性格所左右。換句話說，是否成立犯罪，應視其心意可受非難的情況及社會危險性格如何而定；實害的發生，並非犯罪成立的唯一要求，重要的是，行為自體所徵表的犯罪意思。此誠如德國刑法學者李斯特 (Franz von Liszt

1851-1919) 所說：「應受處罰者係行為人，而非其行為。」倘純粹依此理論而建構的刑法，是屬於所謂的主觀主義刑法、意思刑法、人格刑法或行為人刑法。

何以在刑事法學上，犯罪理論有此兩個派別的對立？不妨先從歷史的發展來加以觀察。當十六、十七世紀之際，西洋某些社會進入國家組織強盛的階段，在王權絕對的原則下，政治措施與法律制裁專以威嚇擅斷為事，當時刑法的第一要務，無非充當為治民之具，在鞏固政權這一點上，可以說發揮到極致，而於個人自由的保障，則顯然欠缺；於是，有十八世紀自由主義的興起，倡議「罪刑法定」的精神，認為國家對個人違反規範行為的實施處罰，惟以法律有明文規定者為限，藉以消除恣意的擅斷，而強調人權的實質保障，由是刑法的客觀面乃特受重視，而有所謂「客觀主義」的論調。<sup>8</sup> 考其內容不外有下列二點：即（一）為保障個人自由：很顯然，客觀主義主張依實害的發生作為犯罪的要件，而機械式地限制國家刑罰權的發動，藉以確保個人的自由。（二）為現實主義：認為根據自由意思所表現在外的犯罪行為，本身即具有現實意義。亦即犯罪係現實的存在，與行為人的人格無關，將附有結果的行為，視為與人格獨立的事實，依犯罪行為的情狀如何而定刑罰的輕重。

不過，同屬客觀主義的犯罪概念，尚可分為古典學派、新古典學派與目的行為論等流派；各派的持論，猶非完全相同。古典學派的犯罪概念由於過偏自然科學的思考，已逐漸褪色。其後，可說是新古典學派與目的行為論對立的局面，二者的爭執在於「故意」是否應列為構成要件的主觀要素。依目的行為論，故意在犯罪成立要件的體系上不屬於違法性或有責性，而屬於構成要件該當性。惟依新古典學派的犯罪概念，故意仍屬於有責性，亦即其一旦經過責任判斷而予以確認時，則應成立故意責任。對於這兩說的爭論，值得注意的是，癥結在於受犯罪判斷的行為，應否加以限制？有認為：「對此吾人認為似有將其予以限制之必要，俾使犯罪判斷集中於需要判斷之行為，對於不需要判斷之行為，則應予以排除；不必列入犯罪判斷之對象。」<sup>9</sup>

<sup>8</sup> 參閱韓忠謨，《刑法原理》（臺北：作者印行，1982），頁38-42。

<sup>9</sup> 參閱蔡墩銘，《中國刑法精義》（臺北：漢林出版社，1977），頁43。

就刑法的任務言，個人自由的保障固屬重要，但對於維持社會秩序的一面，也是不容忽視的。西洋法律思潮在近代幾經推移，初由國家絕對主義轉入個人自由主義，這個人的權利地位獲得法律的充分保障後，又漸感若過度重視個人自由，對於團體利益的促進不但有所窒礙，也無法因應新興社會情勢的需要；於是，在十九世紀後期，觀念再變；刑法的運用，對於主觀一面，又較趨重視，關於刑罰的有無及其分量的輕重，主張應以行為人的主觀性格為依歸，至於行為及其實害結果如何並無過分強調的必要，由是乃有所謂「主觀主義」的興起，觀其內容也不外乎下列二點：即（一）為保障社會安全：主觀主義係以顯示犯意的行為自體屬於犯罪，當有發生法益侵害危險時，即可發動國家刑罰權，以資預防實害的真正發生。（二）徵表主義：即將犯罪與行為人的人格結合觀察，認為犯罪乃行為人反社會性格的表徵。<sup>10</sup>

事實上，十九世紀新興起的主觀主義，並未忽略「行為」在犯罪概念上的地位，只因為維護法律秩序的必要，特別偏重刑法運用的主觀面而已。採此立場者，除若干國家現實的立法外，尚包括為數不少的刑事司法實務家及刑法學者。惟自十九世紀以後，理論的發展尚不僅止於此，最堪注意者，為研究犯罪學及刑事法學者基於自然科學的觀察，著眼於行為人的社會危險性格，以為犯罪行為不過為危險性格的徵表，在論定刑事責任上無足輕重，從而主張「行為人責任」以排斥「行為責任」，並認為現行刑法應作徹底修正，以「行為人」為目標，釐定其責任，藉以達成社會防衛的目的，此一刑事學派的思想與主觀主義相結合，致其立場又與前述古典學派的主觀主義迥然有異，堪稱為近代學派（新派）的主觀主義。

由此可見，客觀主義與主觀主義雖屬刑法學界習用之詞，而從其發展過程考察，其本身的概念內涵並未完全確定。當今犯罪的基礎理論，以特別預防為中心，賦與法官較寬大的自由裁量權限，同一犯罪行為，往往就行為人的性格為個別相異的處罰，以實現「刑罰個別化的原則」。此外，如緩刑、假釋及累犯加重等制度的建立，以及關於未遂犯、共犯

<sup>10</sup> 參閱甘添貴，〈古典學派與近代學派於現代刑法理論之影響〉，收入氏著，《刑法之重要理念》（臺北：瑞興圖書出版，1996），頁1-52。

的主觀說等，也無非建立在主觀主義的理論基礎上。觀乎近代各國刑法改革的趨勢，也莫不有此傾向。但究其內實，之所以有主觀主義與客觀主義的對立，毋寧說是由於十九世紀末葉以來，犯罪問題的科學調查日益精進的結果所促成，苟無對於行為人予以實證研究的科學存在，也就沒有主觀主義犯罪理論的權輿，從而也不至引起主觀主義與客觀主義理論的兩相對立。

## 二、古代中國法上的主觀說與客觀說

從以上西方刑法理論的發展過程看來，觀察犯罪是否成立的重點，起先只是側重在外部的行為結果，後來才次第重視內部的心意。反觀古典中國刑事法，倘依近現代刑法犯罪理論，屬客觀歸罪？抑或主觀歸罪？

### （一）先秦時期的法理觀

就帝舜時代的法理念言，論者有舉《尚書·堯典》所載「眚災肆赦，怙終賊刑」一語為例，而以「主觀主義」視之者。<sup>11</sup>所謂「眚災肆赦」，其實包含過失、正當防衛及緊急危難行為之救護等三種觀念。「眚」與「終」是一組對立的概念，「眚」為過誤，言無意犯罪者；「災」為不幸，謂正當防衛及基於救護等緊急危難的行為；「肆赦」則為刑之免除，亦即對於過誤、正當防衛及緊急危難的救護等行為，得免除其刑，而不計及結果的實害如何。至於所謂「怙終賊刑」，孔穎達解曰：「怙恃姦詐，欺罔時人，以此自終，無心改悔，如此者當刑殺之；小者刑之，大者殺之。」<sup>12</sup>明·丘濬則解為：「有心失理為惡，怙終是也；人之有所恃而又再犯者，當讞之；知非其過也，當典刑者則坐以典刑，當鞭扑者則坐以鞭扑。」<sup>13</sup>簡要地說，行為人既不以初犯的刑罰為

<sup>11</sup> 參閱徐朝陽，《中國刑法溯源》（臺北：臺灣商務印書館，1969），頁118以下。

<sup>12</sup> 參閱孔穎達，《尚書注疏》（收入《景印文淵閣四庫全書》〔臺北：臺灣商務印書館，1986〕，第54冊），卷二，頁64。另參考屈萬里註譯，《尚書今註今譯》（臺北：臺灣商務印書館，1986），頁12-13。

<sup>13</sup> 參閱丘濬，《大學衍義補》（京都：中文出版社，1979），下冊，卷一〇八，頁1121。



戒，且怙惡不悛，即應從重科刑，此或可說是傳統中國刑律注重行為人性格的起源。

在《尚書·虞書》中也記載了皋陶對舜說過的一段話：

帝德罔愆，臨下以簡，御眾以寬，罰弗及嗣，賞延于世，宥過無大，刑故無小，罪疑惟輕，功疑惟重。與其殺不辜，寧失不經。好生之德，洽于民心，茲用不犯于有司。<sup>14</sup>

過誤所犯，雖大必有；不忌故犯，雖小必刑。《尚書·康誥》更記述了武王對康叔的誥誡之辭：

人有小罪非眚，乃惟終，自作不典；式爾，有厥罪小，乃不可不殺。乃有大罪非終，乃惟眚災適爾，既道極厥辜，時乃不可殺。<sup>15</sup>

王符《潛夫論·述赦》進一步闡釋曰：

言惡（恐）人有罪雖小，然非以過差為之也，乃欲終身行之，故雖小，不可不殺也。何則？是本頑凶思惡而為之者也。「乃有大罪，匪終，乃惟省哉，適爾，既道極厥罪，時亦不可殺。」言殺人雖有大罪，非欲以終身為惡，乃過誤爾，是不殺也。若此者，雖曰赦之可也。<sup>16</sup>

可見，上古中國對「過誤」與「屢犯」是區分得很明白的，而對其處置的方式也有輕重之別。《儀禮·鄉射禮》云：「射者有過則撻之」，根據鄭玄的解釋，「過」是指「矢揚中人」，但因為射箭之人「本意在候，去傷害之心遠」，屬於過誤傷人，所以能得到從輕論處。<sup>17</sup>

<sup>14</sup> 參閱《尚書》（收入《十三經注疏》〔臺北：藝文印書館，1997〕，第1冊），卷四，〈虞書·大禹謨〉，頁55。

<sup>15</sup> 非眚，即非過失，也就是故意犯罪；式爾，亦為故意如此。本段所引《尚書·虞書》之言，有學者認為係出於〈大禹謨〉，該篇屬於《偽古文尚書》，用以說明晉、唐以下法律思想的淵源依據則可，但不能視為漢代或更早的法律思想。

<sup>16</sup> 王符，《潛夫論》（北京：中華書局，1997），卷四，〈述赦第十六〉，頁102。

<sup>17</sup> 旌各以其物。無物則以白羽與朱羽糝，杜長三仞，以鴻脰，韜上二尋。凡挾矢，於二指之間橫之。司射在司馬之北。司馬無事不執弓。始射，獲而未釋獲；復釋獲；復用樂行之。上射於右。楅長如筈，博三寸，厚寸有半，龍首，其中蛇交，韋當。楅：髹，橫而奉之，南面坐而奠之，南北當洗。射者有過則撻之。眾賓不與射者不降。取誘射之矢者，既拾取矢，而后兼誘射之，乘矢而取之。賓主人射，則司射擯升降，卒射，即席而反位卒事。鹿中：髹，前足跪，鑿背，容八算；釋獲者奉之先首。大夫降，立于堂西以俟射；大夫與士射，袒熏襦，耦少退于物。司射釋弓矢視算；與獻釋獲者釋弓矢。禮

雖然只是片言隻語，或不足以概全，惟堯舜時代的刑法理念似已有側重「主觀歸罪」的傾向，不過，這與上述西方近世之所謂「主觀主義」仍不可相混；近世的主觀主義，著眼於「如何的危險」，而堯舜時代的主觀說，似比較側重在「如何的意思」，殆不計加害之點，自始至終，均聽正義的要求，因果報應、罪惡必罰，這是堯舜刑法的最大特色之一。

再就西周時期的法理思想來說，《周禮·秋官》載：

司刺：掌三刺、三宥、三赦之法，以贊司寇聽獄訟。壹刺曰訊群臣，再刺曰訊群吏，三刺曰訊萬民。壹宥曰不識，再宥曰過失，三宥曰遺忘。壹赦曰幼弱，再赦曰老旻，三赦曰愚蠢。以此三法者求民情，斷民中，而施上服、下服之罪，然後刑殺。<sup>18</sup>

很清楚，《周禮》對於犯罪行為是出於「不識」、「過失」或「遺忘」作了明確地區別，對於「偶犯」或「怙惡不悛」這個問題也相當重視，而對其懲處也有很顯著的輕重之分。例如（一）受理機關不同：過誤犯罪，情節輕微者，由地官的司牧「以禮防禁而救之」；情節較重的，由秋官的司圜「收教」之。故意犯罪，則由秋官的司刑定罪科刑，且由秋官的掌戮負責執行。（二）處理程序有異：過誤犯罪，例得減免；故意之舉，則無此待遇。（三）處理結果等差：對於「過而殺傷人者」，由地官的調人充當調停人，進行和解；而對於故意殺傷人者，則根據「殺人者死，傷人者刑」的對等應報原則，由秋官的掌戮，在「市」上執行刑罰。

至於《周禮》對怙惡不悛之徒的處罰，除了對累犯由撻撲直至關入圜土，〈秋官司寇·大司寇〉對越獄脫逃者格殺勿論外；〈地官司徒·調人〉云：「凡殺人有反殺者，使邦國交讎之。」<sup>19</sup> 鄭司農說：「有反殺

射，不主皮，主皮之射者，勝者又射，不勝者降。主人亦飲于西階上。以上詳參閱《儀禮》（收入《十三經注疏》第4冊），卷一三，〈鄉射禮〉，頁149。

<sup>18</sup> 詳參閱《周禮》（收入《十三經注疏》第3冊），卷三六，〈秋官司寇〉，頁539。

<sup>19</sup> 參見《周禮》卷一四，〈地官司徒〉，頁214：「調人：掌司萬民之難而諧和之。凡過而殺傷人者，以民成之。鳥獸，亦如之。凡和難：父之讎，辟諸海外；兄弟之讎，辟諸千里之外；從父兄弟之讎，不同國；君之讎視父，師長之讎視兄弟，主友之讎視從父兄弟。弗辟，則與之瑞節而以執之。凡殺人有反殺者，使邦國交讎之。凡殺人而義者，不同國，令勿讎，讎之則死。凡有鬥怒者成之，不可成者則書之，先動者誅之。」

者，謂重殺也。」鄭玄注：「反，復也。復殺之者，此欲除害弱敵也。」前者以「重殺」釋「反殺」，只強調「反殺」是再次殺人。後者雖著眼於「除害弱敵」這個動機，但亦兼顧到「復殺」的客觀事實。也就是說，後者認為「反殺」之所以遭到嚴禁，不只在於它違背了自古相沿的「復仇不除害」的慣例，還因為它的性質是慣犯。對於有「反殺」罪刑的人，不論其初次殺人係出於何種主觀情狀，都以嚴刑相待。

上述《周禮》這些言論的主旨與《尚書》、《儀禮》、《春秋》等先秦典籍的相關記載，其基本精神是一致的，這或可說明儒家刑罰思想的一種「主觀論」傾向。<sup>20</sup> 相較之下，法家法理觀則反於是，往往不計行為的動機為何，只根據其行為結果，機械式地作為論罪科刑的準據，可以說，是一種「客觀論」的體現。

## （二）秦漢以降的律典規範

就秦漢以降的法制史料觀察，在《秦律》中也並不是凡具有刑事責任能力的人，在任何條件下所實施侵害法益的行為，都一律認定為犯罪。通常在實施行為之後，還要進一步考察行為人在實施行為時的主觀心理狀態，只有客觀上實施了構成要件的行為，同時在主觀上又具有故意或過失者，才會被認定為犯罪行為。因此，《秦律》大體上是兼顧了犯罪的客觀行為與主觀心理狀態並重的原則。

舉例來說，在《睡虎地秦墓竹簡》中，有關故意與過誤行為的刑責，罪名毫不相混，刑罰也有重輕之別。〈法律答問〉曰：

甲告乙盜牛若賊傷人，今乙不盜牛、不傷人，問甲可（何）論？端為，為誣人；不端，為告不審。

甲控告乙盜牛或殺傷人，倘調查之後，乙並無此等事實，甲應如何論處？如係故意，以誣告他人論處；不是故意，則以控告不實論。據此可知，控告不實因控告者的主觀心態而有「端」（故意）與「不端」的差別，致有「誣人」與「告不審」的不同罪名。

<sup>20</sup> 參閱西田太一郎，《中國刑法史研究》（東京：岩波書店，1974），頁123以下。

又如官吏審理案件，倘「罪當重而端輕之，當輕而端重之」，即故意重罪輕判或輕罪重判，而恣意出入人罪的，是謂「不直」。至於「當論而端弗論，即虧其獄，端令不致，論出之」，即應當論罪而故意不論罪或減輕罪情，而使行為人不該當於犯罪構成的要件，稱為「縱囚」。行為性質不同，罪名有別，刑罰自然有異，這可以從下列兩個案例看出端倪：

夫盜千錢，妻所匿三百，可（何）以論妻？妻智（知）夫盜而匿之，當以三百論為盜；不智（知），為收。

夫盜三百錢，告妻，妻與共飲食之，可（何）以論妻？非前謀（毆）也，當為收；其前謀，同罪。夫盜二百錢，妻所匿百一十，何以論妻？妻智（知）夫盜，以百一十為盜；弗智（知），為守臧（贓）。<sup>21</sup>

丈夫盜竊一千錢，在其妻處藏匿了三百，妻應如何論處？妻如知道丈夫盜竊而藏錢，應按盜錢三百論處；不知情，以收藏論。又丈夫盜竊三百錢，告知其妻，妻和夫共同用這筆錢飲食，妻應如何論處？沒有預謀，應論以收藏；如係預謀，與其夫同罪。丈夫盜竊二百錢，在其妻處藏匿了一百一十，妻應如何論處？妻如知道丈夫盜竊，應按盜錢一百一十論處；不知情，以守贓論。在這裡，刑罰的科處是以行為人「知」或「不知」的主觀心理狀態為依據的，在科刑上，採取故意從重，過誤從輕的原則。可見，《秦律》對犯罪行為係出於故意或過誤，是認真加以區分的。

漢興，律統承襲秦制，對於故意、過誤的行為，也分別予以處遇。據《後漢書·郭躬傳》載，漢明帝永平年間（58-75）曾有一案：

有兄弟共殺人者，而罪未有所歸。帝以兄不訓弟，故報兄重而減弟死。中常侍孫章宣詔，誤言兩報重，尚書奏章矯制，罪當腰斬。帝復召躬問之，躬對：「章應罰金。」帝曰：「章矯詔殺人，何謂罰金？」躬曰：「法令有故、誤，章傳命之謬，於事為誤，誤者其文

<sup>21</sup> 以上三段有關「法律答問」引文，分別詳參劉海年等譯註，《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557-558, 546。

則輕。」帝曰：「章與囚同縣，疑其故也。」躬曰：「『周道如砥，其直如矢。』『君子不逆詐』，君王法天，刑不可以委曲生意。」帝曰：「善。」遷躬廷衛正。<sup>22</sup>

由此看來，東漢確有寬宥過誤者的律令，而溯其所自，當沿襲西漢。又《漢書·刑法志》載文帝詔云：「吏坐受贓枉法，守縣官財物而即盜之，已論命，復有笞罪者，棄市。」所謂「已論命」，指前案已經判決，「復有笞罪」則指又犯新罪。據此詔可看出，《漢律》對於慣犯所採取的懲處也是非常嚴厲的。

再以漢律本身言，有所謂「賊殺、謀殺、故殺人者，棄市論。鬥、兵刃傷人者，完城旦論。賊傷者，加一等。過誤者，減等。」而上引《後漢書·郭躬傳》亦云「法令有故有誤」，合鬥、戲、謀、賊、過失，此或為後世「七殺」之所本，<sup>23</sup> 凡此，也不無深寓「主觀說」的色彩。

以上之所以冗長敘述這段東、西方刑法史上「客觀說」與「主觀說」相關的發展歷史，主要是想瞭解漢代以前的刑法思想與刑事實定法，對於犯罪行為的評價基點，究竟側重何端？有無區分「主觀歸責」與「客觀歸責」的概念？而這些問題與本文底下所要探討的課題是有相當關連性的。

## 參、春秋折獄「原心定罪」案例評析

古今異制，中外殊俗，本來無須強加比擬，但法理念的形成與衍化是個連續體，變中有其不變，以古論今或以今議古雖均不免要遭不識時務之譏，但還是有必要稍做比較後，再進而徹底釐清其異同。而重要者，恐怕是要對兩漢的春秋折獄案例先作深入的考察。長年以來，我始終以為，如要評價春秋折獄的歷史功過，認真爬梳相關史料是最基本的前

<sup>22</sup> 參閱范曄，《後漢書》（臺北：洪氏出版社，1978），卷四六，〈郭躬傳〉，頁1543-1544。

<sup>23</sup> 參閱張鵬一，《漢律類纂》（東京：東京大學東洋文化研究所藏，出版地及年月不詳），頁5。另參〈二年律令釋文注釋〉：「賊殺人，鬥而殺人，棄市。其過失及戲而殺人，贖死；傷人，除。」見張家山二四七號漢墓竹簡整理小組編，《張家山漢墓竹簡（二四七號墓）》（北京：文物出版社，2001），頁137。

提，而其中又以深入分析董仲舒本人以及其他儒（法）吏所作的案例最爲重要；同時，也要細分關涉「政治性案件」與「非關政治確信」的尋常刑案，如此，兩相對照之下，心證自易了然。

## 一、董仲舒春秋折獄案例

董仲舒 (179-104 BC) 爲西漢中期一代儒宗，是援引儒家經義以斷獄的第一人。《漢書·藝文志》「春秋類」著錄的《公羊董仲舒治獄》十六篇，此即《後漢書·應劭傳》所說的：

故膠東（西）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，言之詳矣。<sup>24</sup>

惟據南宋·王應麟《困學紀聞》云：

董仲舒《春秋決獄》，其書今不傳。《太平御覽》載二事，其一引春秋許止進藥，其一引夫人歸于齊。《通典》載一事，引春秋之義，父爲子隱。應劭謂仲舒作《春秋決獄》二百三十二事，今僅見三事而已。<sup>25</sup>

王應麟撰《困學紀聞》時，已不見董仲舒《春秋決獄》。據上開文獻資料推斷，該書很有可能是宋朝南渡時亡佚的。<sup>26</sup> 書雖不傳於世，仍有零星的事例被保留下來。現存的案例史料散見於：杜佑《通典》、歐陽詢等《藝文類聚》、白居易《白氏六帖事類集》、李昉等《太平御覽》、馬國翰《玉函山房輯佚書》、王謨《漢魏遺書鈔》以及近人程樹德《九朝律考》等書。其中以馬氏所輯的事例最爲完整，收有董仲舒春秋折獄案例八則，惟有一則與斷事決獄全然無涉。於此僅選錄其中三則與「原心定罪」比較有關者，做深入的闡釋。

<sup>24</sup> 引自《後漢書》卷四八，〈應劭傳〉，頁1612。

<sup>25</sup> 參閱王應麟撰，翁元圻注，《翁注困學紀聞》（臺北：中華書局，1966），卷六，頁16。

<sup>26</sup> 王應麟只說：「董仲舒《春秋決獄》，其書今不傳」，並未說明《春秋決獄》是何時亡佚的；見《翁注困學紀聞》卷六，〈春秋·董仲舒春秋決獄〉，頁16。

### 【案例一】無毆父之意

事實：

甲父乙與丙爭言相鬥，丙以佩刀刺乙，甲即以杖擊丙，誤傷乙，甲當何論？

或曰：「毆父也，當梟首。」

論曰：「臣愚以為父子至親也，聞其鬥，莫不有怵惕之心，扶杖而救之，非所以欲詬父也。春秋之義，許止父病，進藥於其父而卒，君子原心，赦而不誅。甲非律所謂毆父也，不當坐。」<sup>27</sup>

解析：

1. 本案的爭點，甲以杖擊丙，原為救父，不意竟誤傷己父，是否應構成漢律上之所謂「毆父罪」，而論以梟首之刑？宜否有「阻卻責任」或「阻卻違法」法理的適用？
2. 孝在古典中國文化中，一再地被標榜，子孫原以恭謹順從為主，倘有對父母不遜的行為，當為社會、法律所不容；而且，「不孝」在舊律上是屬重大犯罪，處罰很嚴。《孝經·刑章》云：「五刑之屬三千，罪莫大於不孝。」《周禮·地官司徒》不孝為鄉八刑之一；《睡虎地秦墓竹簡》的〈法律答問〉及〈封診式〉中也有「不孝，謁殺」的明言；漢律中不孝之罪則為斬梟。至於罵以上的行為，更是不能容忍的惡逆重罪，早已超過不孝的程度，法律上的刑罰更為嚴厲，漢律刑至梟首。<sup>28</sup>
3. 依上而論，若要嚴格遵從律文的規定，本案甲毆父，應梟首。惟仲舒不以為是，乃本古來「略跡原心」的春秋大義，作為判案的根

<sup>27</sup> 李昉等，《太平御覽》（臺北：新興書局，1959），卷六四〇，頁2842。

<sup>28</sup> 按《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。」〈封診式〉中載有「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。另史已爰書：與牢隸臣某執丙，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《中國珍稀法律典籍集成》，甲編，第1冊，頁586及660等。又漢《二年律令·賊律》：「子賊殺傷父母，奴婢賊殺傷主，主父母妻子，皆梟其首市。」詳參張家山二四七號墓竹簡整理小組編，《張家山漢墓竹簡（二四七號墓）釋文修訂本》（北京：文物出版社，2006），頁13。

據。按《春秋》昭公十九年 (523 BC)，經曰：「夏，五月戊辰，許世子止弑其君買。冬，葬許悼公。」《公羊傳》解說：「賊未討，何以書葬？不成于弑也。曷為不成于弑？止進藥而藥殺也。止進藥而藥殺，則曷為加弑焉爾？譏子道之不盡也。其譏子道之不盡奈何？曰：樂正子春之視疾也。復加一飯則脫然愈，復損一飯則脫然愈；復加一衣則脫然愈，復損一衣則脫然愈。止進藥而藥殺，是以君子加弑焉爾，曰『許世子弑其君買』，是君子之聽止也；葬許悼公，是君子之赦止也。赦止者，免止之罪辭也。」<sup>29</sup> 這種「原情定過，赦事誅意」的經義，換成現代的話說，是強調行為人主觀犯意之謂，也不無含有「阻卻責任」的意味在。

4. 春秋「原心」，許止進藥，本欲癒父之病，並無害父之意，但許悼公飲其藥而卒，則藥之不適應病症，顯無可疑。許止雖無弑君之心，亦難逃「過失致父於死」之責，故經書「弑」，以見春秋筆削之嚴；但經文後又書「葬」，是宥赦人子之例，又見春秋存心之恕。本案甲父乙與丙相鬥，甲欲擊丙而誤傷己父，其救父情急而無傷父之意甚明，情節可矜；與許止進藥其父，善因惡果相同；春秋雖書許止「弑」君而又書「葬」，是有原宥之意，仲舒援引此義，論甲不應坐以毆父之罪，可說深得經義之用心，也甚切合情理，足見其膽識異於一般廷尉。<sup>30</sup>
5. 從實定法來說，漢律中是否規定有所謂「正當防衛」、「緊急避難」之阻卻違法事由？甚或有阻卻責任的明文？不得而考。但從法理以觀，本案甲以杖擊丙應屬正當防衛行為，而誤傷己父的行為，若依當時情勢，丙之杖擊行為係屬唯一且必要，仍應認為符合緊急避難而不罰。退一步言，甲的行為縱不符合緊急避難之要件而不得阻卻違法；但是否具有過失罪責，也要視當時情形而定。蓋甲助父

<sup>29</sup> 參閱《春秋公羊傳》（收入《十三經注疏》第7冊），卷七，昭公十九年，頁291-292。

<sup>30</sup> 一九八一年九月甘肅省武威縣出土尊崇高年的《王杖詔書令》中規定：凡欺凌由君主授予王杖的高年老人，不分官民，一律依例判處棄市。但如過誤傷父，非出本心，則可比照董仲舒引經折獄的成例減輕處罰，而不再依律梟首示眾。參閱郭成偉，〈龍筋鳳髓判初步研究〉，收入田濤、郭成偉校注，《龍筋鳳髓判》（北京：中國政法大學出版社，1996），頁189。



擊丙，在情急之下，似難要求他要有逾於常人的注意義務，不論過失之罪，亦屬恰當。本案仲舒之斷，並不機械式地引用律條，而是綜合整個案情，除了看行為後果，更關注行為人的主觀因素，援引春秋之義，認定甲為救父而誤傷己父，其「志」是善的，動機是為「救父」；「毆父」並非出於其本意，不治以「毆父」之罪，如此判法，自有其相當合理性。

## 【案例二】無淫行之心

事實：

甲夫乙將舡，會海風盛，舡沒，溺流死亡，不得葬。四月，甲母即嫁甲，欲當何論？

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。婦人無專刺擅恣之行，聽從為順，嫁之者，歸也。甲又尊者所嫁，無淫行之心，非私為人妻也。明於決事，皆無罪名，不當坐。」<sup>31</sup>

解析：

1. 依漢律，婦人夫死未葬，不許改嫁。<sup>32</sup> 惟是否已葬或守三年喪滿，

<sup>31</sup> 本段文字，各書所引，略有出入。有曰：「甲又尊者所嫁，無淫之愆」；參閱《太平御覽》，頁2842。有說：「甲又尊者所嫁，無淫愆之心」；參閱沈家本，《沈寄蓀先生遺書·甲編》（臺北：文海出版社，1964），下冊，頁769。另有謂：「甲又尊者所嫁，無淫行之心」；參閱程樹德，《九朝律考》（臺北：臺灣商務印書館，1973），上冊，頁199。

<sup>32</sup> 就律令上涉及再嫁之規定言：依《管子》云，齊合鰥久寡，自非禁止再嫁，且提倡之矣；惟女子三嫁，則入於舂穀耳。秦皇立石會稽「有子而嫁，倍死不貞」，乃於有子之條件下，為再嫁之禁也。漢，有夫死未葬而母嫁之者，或議曰：「夫死未葬，法無許嫁，以私為人妻，當棄市。」董仲舒則曰：「……夫死無男，有更嫁之道也」；然後世夫喪未除，不得改嫁之律，實本或者所議而然。隋唐以後，《十惡條》中，即以此為「不義」，此非禁其再嫁，乃罪其再嫁非時而已。其詳參閱陳顧遠，《中國婚姻史》（臺北：臺灣商務印書館，1978），頁232。不過，值得注意的是，本案案由中「或曰」只說「夫死未葬，法無許嫁」，並未說到喪期的問題，未必「或守三年喪滿」即可改嫁；今見《漢律》或事例中不僅未有其例，而且也沒有為夫服喪期限的具體證據，此其一。再者，董仲舒的「議」也完全沒有提到未葬和喪期的問題，只說明女子夫死無男，有更嫁之

即可改嫁？是否無男亦可更嫁？是否皆須從尊長之命？凡此都有疑義。本例，甲夫亡溺海中，不得葬，過四月，即為其母所嫁，依律是否應構成「私為人妻」罪？

2. 時人或議以「私為人妻」罪相繩，認為當「棄市」；但仲舒則據《春秋》文公十八年（609 BC）「夫人姜氏歸于齊」的經義，斷之曰免坐。按「歸」，指的是「大歸」，言婦女回娘家一去而不復返；姜氏為魯文公夫人，文公於十八年春王二月薨逝於臺下，次妃敬嬴，為文公生前所嬖寵，生子倭，敬嬴為其子謀立，私結襄仲，姜氏與文公所生之二子皆被殺害，庶子倭立為魯宣公，姜氏無所留，乃「歸」齊國，有似於被出，故又稱「出姜」。但「出」是被夫所棄絕之辭，文公已薨且葬，姜氏自非為文公所出，所以經文不書「出歸」於齊，也不書「孫」於齊，而書「歸」於齊，則知夫人之「歸」齊，乃是不容於敬嬴與宣公之故，這是一字褒貶的筆削。申言之，本例，仲舒認為婦人甲的再嫁，並非擅恣之行，也無淫行之心，又為尊者所嫁，依《春秋》「尊君命、尊夫人」之義，嫁之者，歸也。<sup>33</sup> 故甲無罪名，不當坐。
3. 依情理論，夫死未葬，不許改嫁，固為禮教上的良風善俗；但若如本例，夫亡溺於海中，屍體不易尋得，倘必尋屍而葬，是強人所難。清末法學家沈家本（1840-1913）評本案時曾說：「按以今律論之，甲母主婚，甲不當坐。甲母不俟三年而遽嫁甲，不能無罪。漢法夫死必葬，而後許更嫁；若夫亡而死生未定者，不將終身不得嫁乎！此乃法之常，若遇此等情形，自不當一律論也。」<sup>34</sup> 這種具同情的理解心，相當難得。尤其，在古中國的農業社會裡，家父長的

---

道，為尊者所嫁即非「私為人妻」，此其二。總之，《漢律》是否規定喪期，或更嫁是否皆須從尊長之命，從案例中無法斷言。

<sup>33</sup> 《春秋公羊傳》卷一四，文公十八年。《左傳》曰：「夫人姜氏歸于齊，大歸也。將行，哭而過市曰：天乎！仲為不道，殺嫡立庶。市人皆哭，魯人謂之哀姜。」其詳另參閱傅隸樸，《春秋三傳比義》（臺北：臺灣商務印書館，1983），上冊，頁531-534。此處，考量董仲舒將《春秋》經義與案例相比擬的論點，觀哀姜歸齊，因為二子皆死，但死而已葬，可知不能以此說明喪葬規範對改嫁無效；且哀姜歸齊之後亦未改嫁，董仲舒是否認為言「歸」即有更嫁之道，有無過度延伸解釋，值得再斟酌。

<sup>34</sup> 參閱《沈寄蓀先生遺書·甲編》下冊，卷八，〈漢律摭遺〉，頁653-654。

權威維繫著家屬的秩序，家父長與家屬之間是為主從的關係。關於締結婚姻，並不能以男女雙方的意思來決定，當事人是處於被動的地位；女子也不能沒有經父母的同意，而自由決定婚嫁的對象，蓋所謂「婚姻」，並不是當事人情感的歸屬，而是家與家的結合。申言之，婚姻的締結是為父母的，父母才是締結婚姻的當事人；不論男女，尤其是女子，都只是締結婚姻的客體。婚姻目的中，始終不會涉及男女本人；甚至寡婦的祖父母、父母，剝奪寡婦守節之志，而命她改嫁時，法律亦未加干涉，<sup>35</sup> 因為父母之命也被視為婚姻的成立要件之一。

4. 就本案言，引律，甲當死；引經，又不當死；仲舒判斷事實和適用法律，能顧及古之婦女身不由己；而體春秋唯責賢者之義，對於小人、婦人不忍深責，從寬引經以救律之失，可謂明審和切實。尤其，「婦人無專刺擅恣之行」，被運用為婦女可以對自己的某些行為不必負法律責任的根據，自有一定的妥當性。
5. 在漢世，「強女之嫁」是否為犯罪行為？尚待考據，惟據《潛夫論·斷訟》云：「又貞絜寡婦，或男女備具，財貨富饒，欲守一醮之禮，成同穴之義，執節堅固，齊懷必死，終無更許之慮。遭值不仁世叔無義兄弟，或利其娉幣，或貪其財賄，或私其兒子，則彊中欺嫁，處迫脅遣送，人有自縊房中，飲藥車上，絕命喪軀，孤捐童孩，此猶迫脅人命自殺也。或後夫多設人客，威力脅載，守將抱執，連日乃緩，與彊掠人為妻無異。婦人軟弱，猥為眾彊所扶與執迫，幽阨連日，後雖欲復脩本志，嬰絹吞藥。……」<sup>36</sup> 從這段話看來，女之父母強嫁之者，似仍不論罪。本例，甲之母於乙溺流死亡，四月，屍體尚未尋獲之際，即遽嫁甲，是否當坐？有詳究其情的必要，若係甲母關心到其女能不能生活的問題而嫁甲，情理上似還無可非議。否則，於其夫死生未定，屍體未獲之前，在短短四個

<sup>35</sup> 參閱仁井田陞，《中國法制史》（東京：岩波書店，1952），頁210-217。另參閱陳顧遠，《中國婚姻史》，頁232：「在漢世已視強嫁者為犯罪，唐、明、清各律並明定其罰矣。惟須知者，女之祖父母、父母強嫁之者，在《唐律》上並不論罪，《清律》則僅女之父母不論罪。」

<sup>36</sup> 引自《潛夫論》卷五，〈斷訟第十九〉，頁236-238。

月內，即強女之嫁，於法於情均有未洽。本案仲舒未言明其母不當坐的理由根據，不無缺漏。

### 【案例三】乞養子杖生父

事實：

甲有子乙以乞丙，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，不勝其忿，自告縣官。

仲舒斷之曰：「甲生乙，不能長育以乞丙，於義已絕矣！雖杖甲，不應坐。」<sup>37</sup>

解析：

1. 中國舊律常以行為人具有一定身分或特定關係作為加重或減輕其刑的要件，但對於主觀認識與客觀存在事實不一致的所謂「抽象事實錯誤」，該如何處斷？漢律似無明文。而毆父之罪，刑至梟首，足見其嚴重性。本例，乙究應論以毆父罪？抑或僅論以毆普通人罪？甚或無罪？
2. 仲舒基於甲乙間已失「親親之義」，認為「恩義已絕」，而斷乙不應坐。按《春秋》僖公五年（655 BC），經曰：「春，晉侯殺其世子申生。」《公羊傳》解說：「曷為直稱晉侯以殺？殺世子母弟，直稱君者，甚之也。」<sup>38</sup> 晉獻公寵倖驪姬，而驪姬欲立其子奚齊為太子，佯譽太子申生，而陰令人譖惡，致落申生於謀殺尊親的罪名之中，不得已逃奔曲沃，申生既不願聲辯冤情，又不願蒙受殺父惡名，於十二月戊申，自縊於新城。《春秋》以「殺」字責難晉獻公盡失親親之道，作為父親卻不慈愛子女，骨肉親情完全喪失，父子恩義已然斷絕。本例，甲雖生乙，不能長育而就養於丙，是父不履行父之職，仲舒比義上述經文，斷其已失親親之義，乙當時既不知其為生父而毆之，自不宜論以毆父之罪。

<sup>37</sup> 杜佑，《通典》（北京：中華書局，1992），〈禮二十九·沿革二十九·嘉禮十四〉，頁1191。

<sup>38</sup> 有關「驪姬殺申生」之典故，詳參《春秋公羊傳》卷一〇，僖公五年。另參閱《春秋三傳比義》上冊，頁304-305。

3. 在漢代社會，生而不養是否就認為已喪失「親親之義」？仍有待考察。而本案，乙行為時並不知甲為其生父，當場激於受辱，怒而杖甲，與明知而犯者，情節懸殊，當與傷害凡人同論，較合人情法理。如《春秋》所載，獻公不以申生為子，而申生自殺，實乃愚孝；又不以重耳為子，而重耳逃亡在外，《春秋》不以重耳為不孝；蓋為父者已失親親之義，為子者再不負為子者的相對責任。本例，援經義乙亦應不負為子者之責，蓋父父子子為相對待的名與實，春秋之義，嚴於法而寬於情。仲舒本案之斷，亦深得其意，比義也還算恰當。
4. 惟本例仲舒斷曰：「不應坐」，其真正含義為何？有待進一步推究。倘其意為「不應坐以毆父罪」，而「應坐以毆凡人罪」，則並未逾越律條的規定，且與後世主觀主義的犯罪理論，更有不謀而合之妙。不過，對仲舒之斷，尚有一言者，即甲乙之間是否因為如此情節即斷已然全喪「親親之義」？倘本案乙明知甲為生父而激於不能長育的義憤，怒杖甲，此時仲舒之判又將何如？

## 二、兩漢春秋折獄案例

漢代，除董仲舒開啓引經治獄之風外，其他文法吏亦頗好此道者，如《史記·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、亭疑法。」《史記·儒林列傳》：「步舒至長史，持節使決淮南獄，於諸侯擅專斷，不報，以春秋之義正之，天子皆以為是。」《漢書·食貨志》「公孫弘以春秋之義繩臣下、取漢相。」《漢書·五行志》：「上思仲舒前言，使仲舒弟子呂步舒持斧鉞治淮南獄，以春秋誼斷。」《漢書·兒寬傳》：「時張湯為廷尉，廷尉府盡用文吏法律之吏，而寬以儒生在其間……湯由是鄉學，以寬為奏讞掾，以古法義決疑獄，甚重之」等。史跡斑斑，漢代引經折獄風氣之盛可以想見。相關史料，業經程樹德先生整理出，其中除「董仲舒春秋折獄」案例六則外，漢以春秋折獄之例有二十三則，漢論事

援引春秋十九則。為省篇幅，底下僅擇其中五則與「原心定罪」較有關係者，詳予析論。<sup>39</sup>

#### 【案例四】將而誅焉

##### 事實：

趙王彭祖、列侯臣讓等四十三人議，皆曰：「淮南王（劉）安甚大逆無道，謀反明白，當伏誅。」

膠西王臣端議曰：「淮南王安廢法行邪，懷詐偽心，以亂天下，熒惑百姓，背畔宗廟，妄作妖言。《春秋》曰：『臣毋將，將而誅。』安罪重於將，謀反形已定。臣端所見其書節印圖及他逆無道事驗明白，甚大逆無道，當伏其法。而論國吏二百石以上及比者，宗室近幸臣不在法中者，不能相教，當皆免官削爵為士伍，毋得宦為吏。其非吏，他贖死金二斤八兩。以章臣安之罪，使天下明知臣子之道，毋敢復有邪僻背畔之意。」

丞相弘、廷尉湯等以聞，天子使宗正以符節治王。未至，淮南王安自剄殺。<sup>40</sup>

##### 解析：

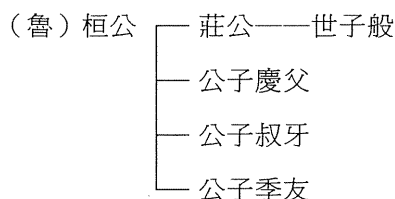
1. 本案發生於漢武帝時，淮南王劉安為人好讀書、鼓琴，不喜弋獵狗馬馳騁，也想以行陰德拊循百姓，流譽天下。劉安之父厲王劉長，因謀反被廢，孝文帝令其遷移至蜀郡嚴道邛邙驛舍，厲王於途中絕食而亡。淮南王對父親之死時生怨懟，早有叛逆之意圖。元朔五年

<sup>39</sup> 詳參《九朝律考》上冊，〈漢律考七——春秋決獄考〉，頁197-212。

<sup>40</sup> 參照司馬遷，《史記》（臺北：洪氏出版社，1974），卷一一八，〈淮南衡山列傳〉，頁3094。另參班固，《漢書》（臺北：洪氏出版社，1974），卷四四，〈淮南衡山濟北王傳〉，頁2152-2153：「趙王彭祖、列侯讓等四十三人皆曰：『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，行邪辟，有詐偽心，以亂天下，熒惑百姓，背畔宗廟，妄作妖言。《春秋》曰：『臣毋將，將而誅。』安罪重於將，謀反形已定。臣端所見其書印圖及它逆亡道事驗明白，當伏法。論國吏二百石以上及比者，宗室近幸臣不在法中者，不能相教，皆當免，削爵為士伍，毋得官為吏。其非吏，它贖死金二斤八兩，以章安之罪，使天下明知臣子之道，毋敢復有邪僻背畔之意。』丞相弘、廷尉湯等以聞，上使宗正以符節治王。未至，安自刑殺。后、太子諸所與謀皆收夷。國除為九江郡。」

(124 BC)，經郎中雷被與劉安孫劉建先後密告，武帝以其事下廷尉，交由河南令治其案。

2. 趙王劉彭祖、列侯曹讓等四十三人商議，均認為淮南王劉安大逆無道，謀反罪狀明確，應當處死。膠西王劉端且議淮南王廢棄法紀，行事邪惡，心懷詐偽，擾亂天下，用迷離的言語炫惑百姓，背叛宗廟，製造邪說，罪行較叛亂更為嚴重，且證據俱全，大逆無道，應當受嚴厲制裁。而淮南國中的官吏不能阻止淮南王謀反，該當削職貶為士兵，非官吏的犯人可以用黃金二斤八兩抵償死罪，朝廷則應當公開劉安的罪狀，讓天下人都明白做臣子的不得有背叛的意圖。
3. 膠西王劉端議本案，除條陳劉安「謀反形已定」的各種證據外，更引《春秋》「臣無將，將而誅」之大義以申之。按魯莊公病危，遂以嗣位的人選，問於其弟叔牙，叔牙對曰：「慶父，才」，而陰懷異志，圖謀殺世子般；再問於其弟季友，季友對曰：「臣以死奉子般」。及叔牙謀殺世子般的兵械已準備就緒，尚未行事之際，事跡顯露，為執政的季友察知，遂迫使叔牙飲鴆自殺。其間關係圖示如下：



這一段史事，《春秋》於莊公三十二年 (662 BC)，僅云：「秋，七月癸巳，公子牙卒。」公羊氏基於「春秋誅心」之旨，認為叔牙謀弑未成，死罪，其死是應該的。故傳曰：「公子牙今將爾，辭曷為與親弑者同？君親無將，將而誅焉。然則善之與？曰：然。殺世子母弟，直稱君者，甚之也。」<sup>41</sup> 公子牙只是將要弑殺世子，為何用

<sup>41</sup> 參閱《春秋公羊傳》卷九，莊公三十二年。《唐律·名例》對「謀反」一辭的解釋說：「案《公羊傳》云：『君親無將，將而必誅；謂將有逆心，而害於君父者，則必誅之。』《左傳》云：『天反時為災，人反德為亂』，然王者居宸極之至尊，奉上天之寶命，同二儀之覆載，作兆庶之父母。為子為臣，惟忠惟孝。乃敢包藏凶慝，將起逆心，規反天常，悖逆人理，故曰謀反。」參閱長孫無忌等撰，《唐律疏議》（臺北：弘文館出版

的文辭和他已經「親弑了」相同呢？此言君親恩義至重，不得稍萌惡念，只要有「事未形而意先至」的情狀就應該以「已親弑者」對待。

4. 依儒家倫理身分觀念，臣對君自不許有犯上、逆亂的行為。即使僅有謀反的意圖，而尚未著手實行，亦屬大逆無道的罪行。這種思想經漢代統治者的大力提倡，「君親無將，將必誅焉」的經義，外化為尊君原則，轉變成「臣無將，將而誅」，遂成為處斷侵害皇權及皇室安全罪行的理論依據。本案淮南王劉安單就「大逆無道」及「謀反明白」，即已該當「死罪」的構成要件，若再加添符合上述之「春秋之義」，豈不更為契合而具「點綴」作用？難怪余英時先生評說：「懂得漢代法律的人一定知道，『大逆無道』、『謀反』等罪名，已足夠置淮南王於死地，而膠西王更引《春秋》『臣毋將，將而誅』之文，顯見為架床疊屋，似無必要。其實不然，中國歷史有些帝王殺人，不但要毀滅人的身體，更要緊的是毀滅人的精神。」<sup>42</sup>
5. 究其實，傳統中國法觀念往往以天理與人情來佐證律法的正當性；而刑足使人懾服，禮足使人誠服；淮南王劉安如經證實確有「謀反」事實，律至於死；則膠西王劉端之引春秋經義再強調之，法與理交互印證，足見其判決理由充分，也是無可厚非的。而古帝王殺人，最怕的是「強詞奪命」；若如本案，既能毀滅人的身體，使人懾服，又能毀滅人的精神，使人誠服；人死於法，同時又死於理，則死者不應有恨矣！

### 【案例五】赦事誅意

事實：

上（哀帝）初即位，祖母傅太后、母丁太后皆在，兩家先貴。傅太后從弟喜先為大司馬輔政，數諫，失太后指，免官。上舅丁明代為

---

社，1986），頁6-7。另參董康，〈春秋刑制考〉，收入氏著，《中國法制史講演錄》（香港：波文書局，出版年月不詳），頁52-53。

<sup>42</sup> 參閱余英時，〈反智論與中國政治傳統〉，收入氏著，《歷史與思想》（臺北：聯經出版事業公司，1981），頁35。



大司馬，亦任職，頗害（董）賢寵，及丞相王嘉死，明甚憐之。上審重賢，欲極其位，而恨明如此，遂冊免明曰：

「前東平王雲貪欲上位，祠祭祝詛，雲后舅伍宏以醫待詔，與校祕書郎楊閔結謀反逆，禍甚迫切。賴宗廟神靈，董賢等以聞，咸伏其辜。將軍從弟侍中奉車都尉吳、族父左曹屯騎校尉宣皆知宏及栩丹諸侯王后親，而宣除用丹為御屬，吳與宏交通厚善，數稱薦宏。宏以附吳得興其惡心，因醫技進，幾危社稷，朕以恭皇后故，不忍有云。將軍位尊任重，既不能明威立義，折消未萌，又不深疾雲、宏之惡，而懷非君上，阿為宣、吳，反痛恨雲等揚言為群下所冤，又親見言伍宏善醫，死可惜也，賢等獲封極幸。嫉妒忠良，非毀有功，於戲傷哉！蓋『君親無將，將而誅之』。是以季友鳩叔牙，春秋賢之；趙盾不討賊，謂之弑君。朕閔將軍陷于重刑，故以書飭。將軍遂非不改，復與丞相嘉相比，令嘉有依，得以罔上。有司致法將軍請獄治，朕惟噬膚之恩未忍，其上票騎將軍印綬，罷歸就第。」

遂以賢代明為大司馬衛將軍。<sup>43</sup>

解析：

1. 漢哀帝元壽元年（2 BC），丞相王嘉因力阻對董賢的封賞，並對東平王劉雲案有疑，屢屢爭諫，劾以迷國罔上不道之罪，<sup>44</sup> 被誅。而哀帝舅丁明對王嘉被誅之事甚表同情，哀帝則以「君親無將，將而誅之」為由，免去丁明大司馬職務。
2. 本案，哀帝在詔書內指控丁明與亂黨伍宏等往來，卻不能明威立義，折消未萌，甚至以君上為非，並與王嘉罔上一案有涉，詔書內雖未援用律法，已有「有司致法將軍請獄治」之語。丁明到底所犯何罪？從《漢書》所載的前因後果，對照哀帝詔書的指控，可以看出，丁明為王嘉辯護、反對董賢的立場，為上所忌，哀帝

<sup>43</sup> 參照《漢書》卷九三，〈佞幸傳〉，頁3735-3736。

<sup>44</sup> 《漢書》卷八六，〈王嘉傳〉，頁3500-3501：「事下將軍中朝者。光祿大夫孔光、左將軍公孫祿、右將軍王安、光祿勳馬宮、光祿大夫龔勝劾嘉迷國罔上不道，請與廷尉雜治。勝獨以為嘉備宰相，諸事並廢，咎由嘉生；嘉坐薦相等，微薄，以應迷國罔上不道，恐不可以示天下。遂可光等奏。」

遂利用東平王謀反案與王嘉罔上不道案的牽連關係，羅織丁明「不道」的罪狀。

3. 有關「不道」的罪名，一般認為，凡背棄為臣之道，禍亂民政，危害君主及國家，顛覆當時社會體制的行為均屬之。顯見「不道」是範圍較寬的罪名概念，其中又分有以「大逆」為首的「罔上」、「狡猾」等許多下位概念。<sup>45</sup> 由於「不道」的範圍實在過於寬泛，內涵尤含糊籠統，是故在不道概念下的諸類犯罪類型，其相互間有的模稜兩可（如謀反與大逆），有的天壤之差（如臧百萬以上與誹謗）。在法律效果上，尤其是緣坐與連坐的範圍，也不盡一致。
4. 本案，漢哀帝除援引《公羊傳》「君親無將，將而誅之」的義理外，另引趙盾弑君之例以責丁明。事見魯宣公二年（607 BC），晉國大夫趙盾屢諫於無道靈公，不聽反欲殺趙盾，盾逃亡，未出國境。時趙盾弟趙穿弑靈公，趙盾返，迎文成公。《春秋》曰：「秋，九月乙丑，晉趙盾弑其君夷皋」。<sup>46</sup> 可見《春秋》所重視的，乃是臣下對君上的主觀心意，進而企圖建構一個君臣之義的價值體系。從漢哀帝上開所引用的相關典故看來，莫不與臣弑君有關，如果說哀帝欲以春秋之義控訴丁明謀反之罪，似有跡可循。而「不道」之罪既是以「義理」為其立法指導思想，則這類的犯罪只在心念始動之際即屬成立，不必等到著手於構成要件的實行方才得罪。
5. 申言之，漢哀帝舉出《春秋》之義：「蓋『君親無將，將而誅之』。是以季友鳩叔牙，《春秋》賢之；趙盾不討賊，謂之弑君。」「君親無將」所說的是東平王雲及其舅伍宏的事件，意謂此事但有明確意圖（詔書稱「祠祭祝詛」）即為《春秋》所誅，故而丞相王嘉與丁明所謂的「疑獄」是不應當的；其下以季友比董賢

<sup>45</sup> 詳參大庭脩，〈漢律中「不道」的概念〉，收入初山明主編，《中國法制史考證》（北京：中國社會科學出版社，2003），丙編，第一卷，頁369-433。另參王健文，〈西漢律令與國家正當性——以漢律中的「不道」為中心〉，《新史學》3.3（1992）。

<sup>46</sup> 《春秋公羊傳》宣公六年（經）「六年，春，晉趙盾、衛孫免侵陳。趙盾弑君，此其復見何？親弑君者趙穿也。親弑君者趙穿，則曷為加之趙盾？不討賊也。何以謂之不討賊？晉史書賊曰：『晉趙盾弑其君夷皋。』趙盾曰：『天乎！無辜！吾不弑君，誰謂吾弑君者乎？』史曰：『爾為仁為義，人弑爾君，而復國不討賊，此非弑君而如何？』」詳參《春秋公羊傳》卷一五，宣公六年，頁191。

（有發覺調查之功），趙盾比丁明（與王嘉）。全文上下，都是扣緊東平王案與董賢之功兩面發展。故此案之引據《春秋》，不僅在於對涉及叛亂的案件從「意圖」出現即逕予懲處，而且對於知悉該意圖者也課以罪責。（依照《漢書》的記載，該意圖之是否存在尚有疑點，但在皇帝的壓力下，大臣最後忽略此疑點，致使王嘉下獄而死。）不過，如果以秦始皇「阬儒」事件相比較，這類事涉政治牽連的案件並非因為《春秋》之義始為如此，《春秋》只不過是當政者尋求的藉口罷了。

### 【案例六】意惡功遂

#### 事實：

哀帝初即位，博士申咸給事中，亦東海人也；毀（薛）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（薛）況為右曹侍郎，數聞其語，賂客楊明，欲令創（申）咸面目，使不居位。會司隸缺，況恐（申）咸為之，遂令（楊）明遮斫咸宮門外，斷鼻脣，身八創。

事下有司，御史中丞眾等奏：「（薛）況朝臣，父故宰相，再封列侯，不相救丞化，而骨肉相疑，疑咸受修言以謗毀宣。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，杜絕議論之端。桀黠無所畏忌，萬眾謹譁，流聞四方，不與凡民忿怨爭鬥者同。臣聞敬近臣，為近主也。禮，下公門，式路馬，君畜產且猶敬之。春秋之義，意惡功遂，不免於誅，上浸之源不可長也。況首為惡，明為手傷，功意俱惡，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：『遇人不以義而見疚者，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，雖於掖門外傷咸道中，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，而民無所措手足。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，無它大惡。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，況與謀者皆爵減完為城旦。」

上以問公卿議臣。丞相孔光、大司空師丹以中丞議是，自將軍以下至博士議郎皆是廷尉。況竟減罪一等，徙敦煌。宣坐免為庶人，歸故郡，卒於家。<sup>47</sup>

解析：

1. 本案發生於西漢哀帝綏和二年 (7 BC)。博士申咸屢次詆毀薛宣不供養長輩，不踐行喪服，未盡骨肉之間的親親之義；之前，因不忠不孝而遭免職，不適合再於朝廷內任官。薛宣之子薛況，當時為右曹侍郎，遂僱請楊明，在宮門外擋住申咸的去路，並以刀斧斬劈，導致鼻脣皆斷裂，身上有八處創傷，究應論以何罪？
2. 御史中丞等以為：薛況身為朝廷官吏，父親曾是宰相，又再封為高陽侯，骨肉之間非但不相互約束行徑，反而彼此猜忌，懷疑申咸接受薛宣之弟薛修之言而毀謗薛宣。彼等認為申咸所言確實是薛宣的舉止，且為眾人所共見共聞。薛況知道申咸即將任司隸之職，並可能於就職後向皇帝彈劾薛宣，乃買通楊明在宮門外砍傷申咸，不欲其事上聞，以杜絕論議之源。乃援引《禮記·曲禮》：「大夫、士下公門，式路馬。」認為國君的畜產都必須尊敬了，更何況是國君的近臣！再引春秋大義：「意惡功遂，不免於誅，上浸之源不可長」，認為本案行為人之犯意與結果均十分顯著，而申咸為皇帝左右之臣，此無異侮慢君上，薛況使人行傷，為此案之惡首，楊明著手傷人，其外在行為與創傷大臣的意圖均為惡，故議薛況與刺客楊明以「大不敬」之罪，當棄市。
3. 廷尉則認為：此事發生在掖門外道路上，與凡民爭鬥無異；乃援漢律：「鬪以刃傷人，完為城旦，其賊加罪一等，與謀者同罪。」爭

<sup>47</sup> 引自《漢書》卷八三，〈薛宣、朱博傳〉，頁3394-3397。

鬪時以刀刃傷人，以其爵位抵罪，動手傷人者加罪一等，與謀劃者同罪，詔書不能加以毀欺而成罪。又引傳云：「遇人不以義而見痕者，與瘡人之罪鈞，惡不直也。」遇到人不以義相待，毆傷對方，有無留下疤痕的罪都相同，這是由於厭惡不直，因此不義即不直。本案申咸屢次數說薛宣的不是，造成流言，這是不義的行為，申咸的作為不可稱之為「直」。薛況因故要傷害申咸，計謀早已確定，後來聽聞要設置司隸，因而催促楊明行動，並非擔心申咸成為司隸才開始謀劃。雖然於掖門外大路上傷害申咸，但與百姓爭鬪的案件並無以異。乃援引《春秋》「原心定罪」之義，以薛況因為復父仇，激於義憤而使楊明遮斫申咸在大道人眾中，與禁門無關，當無大惡。薛況當爵減，完為城旦（四年徒刑）；<sup>48</sup> 楊明有意賊害傷人，加罪一等。

4. 皇帝以問朝臣，丞相孔光、大司空師丹，以御史中丞之議為是；而自將軍以下至博士議郎，則贊成廷尉之議。結果，本案依廷尉之見以為斷，薛況得減罪一等，貶徙到敦煌。薛宣坐免為庶人，歸於故郡，卒在家中。
5. 本案御史中丞之議，其缺失在於不尋其本，而強附經義；蓋「（申）咸厚善修，而屢次稱（薛）宣之惡，流聞不誼，不可謂直。（薛）況以故傷（申）咸，計謀已定，後聞置司隸，因前謀而趣明，非以恐（申）咸為司隸，故造謀也。」可以說，本來是件單純的傷害案件，「與凡民爭鬥無異，殺人者死，傷人者刑，古今之通道。」而御史中丞眾等，卻欲以「大不敬」論科，豈非誇張「大不敬」的倫理羅網，而置律法於不顧？廷尉之斷，似較能究其實、察其情，而後用法、引經兼顧，方得其平。可見，循吏引經以折獄，無非本仁心以求末減；酷吏則嚴於威，而較疏忽情理。沈家本先生（1840-1913）評說：「按薛況之獄，以廷尉直所議為平允，中丞之議近周內矣。……以刃傷人，罪至三歲刑，非刃傷者，罪當降等……漢律與謀者同罪，則元謀及從者皆不減……此獄自應以楊明坐下手

<sup>48</sup> 顏師古注曰：「以其身有爵級，故得減罪而為完也。況身及同謀之人，皆從此科。」詳見《漢書》卷八三，〈薛宣、朱博傳〉，頁3397。

重之罪，而（薛）況坐元謀，即與律合。廷尉直之議，並非故從輕比；漢人治獄，往往有意從重，此獄則尚得其平，故備錄之千秋，傷人僅止免侯或非刃傷。」<sup>49</sup> 此論相當中肯。

6. 又此案御史中丞和廷尉兩方意見固有異，但都援引《春秋》，乃至其他經典之義以為據，可見引經治獄風氣之盛。與前一案例五「赦事誅意」同樣是哀帝時事，本案發生在先，而此案大臣們意見不一，最後由皇帝裁決，哀帝竟捨棄在宮門外殺傷近臣涉及侵犯君王尊嚴的嚴酷見解，而採「原心定罪」從輕量刑，與前一案例的處置恰好相反，可見「春秋折獄」對於政治性和非政治性案件的論斷基準點往往不同。

### 【案例七】原情定過

事實：

霍誦字叔智，魏郡鄴人也。少為諸生，明經。有人誣誦舅宋光於大將軍梁商者，以為妄刊章文，坐繫洛陽詔獄，掠考困極。誦時年十五，奏記於商曰：

「將軍天覆厚恩，愍舊光冤結，前者溫教許為評議，雖未下吏斷決其事，已蒙神明顧省之聽。皇天后土，寔聞德音。竊獨踴躍，私自慶幸。誦聞春秋之義，原情定過，赦事誅意，故許止雖弑君而不罪，趙盾以縱賊而見書。此仲尼所以垂王法，漢世所宜遵前脩也。傳曰：『人心不同，譬若其面。』斯蓋謂大小竅隆醜美之形，至於鼻目眾竅毛髮之狀，未有不然者也。情之異者，剛柔舒急倨敬之間。至於趨利避害，畏死樂生，亦復均也。誦與光骨肉，義有相隱，言其冤濫，未必可諒，且以人情平論其理。光衣冠子孫，徑路平易，位極州郡，日望徵辟，亦無瑕穢纖介之累，無故刊定詔書，欲以何名？就有所疑，當求其便安，豈有觸冒死禍，以解細微？譬猶療饑於附子，止渴於酖毒，未入腸胃，已絕咽喉，豈可為哉！昔東海孝婦見枉不辜，幽靈感革，天應枯旱。光之所坐，情既可原，守闕連年，而終不見理。呼嗟紫宮之門，泣血兩觀之下，傷和致

<sup>49</sup> 參閱《沈寄篋先生遺書·甲編》下冊，頁627。

災，為害滋甚。凡事更赦令，不應復案。夫以罪刑明白，尚蒙天恩，豈有冤謗無徵，反不得理？是為刑宥正罪，戮加誣侵也。不偏不黨，其若是乎？明將軍德盛位尊，人臣無二，言行動天地，舉厝移陰陽，誠能留神，沛然曉察，必有于公高門之福，和氣立應，天下幸甚。」

商高誦才志，即為奏原光罪，由是顯名。<sup>50</sup>

#### 解析：

1. 霍誦，漢朝魏郡鄴人（今河北省臨漳縣西）。年少時，聰敏好學，通曉經書義理，經常為同輩讀講經書，頗得要義。其舅宋光被誣「妄刊章文」而被關進洛陽詔獄，進行拷打逼供。霍誦進書於大將軍梁商，陳辭剴切，梁商嘉其言，復高其才，遂奏免宋光之罪。
2. 嚴格說來，本案並非純屬春秋折獄的適例，然通篇貫以春秋誅心之理，並以「誦與光骨肉，義有相隱，言其冤濫，未必可諒，且以人情平論其理」出發，認為人情相異，然趨利避害之本性則未嘗相殊，進而將人性混然天成之趨利避害心態與誅心之理加以聯結，認為其舅「衣冠子孫，徑路平易，位極州郡，日望徵辟，亦無瑕穢纖介之累」，殊無就小利以招大害之理，絕無妄刊章文之意圖。所云：「誦聞春秋之義，原情定過，赦事誅意，故許止雖弑君而不罪，趙盾以縱賊而見書。」正為春秋誅心之理的發微。
3. 本案所援引的經義論據，分別為《公羊傳》昭公十九年許止之例與宣公二年趙盾之例，此兩例內涵前已見說明，不再重複。皮錫瑞先生在他的《經學通論》中曾這麼說道：「聖人之作春秋，其善善也長，其惡惡也短。有一字之褒貶，三大夫之書及，所謂一字之褒。弑君之臣，一概書弑，所謂一字之貶。聖人以爲其人甘於殉君，即是大忠，雖有小過，可不必究。其人忍於弑君，即是大惡，雖有小功，亦不足道。蓋宅心甚恕，而立法甚嚴也。春秋之法，弑君者於經不復見，以爲其人本應伏誅，雖未伏誅，而削其名不再見經，即與已伏誅等。趙盾弑君所以復見者，以其罪在不討賊，與親弑者稍

<sup>50</sup> 引自《後漢書》卷四八，〈霍誦傳〉，頁1615-1617。本案宋光「妄刊章文」，情節事實不明，究係何所指，尚待查考。

有分別。春秋之法，弑君賊不討不書葬，以為君父之仇未報，不瞑目於地下，雖葬與不葬等。許止弑君未討而君書葬，以其罪在誤用藥，與親弑者，稍有分別，是亦立法嚴而宅心恕也。」<sup>51</sup>

4. 王伯琦先生在其〈論概念法學〉一文中，也說：「孔子的一部春秋，定名分、寓褒貶，用的都是這種（類推）方法。如弑君，應當是臣下殺死君上，方足言弑；殺死晉君夷皋的，明明是趙穿，而孔子書曰：『晉趙盾弑其君夷皋。』這意思是說，趙盾為人臣而不討賊，致君被弑，與親手殺死其君一樣，所以趙盾應負的責任，應當和趙穿一樣。這種例子俯拾皆是，全是類推，不必多舉。孔子是做過魯國法官的，對於這種方法的使用，當然極具心得，從而亦就成為後世法律適用的典範。」<sup>52</sup>
5. 本案，霍誦與宋光有舅甥之親，義有相隱，他奏記其舅之冤濫，未必可信，也未必可諒；而以人情平論其理，無故刊刻詔書，欲以何名？梁商能察究其實，而後本春秋原心不論跡之意，奏原其罪，在君主專制時代，也誠屬難能可貴。但倘能再察其冤誣，而刑宥正罪，戮加誣侵，那就更令人激賞了。

### 【案例八】罪止首惡

事實：

永和四年，中常侍張逵、蘧政，內者令石光，尚方令傅福，冗從僕射杜永連謀，共譖（梁）商及中常侍曹騰、孟賁，云欲徵諸王子，圖議廢立，請收商等案罪。帝曰：「大將軍父子我所親，騰、賁我所愛，必無是，但汝曹共妒之耳。」逵等知言不用，懼迫，遂出矯詔收縛騰、賁於省中。帝聞震怒，敕宦者李歛急呼騰、賁釋之，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，故賞

<sup>51</sup> 參閱皮錫瑞，《經學通論》（臺北：臺灣商務印書館，1980），卷四，〈春秋〉，頁28。

<sup>52</sup> 參閱王伯琦，〈論概念法學〉，收入氏著，《王伯琦法學論著集》（臺北：三民書局，1999），頁47。



不僭溢，刑不淫濫，五帝、三王所以同致康乂也。竊聞考中常侍張達等，辭語多所牽及。大獄一起，無辜者眾，死囚久繫，纖微成大，非所以順迎和氣，平政成化也。宜早訖竟，以止逮捕之煩。」帝乃納之，罪止坐者。<sup>53</sup>

解析：

1. 東漢順帝永和四年 (139)，中常侍張達等嫉妒大將軍梁商被寵任，欲陷害他。而順帝明察，不為所蔽；張達等見事不成，又出矯詔收縛曹騰、孟賁。於是皇帝大怒，獄起牽連多人。
2. 梁商上疏，以救侵枉。他引《春秋》「誅首惡」之大義，按春秋僖公二年 (658 BC)，經曰：「夏，五月，辛巳，葬我小君哀薑。虞師、晉師滅夏陽。」《公羊傳》說：「虞，微國也，曷為序乎大國之上？使虞首惡也。曷為使虞首惡？虞受賂，假滅國者道，以取亡焉。」<sup>54</sup> 這是對晉國初期發展頗多重要的擴張領土戰爭，此役是以晉人為首，虞國不過假道而已，但經文書虞在前，《公羊傳》以虞國肯借路給晉師以滅虢，故認定虞為罪首。意即將首惡之責歸於虞，虞若不貪利假道，便無此禍。
3. 古來，冤獄之事不絕於書，常因細微之故而牽引成大獄，蓋以犯罪情節，離奇變幻。而如何才可得濟刑法之平？古典中國法制，即有因犯罪事實不明而有所謂「罪疑惟輕」的記載。惟所謂「罪疑惟輕」，非有無之疑，而是事實之明白與其程度分量等之疑。若事實之程度及分量不明時，從輕處斷，其不明之點，加以糾問，就其明白之點，處之以刑，與近世法理，實相符合。本案，張達等之供辭，多所牽連，而無辜者眾。此對於大部分之無辜者，應屬犯罪之事實不明，即無從定其犯罪之成立，與其殺不辜，寧失不經。蓋犯罪之事實不明，殺之，恐死無罪者；不殺，即違常法，失法律之威信，二者孰取？二害相權，惟取其輕，故當時之刑法採取後義，與近世所謂犯罪事實不明、證據不足者，宜作無罪之推定，其理相通。

<sup>53</sup> 引自《後漢書》卷三四，〈梁統列傳〉，頁1175-1176。

<sup>54</sup> 參閱《春秋公羊傳》卷一〇，僖公二年，頁123。

4. 最終，順帝採納梁商「誅首惡」的春秋之義，罪止坐者，正所以表現出循吏以經義生人的一面。蓋善為國者，刑不濫，刑濫則懼及善人。根據春秋之義，共同犯罪或有組織犯罪者只坐或重坐首謀，輕坐或免坐從犯，這種論調，比起不問首從，一律重處的作法要人道的多，也合理的多。

## 肆、公羊學派影響下春秋折獄罪刑適用的特色

從先秦的「儒法之爭」到漢武以降的「儒法合流」，究竟儒家的「德治」、「禮治」王道理想如何與法家功利現實的霸道「刑治」理念相結合？何以致之？從春秋折獄的運用這個角度切入觀察，或許可有另一番體悟。

### 一、動機論與結果論的對立——其心可誅乎？其行可誅乎？

一般說來，在論定行為的刑事責任時，可以有兩種不同的觀照方式。一是，這種行為何以會發生？即追究行為的動機、意圖與目的。另一是，這種行為引發怎麼樣的危險或實害？即判斷的主要對象是行為的事實與程度。簡要地說，這是個應當符合道德法則上的行為動機？還是構成法益實害結果的問題？是「動機論」與「結果論」的對立，或可名之為「誅心論」與「非行論」的兩組概念。

當然，在倫理學上，動機與結果是行為的二個契機，具有「二而不二」的辯證關係。但是，在道德價值的評判上，重視行為人的主觀心態與重視行為外在事實的這兩種立場，並不是不可區分的。換個角度說，前者是根據行為的基礎，也就是依據動機或意圖是否符合道德法則加以評判；後者則是考慮行為的實害結果，要求要對行為負責。<sup>55</sup>

學者多認為，《春秋公羊》往往忽略外在行為的結果，只偏重潛藏在行為背後的內在心意，高舉徹底的「動機論」旗幟，此即所謂的春秋之

<sup>55</sup> 參閱日原利國，〈心意的偏重——關於行為的評價〉，收入初山明主編，《中國法制史考證》丙編，第一卷，頁555。該文譯自同氏著，《春秋公羊傳の研究》（東京：創文社，1976），第三章，〈心意的偏重——行為の評價について〉，頁99-146。

義「原心定罪」、「原情定過」或「赦事誅意」等。事實上，如果仔細翻閱《公羊傳》，既無「原心定罪」之語，也無「原情定過」這句話，它究竟是透過什麼樣的形式被詮釋的？如此疏釋，用意何在？

依當代刑法學觀點，所謂「動機」，亦稱犯罪的遠因，即行爲人決定犯罪意思的間接原動力；如迫於饑寒而行竊、激於義憤而殺人，饑寒與義憤皆爲犯罪的動機。又如同樣是殺人行爲，其動機可能不同，或爲復仇、或爲謀財、或爲瞋恨，然凡殺人者，不問動機如何，成立殺人罪之故意則一。詳言之，故意與動機有如下的區別：

(1) 啓犯罪之故意者爲犯罪的動機，動機實爲故意的原動力。因動機而生故意，因故意而有行爲。動機是靜態的存在，建立於外界的刺激；而故意則是動態的存在，建立於對構成犯罪事實的認識。

(2) 故意在刑法上，得爲一般抽象的審查；動機則須就個案爲個別具體的審查。就一般之犯罪言，故意爲法律上構成犯罪的主觀構成要件要素；動機原則上與犯罪之成立無關，而僅爲裁判上量刑的標準。

(3) 故意的內容，於各個犯罪之類型中，有其一定之目的，所以故意的判斷，於行爲人著手實行之際存在爲限；然其動機如何，往往因人而異，其存在並無時間的限制，通常存在於行爲之前。

除動機、故意外，在當代刑法原理上，另有所謂「意圖」者。意圖即期望，乃指行爲人出於特定之犯罪目的而努力謀求構成要件的實現，或希求構成要件所預定的結果發生，以達成其犯罪之終局目的的主觀心態，學說上稱爲「特殊的主觀構成要件要素」。故意雖亦爲主觀的構成要件要素，但屬犯罪的近因。故意之認識對象爲構成犯罪的事實，意圖則建立於犯罪事實以外的企求。換句話說，意圖所涉者與客觀構成要件無關，乃犯罪後之將來所可能發生的事項，例如竊盜罪之不法所有意圖，乃指於取得動產後，就該動產以所有權人自居而行使管理支配力。故意是犯罪成立的一般要件，得爲一般抽象的審查；在目的犯而言，意圖是屬犯罪的特別構成要件要素，其有無必須加以檢驗。茲將三者之異同，列表如下：

	故 意	意 圖	動 機
1	主觀之構成要件要素	特殊的主觀構成要件要素	量刑之斟酌情狀
2	犯罪之近因	犯罪之終局目的	犯罪之遠因
3	建立於對構成犯罪事實之認識	建立於對犯罪事實以外之企求，即犯罪後將來可能發生之事項。	建立於受外界之刺激及內在之心念
4	得為一般抽象之審查	目的犯始須加以檢驗	故意犯中依具體個案決定
5	存在於行為時	存在於行為時	存在於行為前
6	欠缺故意，影響犯罪之成立。	欠缺意圖，影響目的犯之成立。	故意犯雖難以想像動機之不存在，但動機不明並不影響犯罪之成立。

雖然法史學的研究要儘量避免今古混談，尤要防止以今變古，弔詭的是，有些刑法上的原理原則卻是亙古迄今息息相通的。當代如此，中古乃至上古時代也無非如此。

以此觀點考察兩漢春秋折獄的案例，可以發現，實際上同樣也有故意、動機與意圖的不同情境。所謂善事源於善意，惡事源於惡意，善善惡惡之際，仍然存在著正面與負面的差異。但只將正面意志與負面意志籠統地概括為善或為惡，是比較粗疏的；《公羊春秋》更進一步地根據意志的不同而區分善之輕重、惡之深淺；而春秋折獄所衍生的「原心定罪」命題，其實就充分反映了此一原則。

從本文所解析的漢代實例來看，上述案例四「將而誅焉」與案例五「赦事誅意」所引用的「君親無將，將而誅之」，到底是考察行為過程中的那一個階段？按「君親無將，將而誅之」的「將」，一般疏解為「將有叛逆之心」，亦即，已有意圖但尚未化為實際行動之際。而叛逆本身可作為一種行為，也可作為一種目的，故「將」可能屬於故意，也可能為「意圖」。又造反本身具有高度的政治性，所以除了故意與意圖外，也可能附帶有政治動機，例如「外國援助」或其他「政治確信」等。而案例六「意惡功遂」的薛況指使楊明傷申咸一案，廷尉論薛況以傷害，

其理由為「原況以父見謗發忿怒，無它大惡」，即以薛況決意的內在原因，也就是以動機作為論罪科刑的依據。

這樣看來，倘若假借當今的刑法理論，則《公羊傳》所說的「如其意」、「成其意」或「致其意」等，<sup>56</sup> 其「意」係指意圖而言，所重的「志」與所原的「心」，基本上是以究明行為人的意圖為原則。我們也發現，在漢代援引春秋經義、經例斷案時，在所謂人臣「無將」等政治性案件方面，通常側重的是意圖的因素，倒是在其他非政治確信的尋常刑案，比較有進一步探討行為人動機的傾向。因此，在這裡，有必要再仔細釐清的是，兩漢的春秋折獄究竟是不是「唯動機論」或「唯誅心論」？董仲舒曾說過一段很有名的話：

春秋之聽獄也，必本其事而原其志。志邪者不待成；首惡者罪特重，本直者其論輕。是故逢丑父當斮，而轅濤塗不宜執，魯季子追慶父，而吳季子釋閻廬，此四者罪同異論，其本殊也。俱欺三軍，或死或不死；俱弑君，或誅或不誅。聽訟折獄，可無審耶！故折獄而是也，理益明，教益行。折獄而非也，闇理迷眾，與教相妨。教，政之本也。獄，政之末也。其事異域，其用一也，不可不以相順，故君子重之也。<sup>57</sup>

不以行為的實害結果為準，而根據行為人的動機、意圖來判定是否成罪，就這一點，純粹從刑法學的觀點言，的確頗能救濟行為人因過誤等行為所造成的後果，甚至可以舒緩刑律某些嚴酷僵硬的條文。不過，所謂「本其事」，就是要查清包括事實結果在內的全部客觀情狀及其原委；所謂「原其志」，就是要在客觀事實的基礎上，推究行為人有無主觀惡性及其程度的深淺；而主觀因素不外包括行為的意圖、動機、目的等。基於這樣的認識，董仲舒繼續對「志邪者」、「首惡者」、「本直者」，分別情狀進行了層層論述，最後才得出「罪同異論，其本殊也」的結論。可見，董仲舒心目中理想的「原心定罪」，並非是針對某一具

<sup>56</sup> 關於《公羊傳》「如其意」、「成其意」的分析，請參閱日原利國，《春秋公羊傳の研究》，頁101以下。

<sup>57</sup> 參閱董仲舒撰，凌曙注，《春秋繁露注》（臺北：世界書局，1975），〈精華第五〉，頁68-69。另參閱蘇興，《春秋繁露義證》（北京：中華書局，1992），〈精華第五〉，頁92-94。

體個案，而是針對所有的斷決獄訟所作出的高度理論性概括原則，其結論是，故意和一貫為惡，社會危害性大，懲罰應重；過誤和偶然為惡，危害性較小，懲罰可輕甚或得免。

從刑法理論上講，主觀惡性的有無及其深淺，又必須以案情及行為人的一貫表現來綜合考察。顯然，董仲舒在這裡以「春秋之義」作為判斷「心志」的善惡標準，既強調要先查明客觀事實，又必須考慮行為人的內在心意。嚴格說來，這已不是純粹的動機論者，其真正的用心所在，或許是想對當時文法吏不知繩於法之外、不弛於法之內現實的一種矯枉；更精細地講，主要是針對定罪量刑不注重主觀因素，只講客觀實害時弊的一種反思，是想要宣揚論罪科刑須主客觀因素兼併考量的理念。

而世人之所以常將「唯動機論」以喻春秋折獄，事實上，與《鹽鐵論·刑德》中「文學儒生」所說的「這句話」有關：

故《春秋》之治獄，論心定罪。志善而違於法者免，志惡而合於法者誅。

按照這種說法，原心論罪是一種「誅心論」，在判斷行為是否成罪的時候，它看重的完全是行為人的內在動機，而不管行為的外在結果。凡是「志善」的，即使行為該當犯罪構成要件，也可免除其刑；反之，如果是「志惡」的，即使行為並不符合犯罪構成事實，也要定罪。這樣，司法者就可以恣意地以動機的「善」或「惡」來左右案情。不必說，這種疏釋顯然忽略了董仲舒所主張「必本其事」的前提要件；因此，倘若僅據此來說明春秋折獄是唯動機論，不無斷章取義之嫌。

其實，文學儒生所說的「這句話」是很容易讓人誤解的，那是法吏與儒生精彩的片段對話；在出現「這句話」之前，「文學儒生」首先列舉了當時繁法嚴誅、遍布羅網，百姓容易陷於恢恢法網的現實窘境，因而抨擊了定罪科刑不講主觀因素，甚至連客觀情況也不考慮的時弊，指出：

深之可以死，輕之可以免，非法禁之意也。法者緣人情而制，非設罪以陷人也。

在「這句話」之後，「文學儒生」又指出，如果將主觀上並無多大惡性而又沒有構成犯罪事實該當行為的人定罪，就是司法者太過了，儒生曰：

念傷民而未有所害，志不甚惡而合於法者，謂盜而傷人者耶？將執法者過耶？何於人心不厭也？古者傷人有創者刑，盜有賊者罰，殺人者死。今取人兵刃以傷人，罪與殺人同，得無非其至意歟？<sup>58</sup>

通觀「文學儒生」的這段論述，其實，論點和董仲舒的主張並無太大差別，強調的仍是定罪量刑要主客觀兼重，而並非惟動機是問。

一直以來，我主張評價春秋折獄應該將董仲舒的引經折獄案例和其他文法吏分開來論，同時，也要區分政治確信案件與其他尋常刑案；以董仲舒現存的實例看來，<sup>59</sup> 由於全部無關政治，在定罪量刑時，他並非全置客觀事實於不顧，也並非惟動機是論，實在也看不出他有拋開事實，不顧結果之嫌。雖然在做結論時，可以清晰地嗅出，他是比較傾斜於主觀面的考量，但這種強調「志」的善惡是合宜的，不能因此而得出惟動機論的結論。講白些，他只不過是想跳脫當時僵化而嚴酷的律條，主張從案件的實際出發，綜合考量行為人主客觀方面的情狀而後作最後的裁決。

再回頭細看本文前述中的案例，「原心定罪」是大原則，這是事實，此固可謂「主觀面」的被重視。但如案例六薛況「意惡功遂」之獄，同樣是毆殺傷，卻因傷害程度、方法、地點、主體、客體及責任形式（謀、故、鬥、戲、過失等）之不同，而異其結果，這不是很顯然的置重於「客觀面」嗎？是則言春秋折獄專屬於動機論者，究嫌未盡適切。

究其實，人格不僅是代表個人的心意作用，事實上也是一切生理、心理以及社會環境交互作用的產物，此一綜合狀態雖關係個人一身，終不失為客觀事實。所以臺灣刑法學者韓忠謨（1915-1993）先生曾說：

如謂刑法依據人格及其對社會之關係，以確定責任，則其標準，嚴格言之，實係客觀的、社會的，而非主觀的、個人的。……而刑法若應以道義責任為基礎，則關於行為之主觀的意思，當然亦係論定責任之重要標準。基此意義，刑法無非為社會倫理觀念之反應，而刑事責任又不外為意思責任。……因此，在運用上，自須同時對行

<sup>58</sup> 以上有關《鹽鐵論》中的三段引文，詳見桓寬，《新譯鹽鐵論》（臺北：三民書局，1995），卷一〇，〈刑德第五十五〉，頁693-706。

<sup>59</sup> 有關董仲舒現存的六個「春秋折獄」案例詳析，請參閱黃源盛，〈董仲舒春秋折獄案例研究〉。

為及行為人，作道義之評價。此種評價，涉及人格之全體，舉凡精神的、身體的、乃至行為的及社會環境的因素，均須斟酌及之，亦即規範面與主觀面密切關聯，本無從強為分割。<sup>60</sup>

由是觀之，「客觀主義」雖以外部現實之行爲及其實害爲側重點，但仍不能無視行爲人之心理的、內部的要素。反之，「主觀主義」雖重視行爲人內部要素的危險性、反社會性，但也不能輕視行爲結果及其實害程度，可以說，二者的性質並非絕對的對立。何況，自古迄今，刑事裁判當中，行爲人主觀構成要件的有無往往還是要藉助客觀構成要件的該當與否來作判斷。主張客觀主義者，其所謂「行爲」，本來即係指「人的行爲」而言，初亦未將「人」置於行爲之外，董仲舒等所作「正常的春秋折獄」亦可持如是觀。

## 二、倫理義務與法律責任的牽混——未然之罪應如何論處？

世所公認，《春秋》是儒家重要的經典之一，其特色是重視行爲的意志，字裡行間筆削褒貶，不僅審察意志的有無，進而區分意志善惡深淺、輕重的不同情狀，據此以評判行爲的價值。而行爲畢竟是心意作用的表徵，起心動念直接體現為外在行爲的善或惡。如果評價的基準特別著重在「意志」，將不免陷於倫理義務與法律責任糾纏不清的情境中。

在儒者的理想世界裡，為何要如此看重「意志」呢？《春秋》的整個價值體系，意志是精粹的價值觀念，因為良善意志的本身就是價值，被無條件地視為善；惡劣意志的本身是反價值的，應當被斷絕或被禁止。至於善與惡的意志本身就是價值，又該如何論證？為了自圓其說，《公羊傳》採用了種種迂迴筆法。粗疏以言，對良善或惡劣意志的表述，通常體現為以下幾種情況：1. 善因惡果、2. 惡因善果、3. 惡因未果、4. 惡因惡果。後人透過各種類別分析《春秋》的筆法，也許能夠揭示出良善或惡劣意志其本身就是價值的理論依據。事實上，「原心定罪」的思想遠在早周之世即已萌芽，而將其明確提出，並成為一個定型的司法範疇和原則，無疑地，是由漢儒所倡議，可以說，兩漢是「原心定罪」在

<sup>60</sup> 參閱韓忠謨，《刑法原理》，頁42。



理論與實踐上具體落實的時代，這種發展可以從底下三個面向來觀察其底蘊。

其一，把「原心定罪」與《春秋》直接掛勾。《春秋》表面上只是一部簡略的編年體魯史，宋代的王安石甚至說它是毫無義例的「斷爛朝報」，可公羊學家並不這麼看，漢儒或有這樣的主觀願望，認為孔子作《春秋》，是為萬世作經，不是為一代寫史；目的是為「後王立法」，甚至是為漢制法，其所隱含的「微言大義」，是治國理民的「憲章」，也是折獄決事的指導思想，而「原心定罪」則是下位概念。董仲舒所謂的「春秋之聽獄也，必本其事而原其志」等，巧妙地結合了這兩者間的關係。這樣一來，先秦古典的「議事以制」、<sup>61</sup>「原情」、「論心」等刑事司法原則就完全被吸納進了儒家的法理思想體系之中，從而，一方面改鑄和豐富了儒家法理思想，同時，也為儒家「法」的理想與現實生活結下了不解之緣。

其二，漢儒從理論上系統地闡明了「原心定罪」首要重視行為人的主觀心念，論罪須分清故意與過誤、首惡與脅從等。董仲舒的「志邪者不待成」、「首惡者罪特重」，都是這樣的理論命題。追究行為人的主觀意念，並區分故意、錯誤、過失、造意、隨從等，雖在《尚書》中已見端倪，但將它們作為「原心定罪」的具體內容，並在理論上作系統闡發，又納入春秋折獄體系之中，這或許是兩漢儒吏有心的安排。

其三，漢儒進一步明確提出了宗法倫理是「原情」或「論心」的主要依據。《禮記·王制》篇說：

司寇正刑明辟，以聽獄訟。必三刺，有旨無簡不聽。附從輕，赦從重。凡制五刑，必即天論，郵罰麗於事。凡聽五刑之訟，必原父子之親，立君臣之義以權之。意論輕重之序，慎測淺深之量以別之。

<sup>61</sup>《左傳》昭公六年：「昔先王議事以制，不為刑辟，懼民之有爭心也。」所謂「不為刑辟」者是刑書掌握在統治貴族手中，未曾公佈，不讓人民知道法律的內容。孔穎達曰：「鄭鑄刑書而叔向責之，晉鑄刑鼎而仲尼譏之，彼鑄之於鼎以示下民，故譏其使民知之。」（《左傳》昭公六年〈疏〉）所以鑄刑書的重要意義在於法典之公佈，而不在於制定。法律未公開以前如何審理獄訟呢？援用叔向的話說即是「議事以制」。參閱杜正勝，〈傳統法典始原——兼論李悝法經的問題〉，收入許倬雲等著，《中國歷史論文集》（一名《勞貞一先生八秩榮慶論文集》，臺北：臺灣商務印書館，1986），頁431。

悉其聰明，致其忠愛以盡之。疑獄，汜與眾共之；眾疑赦之。必察小大之比以成之。<sup>62</sup>

司寇之官要負責審定刑書，明斷罪法。凡是制定五等輕重的刑罰，必須考慮到天倫關係，同時認罪科罰必須配合事實，查明罪行之大小，以之適用律文方成定讞。凡是受理五等刑的罪案，必須體察父子之親和君臣之義，考慮其是否為「孝」為「忠」而犯法，以心證其情節輕重的層次，仔細探究其罪行淺深的分量，不可一概而論。說到底，「原父子之親」，即是以原孝之心來論罪；「立君臣之義以權之」，乃是原忠之心以定罪。這樣，「原心定罪」在一定意義上就變成了「原孝定罪」、「原忠定罪」等等，從而為宗法倫理滲入法律生活，開啓了方便之門。所以，自漢以後刑律的儒家化，其實，也可以說是宗法倫理的法律化。<sup>63</sup>

《公羊春秋》漠視行為的事實與結果，而偏重主觀心意，據此以評判行為的價值，被世人說是徹底的動機主義或心情倫理，這是可以理解的。因為《公羊傳》不僅僅是審核動機的純與不純、意圖的有無與強弱，在此基礎上書寫「如其意」；另外還根據有意圖，或尚未著手實行，或已著手實行但中途受挫而中止，或因其他障礙事由，或不易而不能行其事等複雜情況，以其筆法「成其意」、「致其意」來體現。而為了驗證意志的存在與價值，即便是現實未發生或已中止的行為，也成為一字之褒、一字之貶的評價對象。較特別者，它又主張在未然之前要事先貶絕惡劣意志，斬斷「將然未形之時」才是上上之策，若「將」——事未形而意先至——必誅。

這種極度偏重意志的特殊論斷，很顯然是受到戰國末期時代氛圍的影響。在實力決定一切的年代裡，光憑善意並無法推動歷史，與善意遭到踐踏的現實相比，在精神世界中執拗地嘗試昭示的，不正是善意嗎？而必須洞悉的是，「弑君三十六，亡國五十六」，原因就在於沒有在「未然之前」根絕所有的細微之惡。原心定罪中的「將而必誅」理論的提出，不也正源出於此？<sup>64</sup>

<sup>62</sup> 參閱孫希旦，《禮記集解》（臺北：文史哲出版社，1972），卷一四，〈王制第五之三〉，頁335-336。

<sup>63</sup> 以上三點申論，原始創意可參閱俞榮根，《儒家法思想通論》，頁582-583。

<sup>64</sup> 參閱《春秋繁露義證》〈度制〉、〈盟會〉、〈減國〉上下。另請參閱日原利國，《春

弔詭的是，春秋折獄的流弊或許就出在這裡？「原心定罪」的主張固然有「原心而不誅」的一面，更重要的，它還有「志邪者不待成」的另一面。而武帝以降的漢代諸多酷吏，對後者尤多所發揮。這種不必等待行為的著手實行，只需司法者認定行為人懷有不良的意圖、動機、決意或陰謀，便足以判定罪行，甚至置人於死地。這種主張實踐的極致，其後遺症不言可喻。難怪東漢時王符要沉痛地指出：

先帝制法，論哀刺刀者，何則？以其懷姦惡之心，有殺害之意也。

聖主有子愛之情，而是有殺害之意，故誅之，況成罪乎？……先王議獄以制，原情論意，以救善人，非欲令兼縱惡逆以傷人也。<sup>65</sup>

先王們「議獄以制」，根據行為人的動機來量刑，目的無非是要挽救那些偶發犯以及過失犯等，決不是要放縱惡逆之徒來殘害百姓。問題是，如何「原心」？心證的形成，寬狹端在人為，這種能輕易導致「欲加之罪，何患無辭」的「誅心論」主張，是否給予司法者過多自由裁量的空間？是否因而濫用司法權力，而走上嚴刑重罰之路？<sup>66</sup>

前已屢屢說過，春秋之義的「原心定罪」原本有著良善的立意，它固然主張應追溯未然犯的惡劣動機或不良意圖而認定有其罪，卻也主張應探究已然犯的良善動機而斷其無罪或輕刑其罪。但關鍵在，司法者在實際運用此項原則時，兩者間的比重是否同等重視？日原利國說：「春秋之義的變質，不外是受到公羊學的歪曲影響」，<sup>67</sup>此話或有太過責怪公羊之嫌，卻也有幾分道理在。因為過度強調「志」的善惡，是很容易拋開客觀事實和律條立意的框架；不問行為與結果，只講動機與意圖，是容易陷於「以理殺人」而出入人罪的情境，只不過，這果真是董仲舒倡議春秋折獄的初衷嗎？

另一個須釐清的問題是，對「未然之罪」實施懲罰，是否因漢代春秋折獄而起？在漢代之前的律令是否對「已然」之前的決意、陰謀、預備、未遂等犯罪型態都不處罰？

秋公羊傳の研究》，頁596-597。

<sup>65</sup> 參閱《潛夫論·述赦第十六》，頁102。

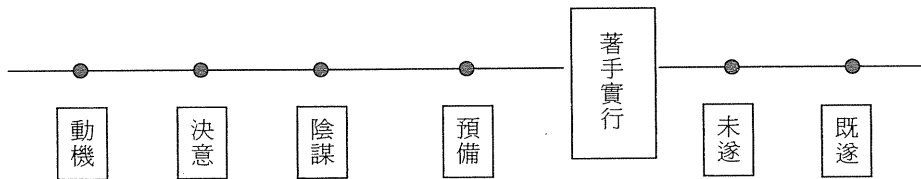
<sup>66</sup> 參閱日原利國，〈漢代の刑罰における主觀主義〉，收入氏著，《漢代思想の研究》，頁89。

<sup>67</sup> 同前註。

有論者指出，漢代之前，中國社會確實對行為的「未然」、「未形」已相當重視。但是提到「未然」、「未形」時，總是強調「防範」、「禁防」，而不是「懲罰」。其方法有二：一是對已然犯「殺一以儆百」，二是以「禮」禁絕於未然。論者進一步指出：「懲罰未然」、「原心定罪」在公羊學家還只是理論階段；到了張湯手中，才立刻成爲「整治人」的實際苛法，而漢代以後有「懲罰未然」的刑法出現，若追本溯源，還真不得不承認是公羊學家的「原心定罪」立說所致。<sup>68</sup>

這種說法，是耶？非耶？由於《漢律》早已散佚，難窺全貌，就現存的史料看來，如果詳細翻閱秦漢法制文獻，或許會另有一番見地。

不論古今，故意犯的犯罪行爲，自其發展階段言，始於內心意思的決定，繼而表現於外，或爲陰謀，或爲預備，更進而達於著手實行，其未完成構成要件者爲未遂犯，其已完成者爲既遂犯，圖示如下：



而任何故意的犯罪型態，通常都先有一定的動機，由動機而生犯罪決意，亦即實施犯罪的內部意思；此純係行爲人主觀的內心狀態，在未有見諸行動以前，當代刑法基於「思想無罪」的原則，不能認爲犯罪。然而，在古典中國刑法裡，卻不難找到將決意階段的行爲也作爲獨立的犯罪類型而予以懲處的例子，例如《周禮·秋官·野廬氏》云：

掌達國道路，至于四畿；比國郊及野之道路、宿息、井、樹。若有賓客，則令守涂地之人聚椽柝之，有相翔者則誅之。凡道路之舟車擊互者，敍而行之。凡有節者及有爵者至，則為之辟。禁野之橫行徑踰者。凡國之大事，比修除道路者。掌凡道禁。邦之大師，則令埽道路，且以幾禁行作不時者、不物者。<sup>69</sup>

<sup>68</sup> 參閱盧瑞容，〈儒家「通經致用」實踐之考察——以西漢朝廷「春秋決事」為中心的探討〉，《國立臺灣大學文史哲學報》47(1997)：135-136。

<sup>69</sup> 詳參《周禮》卷三六，〈秋官司寇〉，頁548。

可見，僅僅是徘徊觀望，並不一定是意圖行竊，充其量只有伺機寇盜的意向，還談不上為實施竊盜行為而進行準備，即不免要受「誅」。李悝《法經》六篇中也有「窺宮者贖，拾遺者刑」的律文，乃處罰其「為盜心焉」；把「非所宜言」列為犯罪類型，似也始於秦、漢律之際。

至於預備犯罪，是指行為人著手實行犯罪行為前所為的一切準備舉動，它為實施犯罪製造了有利條件，是介於犯意表現和著手實行犯罪之間的一個階段。古典中國刑律對於預備犯罪的懲處有其發展過程，實際上，秦漢之間對於預備犯罪階段已有了認知和處罰的相關規定。《睡虎地秦墓竹簡·法律答問》有「臣妾牧殺主，可（何）謂牧？欲賊殺主，未殺而得，為牧」的律文，<sup>70</sup> 解釋成「奴婢謀殺主人，何謂『謀』？企圖殺害主人，尚未殺就被捕獲，叫做謀。」《漢書·梁孝王傳》有「迺與羊勝、公孫詭之屬謀刺袁盎，……王迺令勝，詭皆自殺」的記載，再如，「嗣章武侯竇常生……坐謀殺人未殺，免」，也是典型的犯罪預備行為須坐罪的案例。秦漢皆有「謀反」罪名，魏晉南北朝時期，一直沿用漢律關於處罰謀反罪的規定。如《三國志·魏書·文帝紀》載，黃初「五年春正月，初令謀反大逆乃得相告，其餘皆勿聽治；敢妄相告，以其罪罪之。」<sup>71</sup>

再看《睡虎地秦墓竹簡》，在盜竊犯問題上，只要是實施了以盜竊為目的的行為，即有了盜竊的犯意，無論是既遂或未遂、得財多或少、甚至得財與否，都構成盜竊犯罪。〈法律答問〉中有：

抉籥（鑰），贖黥。可（何）謂「抉籥（鑰）」？抉籥（鑰）者已抉啟之乃為抉，且未啟亦為抉？抉之弗能啟即去，一日而得，論皆可（何）毆（也）？抉之且欲有盜，弗能啟即去，若未啟而得，當贖黥。抉之非欲盜毆（也），已啟乃為抉，未啟當貲二甲。<sup>72</sup>

譯成白話，「抉鑰，應贖黥。」什麼叫「抉鑰」？撬門鍵的人已經撬開才算撬，還是沒撬開也算撬？撬而未能撬開就走了，當天被捕獲，以上各種情形應如何論處？答曰：撬門鍵目的在於盜竊的，未能撬開就

<sup>70</sup> 參閱《中國珍稀法律典籍集成》甲編，第1冊，頁574。

<sup>71</sup> 參閱陳壽，《三國志》（臺北：洪氏出版社，1984），卷二，〈文帝紀第二〉，頁84。

<sup>72</sup> 參閱《中國珍稀法律典籍集成》甲編，第1冊，頁553。

走，或未撬開而被拿獲，都應贖黥。倘撬門鍵目的不在盜竊，要已開才算作撬，未開則應罰二甲。

行為人已著手於犯罪行為之實行而未完成，或雖已完成，而未發生預期的結果，是為「未遂犯」。儘管傳統中國刑律中尚未區分一般未遂、不能未遂與中止未遂等不同類型，但懲罰未得逞犯罪由來已久。〈法律答問〉中另有「甲謀遣乙盜，一日，乙且往盜，未到，皆贖黥」，即是懲罰未得逞犯罪的一例。用當代的話說：「甲主謀派乙去竊盜，一天，乙去行竊，還沒走到，就被拿獲，甲乙都應判處贖黥。」從科刑看，允許贖免刑罰，已含有較既遂犯從輕的認知。《秦律》對犯罪既遂與未得逞的處罰原則，基本上為後世歷代的立法例所繼受。<sup>73</sup> 而漢初《二年律令·賊律》中也有「謀賊殺、傷人，未殺，黥為城旦舂」、「殺人，及與謀者，皆棄市。未殺，黥為城旦舂」等明文規定。

綜上看來，如果說，在漢代之前，找不到「懲罰未然」的法令記錄，似有誤會。其實，在漢之前的古中國刑律早有著對預備及陰謀的懲罰規範。<sup>74</sup> 因此，倘若把對「未然」、「未形」實施懲罰的歷史責任完全歸諸春秋折獄的「始作俑者」，這還有待商榷！

問題的癥結到底在哪？對違反價值的惡劣意志於將然之前加以懲處，目的在於禁絕「事未形而意先至」。對不屬於行為事實範疇的內在心理活動的探究，《春秋》的論斷運用可說臻於極致。而春秋折獄「原心定罪」之所以遭後世詬病，關鍵就在它過度強調「心意」的作用，只要論意志就以「致其意」、「成其意」加以表徵，在現實政治中它被運用於決獄，便易走偏鋒，也很容易淪為嚴厲的道德論斷。巧的是，這番危險現實的凸顯出現，與漢王朝陽儒陰法的刑事政策同時來臨，這既可以與刑罰緊密相連，又能從中尋求到適用刑罰原則的經典依據，或屬世間因緣！

當把《公羊傳》倫理的道德判斷運用於法律評價的範疇時，它是將道德原理直接套用到法律制裁上，因而使法律的安定性受到挑戰。按當時的觀念，「施於已然之後」的是「律」，犯罪是需要對構成要件該當的

<sup>73</sup> 如《唐律》：竊盜未得財，「笞五十」（得財一疋即杖六十）；強盜不得財，「徒二年」（得財一疋即徒三年）；詐欺財物未得者，從盜不得財之法；與化外人私相交易未入未成者，各減三等治罪；私度越度冒度關塞而未得度者，減等治罪，等等。

<sup>74</sup> 參閱仁井田陞，〈中國古刑法ことに春秋公羊學の刑法理論〉，頁201-202。

違法行為負責，然而如果漠視形式違法性，不管是否該當於「違法」的構成要件事實，只追究意志的善惡，重視罰於「未然之前」，這種法理論是相當危險的，因為當法律缺乏安定性、可預測性，政治權力又恣意超越行為事實而介入行為人格時，枉出枉入的裁判層出不窮，那也是再自然不過的事！

另一方面，「罪同異論」本是「春秋之義」衍義的當然結果。若具體考察外在行為，即使事實相同的，往往也會存在著不同的意圖、動機或目的，這應當就是「其本殊，其罰異」吧！但這也相當容易被歪曲運用，心理層面的事實本來就很難證明，其中可上下其手，羅織入罪的空間無限加大，如「主意所不欲，因而毀之；主意所欲，因而譽之」，被利用為迎合權力者的手段，流弊自然叢生，尤其被用於壓制不相容的勢力上，例如謀反、謀大逆等所謂危害政權存立的政治性案件，嚴厲誅罰於未然，或是以「大逆不道」等罪名處置權力鬥爭的對手時，「君親無將，將而誅之」是最具靈活而有效的理論依據，這是倫理評價與法律責任混同所衍生的必然後果，也就是本文所謂借名專斷、引喻失義的「不正常春秋折獄」類型。

## 伍、春秋折獄罪同異論的理論基礎與方法

向來，法制歷史上對於犯罪行為的「罪同異罰」或「異罪同罰」，率多出於身分差等、行為因果程度不同，甚或意識形態差異等因素的考量；也因為如此，常招惹來相當貶抑的批判，兩漢春秋折獄尤為其中之最。究竟「罪同異論」的法理論基礎何在？論證的方法又為何？這是個值得關心卻少見有深刻論述的課題。

### 一、「原心定罪」刑罰適用的理論基礎

從本文前列八則發生在漢代的案例，可以得出，探求行為人的主觀意念，是論罪科罰的重要指標。之所以如此，應與當時的學術思潮有關。尤其，在董仲舒的力推下，漢武尊儒崇孔，表彰六藝，經學之風趨於鼎

盛，就這樣，儒者讀書致用，以經術潤飾吏事，整個思想界風行草偃，形塑了兩漢主流法文化的走向。

從理論上說，先秦儒家法理思想雖然體大精博，但確有難於具體落實之苦，甚至曾有「迂遠而闊於事情」的譏評。秦行法家政治，國祚短暫，這是法家思想的歷史性失敗。但漢初的幾十年間，其影響猶存，而黃老思想又當道一時，儘管原因錯雜多端，但儒家實踐面力道不足，無疑地是一個致命傷。漢儒以「原心定罪」詮釋罪刑論斷，大大彌補了儒家法理思想在這一方面的欠缺，跨出了以儒入律運作的重要一步，意義至為深長。《漢書·循吏傳》說：

孝武之世，外攘四夷，內改法度，民用彫敝，姦軌不禁。時少能以化治稱者，惟江都相董仲舒、內史公孫弘、兒寬，居官可紀。三人皆儒者，通於世務，明習文法，以經術潤飾吏事，天子器之。

「明習文法，以經術潤飾吏事」一語，將經術與律令之用，表露無遺。知律令而不知經術，則為刀筆俗吏；知經術而不知律令，則為不通事物的俗儒，兩者皆為漢人所不取。<sup>75</sup> 其精義究竟何在？

首先，以《春秋》為「一王之法」，這無形中就確立了《春秋》等儒家經典的法律位階。「一王之法」，誇大地講，其實就是「聖人之法」、「先王之法」，也就是「理想至法」，從而取代了先秦法家所傳承下來的法統。《春秋》以及其他儒家經典的「微言大義」乃成為評價、取捨《秦律》和漢家當世之法的最高準則，也成為創制新法制的上階指導理念。

其次，《秦律》在法統上是屬於法家之法；劉邦初定天下，「漢承秦制」，蕭何所制的《九章律》仍脫離不了法家的路線。法律須由執政者欽定或認可方有其效力，漢代儒吏當然無制法之權，他們之所以力捧《春秋》，或許是想作為變通策略的憑藉，向執政階層爭一點議政權、議法權。「春秋折獄」、「原心論罪」的提出，由於有了可操作性作基點，又得到層峰當局的認可，儒家由是獲得了解釋法律之權，並趁機進一步利用和發展了古典中國的「議事以制」理念，將春秋折獄的司法成

<sup>75</sup> 參閱邢義田，〈秦漢的律令學〉，收入氏著，《秦漢史論稿》（臺北：東大圖書公司，1987），頁297。



果制為「典範」，打開了法律儒家化的閘門。漢儒這一法律儒家化策略的運作，在中國法律史上不啻為扭轉乾坤的一步，它使法家的法統由秦二世而亡所帶來的政治上的失敗，進而成為法制上的挫敗，徹底改變了中國古代法的價值指向和法文化的發展路線。<sup>76</sup>

相較而言，先秦儒家是相當重視心志的，《論語·八佾》曾記載：林放問禮之本。子曰：「大哉問！禮，與其奢也，寧儉；喪，與其易也，寧戚。」《論語·陽貨》也說：「禮云禮云，玉帛云乎哉？」可見儒家強調禮節端在敬意，而非物質。董仲舒承繼進而闡揚這種理念，他說：

志為質，物為文。文著於質，質不居文，文安施質；質文兩備，然後其禮成；文質偏行，不得有我爾之名；俱不能備，而偏行之，寧有質而無文。<sup>77</sup>

顯然，董仲舒認為人的心志是本質，一般事物為文飾，而本質重於文飾，所以志貴於物。從而，《春秋》書法所排列行道的次序，即「先質而後文，右志而左物」。深受《公羊傳》薰染的他，曾說：「春秋之好微與，其貴志也。春秋修本末之義，達變故之應，通生死之志，遂人道之極者也。」<sup>78</sup> 這種見解除了影響其解經的角度，也發展出一套獨特的「貴志」與「原心」的思想體系。

《春秋》本係對歷史事實的評價，董仲舒既然認為《春秋》重在探尋心志，於是將這種判斷方法靈巧地轉化到對犯罪事實的適用上，「原心定罪」的原則於焉生成，而其適用的基準，最主要的還是前面已述他自己說過的「春秋之聽獄也，必本其事而原其志。志邪者，不待成；首惡者，罪特重；本直者，其論輕」那段話。

所謂「必本其事，而原其志」，意即審理案件時當以犯罪的客觀事實為根據，進而深入推究行為人的心志。這是認定事實、適用法律的基本方向。質言之，原心定罪強調司讞者在論罪科刑時，並非一味針對行為人客觀的實害結果而斷，尚應考慮行為人的主觀因素。行為人的內在心態不同，當然會影響罪名的成立與刑罰的輕重，這也就是「聖君原心省

<sup>76</sup> 參閱俞榮根，《儒家法思想通論》，頁583-584。

<sup>77</sup> 參閱《春秋繁露注·玉杯第二》，頁16-17。

<sup>78</sup> 同前文，頁22。

意，故誅故賞誤，故賊加增，過誤減損」<sup>79</sup>的衍申，而在此邏輯推理下，乃產生了下述三個規範評價的原則：

其一，「志邪者不待成」，就文義解釋言，係指內心具有邪念之徒，不必等待行爲成爲事實才定罪。惟若以現今眼光，當再細分爲二：一爲具犯罪之意圖、決意、陰謀或預備者，即使尙未著手於犯罪構成要件的實行，也不免於罪。所謂「君親無將，將而誅之」或本於此理。二是行爲人已著手於犯罪構成要件之實行，雖尙未見有預期的危險或實害結果發生之未遂行爲，也不免要遭受刑罰。

其二，「首惡者罪特重」，即在數人共同犯罪的場合，由於強調打擊「志邪」，所以首惡者較其他共犯的罪刑爲重，所謂「春秋之義，誅首惡而已」、「春秋之義，功在元帥，罪止首惡」即本此意。在本文前述實例八「罪止首惡」一案中，《春秋公羊傳》於僖公二年滅夏陽之役，特書「虞師，晉師滅夏陽。虞，微國也，曷爲序乎大國之上？使虞首惡也。」是春秋之於共犯，分別首從。

其三，「本直者其論輕」，此乃相對於「志邪者不待成」而言。係指行爲人的動機、目的純正，合乎倫常義理，或由於過失，或由於錯誤，而有違法行爲時也可以從輕論處，甚至犯的是重罪也可以獲邀寬宥。

綜上看來，「原心定罪」的實質，是強調根據行爲人的動機、意圖、目的等主觀要件來論罪科刑。至於衡量一個人的心理狀態是否正當，是「本直」還是「志邪」的主要標準，則是儒家所提倡的宗法倫理觀念。而這些標準，其實就是儒家經典中所謂的「微言大義」，漢儒透過原心定罪將倫常理義滲入司法審判之中，現實上達到以倫理統率律法的願望。可以說，引經折獄、原心論罪是中國法制歷史上實現納禮入律、禮刑合一的先導階段；從這個意義上說，「春秋折獄」與「原心定罪」幾乎是同義語。引經折獄是事情的表象，原心論罪是問題的核心。不過，還是不要忘了，董仲舒不光只是強調「心志」，他也強調一個「必本其事」的客觀要件，否則，整個論斷將會流於偏頗。

<sup>79</sup> 王充撰，劉盼遂集解，《論衡集解》（臺北：世界書局，1962），頁239。

## 二、罪同異論的評判基準及其流弊

已如前述，無中外、無古今，刑法理論史上，有關主觀說與客觀說的爭論，所涉及的主要是「歸責對象」的爭執，究竟是要針對行為實害的結果？還是要針對行為人的內在惡性？隨著「犯罪人」概念的產生和發展，致使「同罪異罰」和「異罪同罰」的現象越趨顯著，因而導致了犯罪概念的多元化。董仲舒曾說：

《春秋》，大義之所本耶！六者之科，六者之旨之謂也，然後援天端，布流物，而貫通其理，則事變散其辭矣。故志得失之所從生，而後差貴賤之所始矣；論罪源深淺定法誅，然後絕屬之分別矣；立義定尊卑之序，而後君臣之職明矣。<sup>80</sup>

所謂「論罪源深淺」，即是強調行為人犯罪動機的深淺，而決定刑罰的輕重，同犯一法，情有深淺，或輕而難原，或重而可恕。於小罪之間，或情有大惡；於大罪之間，或情有可恕。然後，什麼應該斷絕、什麼應該連續，自然就能分別了。自荀學脈絡下之齊化儒學起，不再視刑罰為言之不祥的禁忌，而益加正視刑罰的正面意義，源本公羊齊學的董仲舒自然也不例外；所稍異者，漢儒轉而更加強調「罪源」的探究。此種側重「原心定罪」以及「首惡務重」的主觀說，影響傳統中國法制極其深遠，倘若將傳統中國法制的相關規範合參觀之，便不難知曉關涉倫常的所謂「不忠」、「不孝」的罪，何以如此之重？

儒家謂義者宜也，因此對於制度面的建構，所著眼的是分配的正義而非平均的正義。《禮記·中庸》云：「親親之殺，尊賢之等，禮所生也。」這種等差有序，昭穆相當，各如其分，才是儒家所冀望「不齊而齊」的社會；「惟齊非齊」不僅為儒家禮制思想的理念，同時也是刑罰思想的通理。<sup>81</sup> 刑罰世輕世重，惟齊非齊，其間鑑別之道即在於行為人

<sup>80</sup> 參閱《春秋繁露注·正貫第十一》，頁116。

<sup>81</sup> 從《尚書·呂刑》觀之，儒家對於所謂惟齊非齊，本是站在「刑罰」合理性的角度而為立論，然而因「禮者為異」，此種「惟齊非齊」的思想，也影響儒家禮制的建構，荀子即將「惟齊非齊」之理引伸到禮制的詮釋上，蓋取其異事同理之道也。《荀子·王制》：「分均則不偏，勢齊則不壹，眾齊則不使。有天有地，而上下有差，明王始立而處國有制。夫兩貴之不能相事，兩賤之不能相使，是天數也。勢位齊，而欲惡同，物不能澹則必爭，爭則必亂，亂則窮矣。先王惡其亂也，故制禮義以分之，使有貧富貴賤之

的主觀意志，而其方法即必須推原行為人內在動機，其輕重本當因時制宜，這也是董仲舒所在意的「本其事而原其志」。《尚書·呂刑》上說：

上下比罪，無僭亂辭，勿用不行；惟察惟法，其審克之。上刑適輕下服，下刑適重上服，輕重諸罰有權。刑罰世輕世重，惟齊非齊，有倫有要。罪懲非死，人極于病。非佞折獄，惟良折獄，罔非在中。察辭于差，非從惟從。哀敬折獄，明啟刑書胥占，咸庶中正。其刑其罰，其審克之。獄成而孚，輸而孚；其刑上備，有并兩刑。<sup>82</sup>

可以想見，春秋折獄貴在推見至隱，從行為人的動機、意圖入手，其所肇致的實害程度反成其次，動機善惡有時甚至可以凌越客觀事實的基礎。本文前述案例中所提及的許止及趙盾「弑其君」兩春秋典故，即是儒者最好為徵引的案例，董仲舒也曾援此兩例為對比，說明「原其志」的重要：

今案盾事，而觀其心，愿而不刑，合而信之，非篡弑之鄰也，按盾辭號乎天，苟內不誠，安能如是，是故訓其終始，無弑之志；挂惡謀者，過在不遂去，罪在不討賊而已。臣之宜為君討賊也，猶子之宜為父嘗藥也。子不嘗藥，故加之弑父；臣不討賊，故加之弑君，其義一也。所以示天下廢臣子之節，其惡之大若此也。故盾之不討賊為弑君也，與止之不嘗藥為弑父無以異。盾不宜誅，以此參之。<sup>83</sup>

以現行刑法體系言，動機乃引發外在行為的內在原因；同一行為可以由不同的動機所導致，而不同行為也可能源自同一動機。所有的故意犯均有其內在動機，然而此等動機於現行刑法架構下僅止於量刑事由，並不影響犯罪的成立。<sup>84</sup> 以動機論斷犯罪情節輕重，本屬合情合理，而其

---

等，足以相兼臨者，是養天下之本也。書曰：『惟齊非齊』此之謂也。」詳參《荀子》卷五，〈王制〉。

<sup>82</sup> 參照《尚書》卷一九，〈周書·呂刑〉，頁302-303。

<sup>83</sup> 參閱《春秋繁露注·玉杯第二》，頁24-25。

<sup>84</sup> 我國現行刑法第五十七條係純從犯罪之情狀為觀察，應注意事項共有十款，作為科刑輕重之標準。其中，第一款與第二款分別將犯罪動機與犯罪目的明定為量刑事由，用以作為判斷行為人之犯罪性與行為罪責之依據。動機為目的之內在原因，目的則為動機之具體傾向。犯罪之動機與犯罪之目的往往密不可分，因此於刑罰裁量上，多須一併加以審酌，而其審酌，則深受社會成員之整體價值理念影響，因此法官必須使用社會倫理的標準，評估動機與目的的倫理價值。

權衡本來即深受普世價值理念的影響，司讞者引用社會倫理觀作為判別的標準，也是古今通例，未嘗相殊也。問題在於，如果將「動機」的重要性推到極致，動機之善惡甚至足以影響犯罪的成立與否，其後果的嚴重性就不難想像了。姑不論有倫有要的理想，實際上於司法踐履上果真能否貫徹，或是否被曲解其意而流於縱濫，這是不能不深思的。

原情定罪作為鑑別的標準，本係用以達到「刑罰世輕世重，惟齊非齊，有倫有要」的理想境地，此本為輕重有權、隨時制宜思想的作用；然而一旦涉及攸關專制皇權生存的政治案件時，則主政者利在除惡務盡，終顧不得所謂「有倫有要」的要求，蓋防微杜漸，才是最符合政治利益的作法。因此，凡是涉及皇室安危的案件，在「君親無將，將而誅之」的大帽子一扣下，便很難全身而退。董仲舒言：「蓋聖人者，貴除天下之患。貴除天下之患，故《春秋》重而書天下之患偏矣。」所以認為《春秋》「弑君三十六，亡國五十一，細惡不絕之所致」，因此必須「誅惡而不得遺細大」。他顯然將春秋之義理作了相當程度的引伸：

凡百亂之源，皆出嫌疑纖微，以漸寢稍長，至於大。聖人章其疑者，別其微者，絕其纖者，不得嫌，以蚤防之。聖人之道，眾隄防之類也。謂之度制，謂之禮節，故貴賤有等，衣服有制，朝廷有位，鄉黨有序，則民有所讓而不敢爭，所以一之也。<sup>85</sup>

從春秋折獄諸實例中，凡涉及違犯君臣大義的政治性案件，都可以瞥見這種杜微之道的影子。當然，這種方式滋生流弊自是當然，因此，歷代以來以極端負面的看法審視春秋折獄者所在多有，其間，宋·馬端臨《文獻通考》即為著例。他說：

孝武即位，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，姦宄不勝，於是招進張湯、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，禁網寢密。律令凡三百五十九章，大辟四百九條，千八百八十二事，死罪決事比萬三千四百七十二事。文書盈於几閣，典者不能徧觀，是以郡國承用者駁。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，議者咸冤之。自公

<sup>85</sup> 參閱《春秋繁露注·度制第二十七》，頁185。

孫弘以春秋之義繩下，張湯以峻文決理，於是見知之法生，而廢格沮誹窮治之獄用。湯奏顏異九卿，見令不便，不入言而腹非，論死，是後有腹誹之法。又作沉命法，曰群盜起不發覺，發覺而弗捕，滿品，二千石以下至小吏主者皆死，天下歲斷獄以千萬數。<sup>86</sup>

清代章炳麟也大肆批判道：

晚世名家禮官既絕，一并於儒，故定律者多在薦紳，獨董仲舒為春秋折獄，引經附法，異夫道家儒人所為，則佞之徒也。何者，法律繁苛未足以饒民，饒民者在億察無徵之事。……仲舒之折獄二百三十二事，援附經讖，比於鄜侯、叔孫，其文已枝。同時張湯、趙禹所增朝律、越宮律，監臨部主、見知故縱諸篇，皆不若依附《春秋》甚也。以是教湯使一事而進退於兩律，後之廷尉利其輕重異比，上者得以重祕其術，使民難窺；下者得以因緣為市，然後棄表堦之明而從繆游之蕩，悲夫經之蟻蝨，法之秕稗也。<sup>87</sup>

兩位不僅針對春秋折獄作出「誅心」之責難，更對漢代「決事比」之流弊有感而批。事實上，春秋折獄於方法論上，本運用所謂「類比轉化」的技巧，將系爭案例之依據比引儒家經典，運作之彈性決不亞於「決事比」，彼等將兩者合參以斷，給與極為負面的評價，這是春秋折獄「同罪異罰」往往成為後世詬病之所在。

本文認為，董仲舒倡「罪同而論異」的初衷，是想推原行為人的犯罪動機，經審慎評估之後才高下異判，決非要凡事恣意妄為。而何以漢代春秋折獄，原意雖善，終不免流於姦吏緣飾之道？其理無它，端在人為，儒家經典其論龐雜，其義悠遠；既無法要求所有職司審判者皆能通曉，更無法強求司讞者皆有過人的道德修為。司馬遷在《史記·太史公自序》中曾說：「夫儒者，以六藝為法，六藝經傳千萬數，累世不能通其學，當年不能究其禮。故曰『博而寡要，勞而少功』。若夫列君臣父子之禮，序夫婦長幼之別，雖百家弗能易也。」<sup>88</sup> 遇到疑難案件，欲令

<sup>86</sup> 引自馬端臨，《文獻通考》（臺北：新興書局，1963），卷一六三，〈刑考二〉，頁1415。

<sup>87</sup> 引自章太炎，《章氏叢書》（臺北：世界書局，1919），上冊，〈檢論卷三·原法〉，頁544。

<sup>88</sup> 參閱《史記》卷一三〇，〈太史公自序〉。

司讞者找出適當的律條，本就不易，遑論要在簡約而涵義深奧的經文中找出妥適的「經義」作為裁判的依據，實在難為。事實上，春秋折獄真正的問題關鍵在「證據」如何取得？「心證」如何形成？清末民初的法學者董康（1867-1947）曾說：

質成訟獄，端貴平亭，而平亭要點，除證據外，無他之軌涂可循，吾國關於刑事向持法定證據主義；證據厥維物與人二種，二者之證據力強弱及其虛實，全憑司讞者從實施行為以權衡之，謂為心證，固無不可。蓋法律之規定有限，而人情之變幻無窮，仍須於習慣及條理間，予以裁量之權，昔人所謂以經義斷獄者，庶幾近之也。<sup>89</sup>

這段話點出了問題的核心，非常平允。

章太炎對春秋折獄可以說是「深惡痛絕」，但他仍不得不說出一段極富深義的話。他說：

余觀漢世以降，以儒生為吏者，多傳春秋。其義恣君抑臣，流貶而及於民，仲舒之用「決事比」，其最傲矣。自是可稱道者，特旌旗之以文無害之名，而不能謂之有益於百姓。<sup>90</sup>

王充生於東漢，可能親歷「春秋折獄」的情境，可說是一位目光如炬，辨虛證妄且不為傳統儒家學說所籠囿的學者，他也說：

……文吏治事必問法家，縣官事務莫大法令。……夫五經亦漢家之所立，儒生善政大義皆出其中。董仲舒表春秋之義，稽合於律，無乖異者。……論者徒尊法家，不高春秋，是闇遮蔽也。<sup>91</sup>

凡此言論，一方面對董仲舒春秋折獄立制的意義，予以否定；另一方面似又帶有肯定的意味。

我常想，春秋折獄的結果造成「罪同異論」、「異罪同罰」，這與董仲舒原先所設想的「罪同異論」，恐不免有相當的落差。究其實，春秋筆法雖含有評價的色彩，畢竟並非如法律般地以規範語句表達的概念，審判者對於經義適用於個案時，勢須將之轉化為規範語句表現出來，此即何以《晉書·刑法志》會說：「叔孫宣、郭令卿、馬融、鄭玄諸儒章

<sup>89</sup> 參閱董康，《集成刑事證據法》，收入何勤華、魏瓊等編，《董康：法學文集》（北京：中國政法大學出版社，2005），頁747。

<sup>90</sup> 詳參《章氏叢書》上冊，頁627。

<sup>91</sup> 參閱《論衡集解》卷一二，〈程材〉。

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」，即在說明轉化過程勢不可免。然而，此一轉化推衍過程，往往即是問題之所在，所轉化後的經義，究竟是以《春秋》的褒貶為褒貶？抑或是以「注經者」還是「審判者」自己的褒貶為褒貶？<sup>92</sup> 就因緣難定了。

其實，以當代刑法理論中的「徵表主義」來說，認為犯罪乃行為人反社會性格的徵表，為此，也賦與司法者有著相當自由的裁量空間。同一犯罪，可以就行為人的「性格」為個別相異的處罰，以實現所謂的「刑罰個別化的原則」或「犯人罪責個別化原則」。泛泛說來，這與春秋折獄所謂的「罪同異論」也有幾分神似，無非都想體現對犯罪行為時主觀情境的考量，這本是合乎人情事理的。從某種意義上說，這還表明了審判技巧的精緻化，是法律文明正面發展的傾向。因為在論罪科刑時，既要注意其內在惡性，也要重視其實害程度，只有將兩者緊密結合起來，才有可能對案件做出恰如其分的評價。遺憾的是，無論是「眚災肆赦，怙終賊刑」、「宥過無大，刑故無小」，還是「意惡功遂，不免於誅」、「赦事誅意」之類的所謂「春秋大義」，都將動機與後果（即「意」、「志」與「功」、「事」）割裂開來，片面誇大行為人主觀惡性的重要性，忽視犯罪後果的社會危害性，而內心世界情境的調查，本屬難事，一念之間或可正反翻盤、生死一線，就這樣，不期然而然地墜入了「罪刑擅斷」的泥沼而終無法自拔！

## 陸、結論——「原心定罪」的歷史與時代意義

世人常將春秋折獄的流弊歸咎於董仲舒，認為春秋折獄的特點是「原心定罪」，對動機不良的，即使行為沒有違背法律也應論罪；如果動機、目的純正，即使行為違法，也可從輕論處。此等論斷，公允嗎？

事實上，董仲舒春秋折獄雖然強調主觀條件「志」，但並非惟「志」是問，他真正的願望或許是要提醒主客觀的並重斟酌。他也說過：「至

<sup>92</sup> 參閱張永銘，〈漢代春秋折獄之法律思想及方法論探微〉，《國立政治大學歷史學報》19(2002)：15-69。



清廉平，賂遺不受，請謁不聽，據法聽訟，無有所阿，孔子是也。」<sup>93</sup> 這種見解中肯十足。雖然如此，在他內心深處，二者的分量的確是不等同的，比較之下，看重的還是主觀條件，而判斷當事人「志」之善惡的標準是儒家的倫常義理；重視主觀條件實際上是董仲舒大德小刑思想的具體反映，主觀的善惡表明了德育教化的程度。或許非如此，不能矯正當時法家用刑過度的客觀歸罪論；非如此，不足以體現儒家正統法理思想的統治理想。而透過如此靈巧的理論與實踐，讓儒家思想儘可能滲入司法領域，進而企圖結合「經」與「律」，互攝「禮」與「法」；並在一定程度上體現刑罰寬厚與人道的一面，就現存董仲舒所遺留下來的幾個引經斷獄實例看來，也無非在求融洽於情法之間而已。

從刑法發展史看，「原心定罪」要求釐清行為的故意和過誤、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，作為一種刑法思想，這是進步的。它的弊病在於後來的部分舞經酷吏承用其名，私心逞欲，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。不過，姦吏因緣為市，故入故出人罪，只是「原心定罪」惡的運用的一個面向，是一種「不正常的經義折獄」，它為酷吏濫施刑罰開了方便之門，尤其是「政治確信」的案件，血跡斑斑可考。其實，原心論罪也可以有好的運用的一面，正如同《後漢書·何敞傳》所說：

敞疾文俗吏以苛刻求當時名譽，故在職以寬和為政。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。及舉冤獄，以春秋義斷之。是以郡中無怨聲，百姓化其恩禮。<sup>94</sup>

董仲舒及部分儒吏所留存下來的案例也歷歷可證，這就是本文所肯定的「正常的春秋折獄」。

從刑事司法實務面觀察，不論今古，人的行為係主觀與客觀的綜合體，而犯罪行為無非是行為人人格的現實表露。因此，無視外部行為結果，僅以行為人的內部心意作為論罪對象；或不不論行為人的內在心意，

<sup>93</sup> 參閱《春秋繁露注·五行相生第五十九》，頁306。

<sup>94</sup> 詳見《後漢書》卷四三，〈何敞傳〉，頁1487。

而僅就外在行為作評價，均不免失諸於偏。董仲舒以儒家經義做為刑事審判的間接法源，而興起後世以儒家經義為指導思想的審判風潮，直迄南北朝而未歇，這種斷案方式，既維護了帝國統治的基本原則，又達到「通經致用」的圓融理想，在無關乎「政治確信」的一般刑事案件，大都是主張從輕科刑的，並未見有太多「援經以誅心」苛酷無度的實際案例。至於像馬端臨、章太炎等所指摘的當時那種「儒者往往喜捨法律明文而援經誅心為斷」的現象，固然與董仲舒倡導春秋折獄有關，但問題出在漢武帝「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」<sup>95</sup>的結果，主要的歷史責任實不宜歸諸董仲舒一人頭上！

至於兩漢春秋折獄的犯罪理論，主觀乎？客觀乎？日原利國與仁井田陞兩氏的爭論，就如同當代刑事法主觀主義學派與客觀主義學派的爭議，很難有一確切定論；這不是誰對誰錯的問題，而是觀察切入點的側重不同，如此而已！

（本文於民國九十四年十月二十日通過刊登）

---

<sup>95</sup> 詳見《漢書》卷二三，〈刑法志第三〉，頁1101。

## 引用書目

### 一、傳統文獻

- 《周禮》，收入《十三經注疏》，臺北：藝文印書館，1997，第3冊。
- 《尚書》，收入《十三經注疏》，第1冊。
- 《春秋公羊傳》，收入《十三經注疏》，第7冊。
- 《儀禮》，收入《十三經注疏》，第4冊。
- 孔穎達，《尚書注疏》，收入《景印文淵閣四庫全書》，臺北：臺灣商務印書館，1986，第54冊。
- 王充，《論衡集解》，劉盼遂集解，臺北：世界書局，1962。
- 王符，《潛夫論》，北京：中華書局，1997。
- 王應麟，《翁注困學紀聞》，翁元圻注，收入《四部備要·子部》52-55，臺北：中華書局，1966。
- 丘濬，《大學衍義補》，京都：中文出版社，1979，下冊。
- 司馬遷，《史記》，臺北：洪氏出版社，1974。
- 皮錫瑞，《經學通論》，臺北：臺灣商務印書館，1980。
- 李昉等，《太平御覽》，臺北：新興書局，1959。
- 杜佑，《通典》，北京：中華書局，1992。
- 沈家本，《沈寄篔先生遺書·甲編》，臺北：文海出版社，1964，下冊。
- 屈萬里註譯，《尚書今註今譯》，臺北：臺灣商務印書館，1986。
- 長孫無忌等，《唐律疏議》，臺北：弘文館出版社，1986。
- 范曄，《後漢書》，臺北：洪氏出版社，1978。
- 孫希旦，《禮記集解》，臺北：文史哲出版社，1972。
- 桓寬，《新譯鹽鐵論》，臺北：三民書局，1995。
- 班固，《漢書》，臺北：洪氏出版社，1974。
- 馬端臨，《文獻通考》，臺北：新興書局，1963。
- 張鵬一，《漢律類纂》，東京：東京大學東洋文化研究所藏，出版地及年月不詳。
- 陳壽，《三國志》，臺北：洪氏出版社，1984。
- 章太炎，《章氏叢書》，臺北：世界書局，1919，上冊。
- 傅隸樸，《春秋三傳比義》，臺北：臺灣商務印書館，1983，上冊。
- 程樹德，《九朝律考》，臺北：臺灣商務印書館，1973，上冊。

- 董仲舒，《春秋繁露注》，凌曙注，臺北：世界書局，1975。  
蘇輿，《春秋繁露義證》，北京：中華書局，1992。

## 二、近人論著

### 大庭脩

- 2003 〈漢律中「不道」的概念〉，收入昝山明主編，《中國法制史考證》，北京：中國社會科學出版社，丙編，第一卷，頁369-433。

### 王伯琦

- 1960 〈論概念法學〉，收入氏著，《王伯琦法學論著集》，臺北：三民書局，1999。

### 王健文

- 1992 〈西漢律令與國家正當性——以漢律中的「不道」為中心〉，《新史學》3.3。

### 甘添貴

- 1996 〈古典學派與近代學派於現代刑法理論之影響〉，收入氏著，《刑法之重要理念》，臺北：瑞興圖書出版，頁1-52。

### 余英時

- 1981 〈反智論與中國政治傳統〉，收入氏著，《歷史與思想》，臺北：聯經出版事業公司，頁1-47。

### 杜正勝

- 1986 〈傳統法典始原——兼論李悝法經的問題〉，收入許倬雲等著，《中國歷史論文集》，一名《勞貞一先生八秩榮慶論文集》，臺北：臺灣商務印書館，頁425-450。

### 邢義田

- 1987 〈秦漢的律令學〉，收入氏著，《秦漢史論稿》，臺北：東大圖書公司，頁248-316。

### 林咏榮

- 1981 〈春秋決獄辨〉，《法學叢刊》26.4：11-21。

### 俞榮根

- 1992 《儒家法思想通論》，南寧：廣西人民出版社。

### 徐朝陽

- 1969 《中國刑法溯源》，臺北：臺灣商務印書館。

高恆

- 1994 〈論“引經決獄”〉，收入氏著，《秦漢法制論考》，廈門：廈門大學出版社，頁178-193。

張永鉉

- 2002 〈漢代春秋折獄之法律思想及方法論探微〉，《國立政治大學歷史學報》19：15-69。

張家山二四七號漢墓竹簡整理小組編

- 2001 《張家山漢墓竹簡（二四七號墓）》，北京：文物出版社。  
2006 《張家山漢墓竹簡（二四七號墓）釋文修訂本》，北京：文物出版社。

陳顧遠

- 1978 《中國婚姻史》，臺北：臺灣商務印書館。

郭成偉

- 1996 〈龍筋鳳髓判初步研究〉，收入田濤、郭成偉校注，《龍筋鳳髓判》，北京：中國政法大學出版社，頁188-202。

黃源盛

- 1982 《漢代春秋折獄之研究》，臺北：國立中興大學（今臺北大學）法律學研究所碩士論文。  
1992 〈董仲舒春秋折獄案例研究〉，《國立臺灣大學法學論叢》21.2：29-63。後收入氏著，《中國傳統法制與思想》，臺北：五南出版公司，1998，頁85-130。  
1994 〈兩漢春秋折獄案例探微〉，《政大法學評論》52：1-31。後收入氏著，《中國傳統法制與思想》，頁131-178。

董康

- 不詳 〈春秋刑制考〉，收入氏著，《中國法制史講演錄》，香港：波文書局。後收入何勤華、魏瓊等編，《董康：法學文集》，北京：中國政法大學出版社，2005，頁243-311。  
2005 《集成刑事證據法》，收入何勤華、魏瓊等編，《董康：法學文集》，頁744-796。

劉海年等譯註

- 1994 《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，甲編，第1冊，頁375-695。

蔡墩銘

- 1977 《中國刑法精義》，臺北：漢林出版社。

- 1992 《唐律與現行刑法之比較研究》，臺北：中國學術著作獎助委員會。

盧瑞容

- 1997 〈儒家「通經致用」實踐之考察——以西漢朝廷「春秋決事」爲中心的探討〉，《國立臺灣大學文史哲學報》47。

韓忠謨

- 1982 《刑法原理》，臺北：作者印行。

仁井田陞

- 1952 《中國法制史》，東京：岩波書店。  
1980 〈中國古刑法ことに春秋公羊學の刑法理論〉，收入氏著，《補訂 中國法制史研究 法と慣習、法と道德》，東京：東京大學出版會，頁609-622。

日原利國

- 1960 〈春秋公羊學の漢代的展開〉，收入氏著，《漢代思想の研究》，東京：研文出版，1986，頁103-136。  
1962 〈漢代の刑罰における主觀主義〉，收入氏著，《漢代思想の研究》。  
1976 《春秋公羊傳の研究》，東京：創文社。  
2003 〈心意的偏重——關於行爲的評價〉，收入昀山明主編，《中國法制史考證》，北京：中國社會科學出版社，丙編，第一卷，頁554-599。

西田太一郎

- 1974 《中國刑法史研究》，東京：岩波書店。

鈴木由次郎

- 1950 〈董仲舒の「春秋治獄」をめぐって——支那古代の刑事判例集〉，《法學新報》（日本）57.10。

## Between Subjectivism and Objectivism: The Criminal Legal Theory of the “Chunqiu Jueyu” Case Decisions in the Han Dynasty

Yuan-sheng Huang

College of Law, National Chengchi University

In contemporary studies of Chinese legal history, the commentaries on the “Chunqiu Jueyu” or “Case Decisions based on the Spring and Autumn Annals” of the Han dynasty tend to be rather polarized. Most scholars’ judgments of the “Chunqiu Jueyu” are negative. This paper attempts to trace the reasons for these views by examining the judicial practice of the Han dynasty, and makes observations with respect to the theoretical history of Chinese criminal law.

Generally speaking, there are two kinds of practical applications of the Chunqiu Jueyu. One type of application of the Chunqiu Jueyu is based on the case decisions made by the great philosopher “Dong Zhong-shu,” while the other type of application is based on case decisions made by other officials and servicemen. Both have invoked the traditional Chinese classics — especially the “Gongyang Commentary of the Spring and Autumn Annals” — which has been used for judgments in cases of serious offense. In order to examine Han Dynasty legal cases in more detail, these cases should be further classified into those dealing with political offenses and those which do not deal with political offenses. The Chunqiu Jueyu imitated the “Gongyang Commentary of the Spring and Autumn Annals” to assess crime and administer justice in imperial China. Thereafter, four types of judicial areas were delineated to establish standards for the judgment of crime and the allocation of punishment: 1) harmful results caused by actions having no evil intent, 2) beneficial results as the consequence of actions having an evil intent, 3) harmless results caused by actions having an evil intent, and 4) harmful results caused by actions having an evil intent. These standards have been adopted to interpret the statute in a sentence.

Practically speaking, the key in judging crimes and exacting punishment in judicial procedures is evidence. But how was exact evidence obtained? And how was the validity of evidence ascertained and proven?

To deal with the above questions, this paper points out that two kinds of Chunqiu Jueyu case decisions were adopted for making judicial decisions in the Han dynasty. The first one might be called the “normal” Chunqiu Jueyu. Cases which used the “normal” Chunqiu Jueyu as the standard for making judgments focused on the outcome of a wrongdoing. The initial motivation of the wrongdoer was examined, and judges were inclined to release the accused without any charges if the accused genuinely harbored no evil intentions. The other could be named the “abnormal” Chunqiu Jueyu, which was based on the arbitrary wielding of judicial power by official authorities, and tended to increase the punishments exacted upon an innocent defendant. The use of these two very different standards for making judgments on judicial cases is a major reason for the polarized commentaries on the Chunqiu Jueyu.

While some might object to the use of modern concepts in the study of ancient legal history, many of today’s legal cases are quite analogous to those in ancient legal history, so that this approach may yield fruitful comparisons.

**Keywords: Chunqiu Jueyu, judgment by initial motivation, subjectivism and objectivism, Dong Zhong-shu**