

汉代法律考述

于振波

第一节 《九章律》之沿革

一、“三章之法，不足以御奸”

《史记·高祖本纪》汉元年十月，沛公刘邦举兵入关，“与父老约，法三章耳：杀人者死，伤人及盗抵罪，余悉除去秦法。”此后言高祖“德政”者，无不及此，研究汉代法律，也无不始自“三章之法”。那么，“三章之法”的实际情况究竟如何？

《史记会注考证》引梁玉绳曰：

《汉书·刑法志》曰：汉兴，约法三章，网漏吞舟之鱼，然其大辟尚有夷三族之令。又考惠帝四年始除挟书律，吕后元年始除三族罪、妖言令，文帝元年始除收孥诸相坐律令，二年始除诽谤律，十三年除肉刑，然则秦法未尝悉除，三章徒为虚语，《续古今考》所谓‘一时姑为大言以慰民也’。盖三章不足禁奸，萧何为相，采摭秦法，作律九章，疑此等皆在九章之内，史公只载入关初约耳。

梁氏之意以为“夷三族”、“妖言”、“收孥”等秦法都在《九章律》内，“夷三族”之法甚至在汉高祖入关之初的“约法三章”之后仍然存在，并没有真正做到“余悉除去秦法”，--尽管“三章之法”在当初曾引起强烈的社会反响，并受到历代史家的称赞。

其实即使在入关之初，“三章之法”也很难说是否得到实行。刘邦接受秦王子婴之降以后，对咸阳的府库劫掠一番，便还军霸上，秦“诸吏人皆案堵如故”，几乎是原封保留了秦朝在关中的司法、行政体系及其官吏，采取的是一种安抚的政策。在这种情况下，能否贯彻“三章之法”，本身就成问题。就“三章之法”而言，伤人有轻重，盗窃有多少，甚至杀人也要视情节而定罪，“抵”则要求罪罚相当，绝非三言两语就能轻易了断的。更何况正值战乱之时，群雄逐鹿，兵员的补充，军需的供给，又远非“三章之法”所能解决。具体的史实如刘邦在鸿门宴上得知其部下左司马曹无伤要投靠项羽而挑拨他与项羽的关系后，“归，立斩曹无伤”。若按“杀人者死”的规定，曹无伤并未杀人，不该丢了性命；而从当时的情势来讲，刘邦则必须除掉曹无伤方能绝后患。可见“三章之法”在颁布之时就已漏洞百出，“不足以御奸”了。

史载：“沛公至咸阳，诸将皆争走金帛财物之府分之，（萧）何独先入收秦丞相御史律令图书藏之”。楚汉相争期间，“汉王所以具知天下厄塞，户口多少，强弱之处，民所疾苦者，以何尽得秦图书也”。刘邦在前方统兵作战，萧何坐镇关中，源源不断地向前线输送兵员和物资，光靠“三章之法”更是不可想象的。

讲到“三章之法”，我们自然会联想到王莽末年赤眉军“杀人者死，伤人者偿创”之“约束”，两者都表达了广大民众对暴政的痛恨和对和平生活之向往，因而其政治鼓动作用远远大于其法律上的实际效果。“三章之法”与赤眉的“约束”一样，与其说是法律，无宁说是一种政治口号。刘邦的“三章之法”及其安抚政策为他在楚汉相争时期以关中为稳定的后方打下了良好的政治基础。

二、萧何《九章律》与秦律的关系

《汉书·刑法志》：“三章之法不足以御奸，于是相国萧何摭摭秦法，取其宜于时者，作律九章。”师古曰：“摭摭，谓收拾也。”所谓“摭摭秦法”亦即史书中所说的萧何收藏秦丞相御史律令图书一事。萧何《九章律》只是删除了秦律中某些不合时宜的条文，至于秦律的法律原则、指导思想及其科罪定刑的标准，萧何并未加以更改。前引梁玉绳的论断也说明，被汉时视为秦之苛法的挟书、参夷、妖言诽谤、收孥相坐等律令，是在汉朝建立以后的高祖到文景时期逐渐废除或修改的。如果当初萧何已在《九章律》中尽除秦苛

法，那么汉初列位天子就不会有这么多“德音”可发了。

江陵张家山汉简《奏谳书》为我们提供了一些具体的例证。这批汉简共收录奏谳书二十多份，主要是秦和汉初的，其中汉初部分所引用的律文有助于我们了解汉初法律与秦律的关系。下面就做一简要分析。

1.《奏谳书》之一：“律：变(蛮)夷男子岁出竇钱，以当(徭)赋，非曰勿令为屯也；及虽不当为屯，窞已遣，毋忧即屯卒”，已去亡，当腰斩。

关于蛮夷男子岁出竇钱，见《华阳国志·巴志》：“(秦昭襄)王乃刻石为盟，要复夷人顷田不租，十妻不算……汉兴，(夷人)亦从高祖定秦有功，高祖因复之，专以射白虎为事，户岁出竇钱，口四十。”《后汉书·南蛮列传》：汉朝也在武陵蛮中收取竇布。竇钱代徭赋是秦汉对西南少数民族的一种特殊政策，从史籍记载看，汉简中的这条律文应系承袭秦律而来

“非曰勿令为屯”以下几句，是对前面律文的解释。“屯卒”是一种兵役，“蛮夷男子岁出竇钱以当徭赋”，按理不该再服兵役。可是这又涉及另一条法律：毋忧“虽不当为屯”，但既已接受尉窞的派遣，身份就是屯卒，屯卒逃亡，就应该受到有关法律惩罚。廷尉审理的结果，毋忧被判处腰斩。也就是说，汉律屯卒逃亡要处以腰斩之刑。

流传下来的秦律中，尚无相应条文。《史记·陈涉世家》中有戍卒“失期，法皆斩”的记载。戍卒延误时限，尚且问斩；如果逃亡，处罚当更严厉。秦律之戍卒失期与汉律中之屯卒逃亡都属于军事方面的犯罪，因此处罚比较严酷。普通徭役则不然，如秦律《徭律》：“御中发征，乏弗行，赀二甲。失期三日到五日，谇；六日到旬，赀一盾；过旬，赀一甲。”因此可以说，在涉及戍卒逃亡等军事犯罪方面，秦汉法律是一致的。

2.《奏谳书》之四：“律：取(娶)亡人为妻，黥为城旦。弗知，非有减也。”

秦简《法律答问》：“女子甲去夫亡，男子乙亦阬亡，相夫妻，甲弗告请(情)，居二岁，生子，乃告请，乙即弗弃，而得，论可(何)殿(也)？当黥城旦春。”男子乙知情而弗弃，所以依律要黥为城旦。还有一例：“甲取(娶)人亡妻以为妻，不智(知)亡，有子焉，今得，问安置其子？当界，或入公。入公异是。”从文意看，不知情则不治罪。如果也像上例那样，二人都黥为城旦春，他们的孩子肯定也会“入公”，不可能再有归还(界)与没为官奴婢的争论了。正因为男子甲不知情而无罪，因而他与逃亡女子所生的孩子才归他所有，而那个逃亡的女子则受到相应的法律制裁。从张家山汉简的情况看，“弗智，非有减也”当是对前面律文的解释或补充，而汉代这一解释或补充反而比秦律的“答问”更重。置此不谈，就律本身而言，“取亡人为妻，黥为城旦”在秦与汉初是完全相同的。

3.《奏谳书》之五：武曾是军的奴隶，“楚时去亡，降汉，书名数为民”。后来军发现武，就报告校长池，池与求盗视前去追捕，武与视在格斗中互受剑伤，最后，武以“贼伤人”的罪名被黥为城旦。

秦简《法律答问》：“求盗追捕罪人，罪人格(格)杀求盗，问杀人者为贼杀人，且斲(斗)杀？斲(斗)杀人，廷行事为贼。”罪人格杀求盗为“贼杀人”，则罪人格伤求盗自然为“贼伤人”了。秦律对“贼伤人”的处罚远远重于对“斗伤人”的处罚：“斗以箴(针)、鉢、锥，若箴、鉢、锥伤人，各可(何)论？斗，当赀二甲；贼，当黥为城旦。”奏谳书中的武虽然已入民籍，不再是奴隶了，但求盗视等人在不明真相的情况下，从有罪推定的原则出发而前去追捕时，是把武当做逃奴看待的，因此武以剑击视为“贼伤人”。从武的罪名之确定来看，汉初仍遵循秦律关于“贼伤人”的定罪标准。而武被处以黥城旦之刑，也与上面所引秦律完全相符。

4.《奏谳书》之十五：“律，盗赃(赃)直(值)过六百六十钱，黥为城旦。令吏盗，当刑者刑，勿得以爵减、免、赎。”

秦简《法律答问》：“士五(伍)甲盗，以得时直(值)赃(赃)，赃(赃)直(值)过六百六十……甲当黥为城旦。”说明秦与汉初对盗罪的量刑标准是相同的，即盗窃赃物值六右六十钱以上，处以黥城旦之刑，

秦律规定：“害盗别微而盗，驾(加)罪之”；“求盗盗，当刑为城旦，问罪当驾(加)如害盗不当？当”。害盗、求盗都是负责捕捉罪犯的小吏，他们如果执法犯法，要加重治罪。又：“府中公金钱私用之，与盗同法。”“府中”是县中收储钱财的机构，私自借用府中的金钱，尚且与盗窃同样论罪，如果本身就是盗窃行为，后果肯定会更严重。根据这些材料推断，秦律对有官、爵者盗罪的惩罚，应与汉律相同，即“当刑者刑，勿得以爵减、免、赎”。

5.《秦谳书》之十六：律：“贼杀人，弃市”；“谋贼人杀人，与贼同法”；“纵囚与同罪”。

秦律对“贼杀人”如何惩处，没找到具体条文。《法律答问》：“士五(伍)甲毋(无)子，其弟子以为后，与同居，而擅杀之，当弃市。”即以弟之子为后嗣，而擅自将他杀死，要被处以弃市之刑。秦律规定“擅杀子，黥为城旦舂”，那么，擅杀弟之子大概相当于“贼杀人”。

《法律答问》：“甲谋遣乙盗杀人，受分十钱，问乙高未盈六尺，甲可(何)论？当磔。”乙身高不足六尺，不到法定责任身高，属于刑罚减免对象；“磔”是一种比弃市更残酷的刑罚。甲唆使乙从事盗窃杀人的犯罪活动，比单纯的“谋贼人杀人”情节更为恶劣，因而处罚也更重。《法律答问》中又有：“甲谋遣乙盗，一日，乙且往盗，未到，得，皆赎黥。”可见同谋即同坐，这与汉初法律并没有什么差别。

秦律对“纵囚”的解释是：“当论而端弗论，及其狱，端令不致，论出之，是谓纵囚。”而秦谳书的案情是：新郿县长信授意鬻长苍等人贼杀狱史武，被公梁亭校长丙与发弩赘抓获。丙、赘得知苍等杀害武是信的旨意后，就把苍等人放走了。结果，丙、赘以“纵囚”罪与杀人者同处弃市之刑。从案情看，汉初“纵囚”罪名的成立与秦律是相同的。秦律有“将上不仁邑里者而纵之，可(何)论？当骹(系)作如其所纵，以须其得；有爵，作官府”的规定，根据这条律文，所纵之囚被抓到以后，纵囚之人可以获释，这或许“不仁邑里者”所犯非死罪，所以才对纵囚之人有如此判决。总之，“纵囚与同罪”这一法律原则在秦与汉初都得到了遵循。

6.《秦谳书》之十四：“令曰：诸无名数者，皆令自占书名数，令到县道官，盈卅日不自占书名数，皆耐为隶臣妾，鬲，勿令以爵、赏免，舍匿者与同罪。”

这条法令很可能是根据高祖五年的诏书而制定的。《汉书·高帝纪》：“民前或相聚保山泽，不出书数，今天下已定，令各归其县，复故爵田宅，吏以文法教训辨告，勿笞辱。”根据这个诏书而制定的法令是很严厉的，绝非仅仅为了保护逃亡地主的利益，其实质是要把逃亡者重新纳入户籍，以保证国家的赋役来源。秦代也同样重视户籍，如《法律答问》：“可(何)谓匿户及敖童弗傅？匿户弗(徯)、使，弗令出户之谓殴(也)。”

《史记·商君列传》：“匿奸与降敌同罚”，《法律答问》有“内(纳)奸，赎耐”，《史记·秦始皇本纪》：“吏见知不举者，与同罪”。“舍匿与同罪”与此近似。之所以规定勿令以爵、赏免，是因为隶臣妾在秦律中可以以爵、赏免，而且可能也为汉初法律所沿用，于是在此做特别规定(“鬲”)以加重对隐匿逃亡者的惩罚。

这条法令属于“令”，不在《九章律》中，但是它在刑名、罪名及科罪量刑的原则等各方面仍然与秦律相符，这也从一个侧面反映了汉初《九章律》与秦律的关系是非常密切的。

7.四川青川木牍：四川青川木牍有秦武王二年“更修为田律”的诏令，而张家山汉简也有这样一条律文，其自“田广一步”至“而有败陷不可行，辄为之”一段文字，与青川木牍基本相同，只是在下面增加了“乡部主邑中道，田主田”一句，“这可能就是萧何所增的实例”，而汉初《秦谳书》大量抄录秦时案例，也反映出汉初法律承袭秦律这一史实。

8.睡虎地秦墓竹简有宽宥残疾、幼弱方面的条文：

“甲小未盈六尺，有马一匹自牧之，今马为人败，食人稼一石，问当论不当？不当论及赏(偿)稼。”

“甲盗牛，盗牛时高六尺，骹(系)一岁，复丈，高六尺七寸，问甲可(何)论？当完城旦。”

“甲谋遣乙盗杀人，受分十钱，问乙高未盈六尺，甲可(何)论？当磔。”

“罢(癡)守官府，亡而得，得比公(癡)不得？得比焉。”

整理小组注云：“古时一般认为男子十五岁身高六尺，详见孙诒让《周礼正义》卷二十一。简文常说‘六尺’、‘不盈六尺’，可能六尺在判刑时是一种界限。秦六尺约合今一·三八米。”上引四条文字，前三条是说身高不足六尺而触犯某些法律者可减轻或免除法律的惩罚，最后一条是说对残疾者要宽大处理。

《汉书·刑法志》载：

(景帝后)三年复下诏曰：“高年老长，人所尊敬也；鰥寡不属逮者，人所哀怜也。其著令，年八十以上，八岁以下，及孕者未乳（师古曰：乳，产也），师、朱儒（师古曰：师，乐师盲瞽者。朱儒，短人不能走者）当鞠系者，颂系之（师古曰：颂读曰容。容，宽容之，不桎梏）。”至孝宣元康四年，又下诏曰：“朕念夫耆老之人，发齿堕落，血气既衰，亦无暴逆之心，今或罗于文法，执于圜圜，不得终其年命，朕甚怜之。自今以来，诸年八十非诬告杀伤人，它皆勿坐。”至成帝鸿嘉元年，定令：“年未满七岁，贼斗杀人及犯殊死者，上请廷尉以闻，得减死。”

与秦律相比，汉代对老、弱、残、孕更加宽大，范围也更广。但这些规定都是以“令”的形式出现的，估计汉代“律”中的有关规定仍然沿袭了秦律的内容。

按《晋书·刑法志》的记述，《九章律》是在秦律六篇的基础上，又增加了《户》、《兴》、《厩》三篇而成，可事实上诸如户赋、徭役，厩苑等方面的内容在秦律中早已有之。因此，萧何很可能根据情况对秦律的篇章有所调整，对某些条文有所删补，而基本上则沿用了秦律。

三、《九章律》内容的变动情况

萧何《九章律》，并未尽除秦之苛法，扫除繁苛的工作一直持续到文、景时期。在此期间最重要的改革应提到文帝时期的废除肉刑和规定刑徒刑期以及废除挞法。肉刑的废除，结束了先秦以来以墨、劓、剕、宫、大辟为主的传统的“五刑”体系，为隋唐以后笞、杖、徒、流、死为主的新的“五刑”体系的建立创造了条件；刑徒刑期的确定，改变了在此以前刑徒终身服刑的制度；废除挞法则大大限制了家族连坐的范围，这些措施大大促进了传统刑罚体系的革新，与繁苛的秦法相比无疑是一个进步。

然而，汉初在法律方面的“仁政”，有些并未贯彻始终。例如吕后元年和文帝二年先后两次下诏，废除妖言、诽谤之罪，可是终两汉之世以诽谤、妖言获罪者、史不绝书。如昭帝时眭孟等“妄设妖言惑众，大逆不道，皆伏诛”；宣帝时，严延年“坐怨望诽谤政治，不道，弃市”。哀帝除“诽谤诬欺之法”，章帝元和元年诏“诸以前妖恶禁锢者，一切蠲除之”，安帝永初四年“诏自建初以来，诸妖言它过坐徙边者，各归本郡，其没入官为奴婢者，免为庶人”。再如，高后元年既已除“三族罪”，而律文中仍有“大逆不过，父母妻子同产皆弃市”的规定。考诸史实，文帝后元元年新垣平被夷三族；晁错、李陵亦被此刑；东汉末年董卓、董承、伏完等等，动辄族诛。凡此种种，都说明三族之刑也没有完全废除。

以上仅仅是根据现存史料可以确知的。武帝时期又制定了许多新的律令，“律令凡三百五十九章，大辟四百九条，千八百八十二事，死罪决事比万三千四百七十二事”。估计这一时期《九章律》条文可能又有所增加，但也不宜过于夸大。《汉书·刑法志》说武帝“招进张汤、赵禹之属，条定法令，作见知故纵、监临部主之法，缓深故之罪，急纵出之诛”。所谓“见知故纵”，据《晋书·刑法志》，即“见知而故不举劾，各与同罪；失不举劾，各以赎论；其不见不知，不坐也”。所谓“监临部主”据颜师古注即“所监临部主有罪并连坐也”，也就是犯人所在部门的主管官员也要连坐治罪。这些内容，秦律中早已存在。商鞅变法，实行什伍连坐，旨在鼓励告奸。秦始皇在焚书令中也有“吏见知不举者，与同罪”的条文。《秦律杂抄·傅律》：“匿敖童，及占（癘）不审，典、老赎耐。n百姓不当老，至老时不用请，敢为酖（诈）伪者，笞二甲；典，老弗告，笞各一甲；伍人、户一盾，（迁）之。”这与汉武帝时“监临部主之法”的精神大概是一致的。《史记·酷吏列传·赵禹》“与张汤论定诸律令，作见知，吏传得相监司”。据此则此前法律主要强调什伍内部百姓之间以及官吏对百姓的监督，武帝时可能又增加了官吏之间互相监督的条文。“深故”与“纵出”，分别指官吏故意陷人于重刑和曲意为罪犯开脱罪责而使其获释，这在秦律中称“不直”和“纵囚”。汉武帝任命酷吏，“缓深故之罪，急纵出之诛”，这实际上是在鼓励、纵容官吏超越法律规定而依君主旨意科罪量刑，这就不是法律本身的问题了，而是执法政策方面的问题。这一执法政策增加了司法过程中的随意性因素。另一方面，武帝又颁布了一系列诏令如沈命法、首匿之科、缙钱令等等，使汉代法律趋于苛酷。这些诏令因与《九章律》无关，在此从略。

宣帝以后，直到东汉末年，不断有大臣倡议修订律令，清除繁苛。宣、元、成、哀以及章帝时期，也有过“蠲除减轻”律令条文之举，但总的说来，变动不大。

文帝修改法律的有关诏令，也并没有全部入律，如《晋书·刑法志》：“汉氏施行有小愆之反（乏，及）不如今，辄劾以不承用诏书乏军要斩，又减以《丁酉诏书》。《丁酉诏书》，汉文所下，不宜复以为法。”则文帝之《丁酉诏书》一直到曹魏新律制定以前，仍在行用，但并未入律。而汉代自武帝以后，对律令条文的修改，大多写在令中，径改律文的情况恐怕不多。如《后汉书·郭躬列传》“乃条诸重文可从轻者四十一事，奏之，事皆施行，著于令”。

《汉书·叙传》曰：“汉章九法，太宗改作，轻重之差，世有定籍。”注张晏曰：“改，除肉刑也。”而除肉刑又是与“有年而免”联系在一起的。《论衡·谢短》：“案今《九章》象刑，非肉刑也。”可知《九章律》

在文帝时确曾有过重大修订，武帝时可能已成定本。王充所生活的时代，人们多已搞不清《九章律》何以没有肉刑，说明它已很久不再被改动了。

四、关于《九章律》的篇目

关于《九章律》，《汉书·刑法志》记载非常简略，《晋书·刑法志》稍为详细，其所收录《魏律·序略》对《九章律》的篇目多有述及。沈家本曾采取“目之可考者取诸《晋志》，事之可证者取诸《史记》及班、范二书，他书之可以相质者亦采附焉”的办法，对汉律史料做了系统编排，成《汉律摭遗》二十二卷。高恒利用新出土的简牍资料对汉律的某些篇目也做了重新阐释。本文拟在此基础上，对《九章律》的篇目做进一步的研究。

1. 《盗律》

《盗律》之目据《魏律·序略》有劫略、恐猥、和买卖人、受所监、受财枉法、勃辱强贼、还赃界主七项。从《晋律》的情况看，《晋律》“就汉九章，增十一篇，……分《盗律》为《请赀》、《诈伪》、《水火》、《毁亡》”，其中的“请赀”大致相当于上面的“受所监”、“受财枉法”，则《盗律》中还应包括诈伪、水火、毁亡等内容。

《晋书·刑法志》称汉律“《盗律》有贼伤之例，《贼律》有盗章之文”，只是说汉律条目划分不够严密，出现了混杂现象，并不是说《盗律》中专有“贼伤”一目，《贼律》中专设“盗章”一目。《唐律·贼盗律》有“强盗”、“本以他故殴人因而夺物”、“因盗过失杀伤人”等条目，或本意殴杀而趁机劫夺，或本心为盗却杀伤人，为“贼”为“盗”，有时难以辨明。但总的说来，《盗律》之“贼伤”与《贼律》之“盗章”应该是各有侧重的。沈家本说：“汉之盗目可考者惟九，而盗事之重大者不在其中。”这是指《魏律·序略》中所提到的七项，外加“科有持质”及“《盗律》有贼伤之例”正好九项。实则“科”不是律，“贼伤”也未必是《盗律》的一个类目，而且沈氏又漏掉了“水火”、“诈伪”、“毁亡”诸项。“盗”的本意是“取非其物”，《魏律》与《晋律》将与“盗”本义不合者从汉之《盗律》中分出，其目的就在于使《盗律》中保留的条目更多地体现“取非其物”方面的内容。因为《晋书·刑法志》主要是指陈汉律需要修改的部分，所以不能因为其中没有提及“盗事之重大者”就认为与“盗”有关的主要律条不在《九章律》之《盗律》中。

关于《盗律》中的“勃辱强贼”一项，《魏律》归入《兴擅律》，沈家本的解释是：

强贼固可恣，若已就拘执，即应送官，今不送官而自行殴辱，致有杀伤，即不得不谓之擅，故魏入之《兴擅律》。

沈氏把“强贼”理解为强暴的盗贼，“勃辱”为愤然殴辱，实在有些牵强。“勃辱”与“强贼”两个词应该是并列关系，既然曹魏将其归入《兴擅律》，说明“勃辱强贼”与徭役、兵役有关，将其仅仅理解为愤然殴辱、杀伤“强贼之人”，恐与事实不符。《唐律·擅兴律》有“拣点卫士征人不平”、“遣番代违限”、“私使丁夫杂匠”诸条，对官吏摊派徭役不公、役使防人不合情理及非法役使丁夫谋取私利等行为，都严加禁止，“勃辱强贼”似与此有关。居延汉简为我们提供了一些具体的例证。简4.9：“故甲渠候长唐博叩头死罪：博前为甲渠渠庭候长，今年正月中坐掾卒系狱，七月廿”，这是候长殴打戍卒被“馾(系)狱”的事例。简135.10+317.7：“以牒验问久故时与獯道丞儿谭为吏者隧长徐宗知谭故为甲渠候长，未尝以吏贼殴捶击”，这是对儿谭以前担任候长时是否有“以吏贼殴捶击”的劣迹进行调查。简EPF22:242-246：“新始建国地皇上戊三年十月三日行塞劳勅吏卒记n天子劳吏士拜D它何疾苦？禄食尽得否？D吏得毋侵冤、假贷不赏？有者言。n吏士明听教：告吏谨以文理遇士卒D病致医药，加恩仁恕，务以爱利省约为首D毋行暴殴击”。此简虽属新莽时期，也能在一定程度上反映两汉时期的情况。官吏不“以文理遇士卒”而“行暴殴击”的行为，大概就相当于汉律中的“勃辱强贼”。

2. 《贼律》

“贼”之本义，据沈家本考证，“据此诸说，是杀人也，伤害也，害也，皆为贼。《孟子》‘贼人者为之贼’，《荀子》‘保利非义谓之贼’，则毁则之谓也。兼此数者，其义始备。”《贼律》中这方面的内容应该占很大比重。此外，据《魏律·序略》，汉之《贼律》还包括欺谩、诈伪、逾封、矫制、贼伐树木、杀伤人畜产、诸亡印、储峙不办等项目。其中“逾封”一项，沈家本认为：“李悝《杂律》有逾制，一口逾封当即逾制，汉改入《贼律》。惟逾制所包者广，逾封则限于封域，有无分别，亦不能详。”沈氏虽已意识到“逾制”与“逾封”的差别，但是他在《汉律摭遗》卷四“逾封”项目下只列举了与封国有关的内容，而在卷九《杂律》中则完全删除了“逾制”之目，如此归类，恐有疏漏。战国时期的魏国和秦国乃至后来的秦朝虽有食封之君，其权力极其有限，地位不甚重要，因而有关法律归于《杂律》。汉朝建立之后，分封了许多诸侯王，权力、地位都很显要（尤其在武帝以前），有关法棒条文必然相应增加，并受到重视，因而从《杂

律》中分出，专立一项，归于《贼律》，也是势所必然。至于“逾制”中除“逾封”以外的条文，应仍旧保存在《杂律》中。《晋律》中专有《违制》一篇，也可旁证汉律中“逾制”的内容不会很少。

沈家本在《汉律摭遗》卷四中将“左官律”系于“逾封”目下，其说或可从。不过沈氏对“左官律”的理解却有些偏差。张家山汉简《奏谏书》之三记载了这样一个案例：高祖十年，迁田齐旧族至长安，齐国临淄狱史闾在护送途中与其中一个叫南的女子相爱，并娶为妻。他设法帮助南逃回齐国，结果在出关时被双双抓获。根据审判可知，南既已被徙往长安，便为“汉民”，齐国狱史闾娶之为妻，就是“从诸侯来诱”，汉律对此是严加禁止的。因此闾被黥为城旦。据《史记·汉兴以来诸侯王者年表》：高祖六年已封其子刘肥为齐王，齐为同姓诸侯，与朝廷的关系应很密切。而《奏谏书》引用汉律“律所以禁从诸侯来诱者，令它国毋得取（娶）它国人也”，并将“汉民”与“齐国”对称，说明早在汉初就有对封国加以防范的法律--不论对同姓诸侯还是异姓诸侯。《史记·李将军列传》载，景帝时李广在平定吴、楚“六国之乱”中战功卓著，就因为他接受了梁王授予的将军印，结果得不到朝廷的封赏。另一方面，朝廷委任的王国官员，如王国相、中尉等，不是左官，而属朝廷命官，只要严格执行朝廷的政策法令，不“交通王侯”，则其升迁赏赐一如郡之守、尉。可见汉代主要对非朝廷委任而私自仕于诸侯者加以贬抑。“左官律”的主要内容见于《汉书·诸侯王表序》注服虔曰：“仕于诸侯为左官，绝不得使仕于王侯也。”应劭曰：“人道上右，今舍天子而仕诸侯，故谓之左官也。”这里的“仕于诸侯”者应指私自接受王国官职的人，两汉始终不曾把朝廷委任的王国相、中尉列为左官而加以贬抑，因此沈家本将“汉初诸侯相皆由汉廷任用”作为“未尝不得仕于王朝”的根据，实有不妥。根据张家山汉简《奏谏书》和李广的事例可知，“左官律”的大部分内容，汉初已具备。汉武帝为了加强中央集权，削弱诸侯王势力，可能对有关条目有所增补，而成“左官之律”。其中《汉书·彭宣传》注李奇曰：“初，汉制王国人不得在京师”以及《龚胜传》：“王国人不得宿卫、补吏”，可能是武帝时增加的内容。

3. 《囚律》

《囚律》据《魏律·序略》有如下几项：诈伪生死、告劾、传覆、系囚、鞠狱、断狱。

《魏律·序略》说：“《囚律》有系囚、鞠狱、断狱之法，《兴律》有上狱之事，科有考事报谏，宜别为篇，故分为《系讯》、《断狱》律。”据《唐律疏议·斗讼》考证：“《斗讼律》者，首论斗殴之科，次言告讼之事。从秦汉至晋，未有此篇。至后魏太和年间，分《系讯律》为《斗律》。至北齐，以讼事附之，名为《斗讼律》……至今不改。”这两条材料综合起来可知，《斗律》系从《系讯律》中分出，而《系讯律》又主要是从《囚律》中分出，沿这条线索推测，在《九章律》中，有关斗讼方面的法律条文，可能列于《囚律》。张斐对“斗”的解释是：“两讼相趣谓之斗”，则“斗”与“讼”关系本来就很密切。汉律与“讼”有关的条目如“告劾”等都属于《囚律》，因此，汉代《囚律》中还应该包含“斗讼”一类的条文。

4. 《兴律》

《兴律》据《魏律·序略》有上狱、擅兴徭役、乏徭、稽留、烽隧等几项，主要是关于徭役、兵役方面的法律。

与《盗》、《贼》二律不同的是，《囚》、《兴》两篇所包含的目类在《序略》中已大体齐备，除此而外，大概不会再有专门体现“囚”、“兴”本义的目类了。为说明这一问题，我们不妨考察一下《魏律》与《晋律》的篇目。沈家本在《律目考》中，根据《魏律·序略》“故别为之《留律》”一语，断定曹魏十八篇新律中没有《乏留律》而有《囚律》。程树德在其《汉律考·律名考》中说：“《晋志》称魏有《乏留律》，在《魏律》十八篇之外。”其《魏律考》也全文引用沈氏上述考证。现在通行的法制史教材对《魏律》篇目或沿用成说，或语焉不详。怀效锋在《a魏律?中无a囚律?》一文中对这一问题重加考证，得出了令人信服的结论：《晋律》二十篇在具备了《告劾》、《系讯》、《断狱》诸篇之外，更不再有《囚律》了。这也可以反过来证明魏律中没有《囚律》，原《囚律》中所含各项都已分入其他篇中。同理，《魏律》中已不再有《兴律》而代之以《兴擅》、《乏留》诸篇，因此汉之《囚律》和《兴律》所含诸项内容理应为《魏律·序略》大致提及。

张家山汉简中所发现的汉律名称有十几种，其中的徭律当属《兴律》，传食、行书当属《厩律》，告律当属《囚律》。其他律条也当有所属，只是目前尚不能确定。

应当指出的是，以上只考证了《九章律》中的罪名，实际上《九章律》中应当还有对制度的正面规定。诸如秦《传食律》对过往的官府办事人员伙食待遇的规定，《行书律》要求收发文书必须登记收录日期、时辰的规定，汉之《厩律》不会没有。居延汉简中保存有大量的“邮书刺”，上面详细记录了收发文书的时间、地点、途经烽燧、经手人等等，与秦《传食律》完全符合，估计汉代《厩律》承袭秦律而有此规定。据《唐律疏议·户婚》考证：

汉相萧何承秦六篇律后，加《厩》、《兴》、《户》三篇，为《九章》之律，迄至后周，皆名《户律》。北齐以婚事附之，名为《婚户律》。隋开皇以户在婚前，改为《户婚律》。

据此则《户律》条目由汉至唐当不致有太大变动。《唐律·户婚律》中有户籍、田制、租税等方面的罪名，估计汉《户律》不仅包括这方面的罪名，还应有事制的规定。张家山汉简中的《田律》就属于对田制的正面规定，而且可能就属于《户律》。总之，汉律不仅包括罪名、刑名，还有“存事制”的内容，这与魏晋以后是不同的。

沈家本《汉律摭遗》由于受时代和资料的限制，对一些条目的含义理解有误，因而在史料编排上有诸多疏漏，但是他依《晋书·刑法志》等文献所列举的篇目对有关资料加以编排的思路是可取的。《魏律·序略》固然对汉律条目与篇名不合处多有讲述，但造成这种状况的原因，在于汉律篇章太少，不足以涵盖众多名类，用《魏律·序略》的话说，就是“篇少则文荒，文荒则事寡，事寡则罪漏，是以后人稍增，更与本体相离”，解决这一问题的关键就是“都总事类，多其篇条”。汉律虽然“《盗律》有贼伤之例，《贼律》有盗章之文，《兴律》有上狱之法，《厩律》有逮捕之事”，但《盗律》之“贼伤”必以盗事为重，《贼律》之“盗章”当以赃罪为先，《兴律》之“上狱”必与徭役有关，而《厩律》之“逮捕”必关厩置之事，绝非杂乱无章。即以《唐律》为参照，据《唐律疏议·杂律》：“赃罪正名，其数有六，谓：受财枉法、不枉法、受所监临、强盗、窃盗并坐赃。”而六种赃罪分别见于《职制》、《贼盗》与《杂律》；《贼盗律》有“故烧人舍屋而盗”，《杂律》有“烧官府私家舍宅”，都与火有关，而《唐律》之系统与周密，堪称中华法系之典范。《九章律》虽因篇章少而显得疏略，但仍有体例可寻，哪一种罪名隶属于哪一篇，不会漫无目的。《魏律》基本上是将汉律“各篇中有相类者，则随类分出，别立篇目”。

高恒虽然不同意沈家本的考订方法，但他主张要首先弄清汉律篇目名称的原意和性质，这一见解无疑很精辟。只有弄清汉律篇目名称的含义和性质，才能更好地对律文加以编排，使之更接近汉律的本来面目。由于资料不足，本文在这方面所做的工作非常有限，更多的问题还有待于进一步努力。

第二节 律·令·科·比

一、律

《九章律》是两汉的主要法律。除此而外，还有一些辅助性法律，也以“律”命名。这类“律”包括叔孙通《傍章》十八篇，张汤《越宫律》二十七篇，赵禹《朝律》六篇，共六十篇。

杜贵墀《汉律辑证》云：“按《前书·礼乐志》，今叔孙通所撰礼仪与律令同录，藏于理官，法家又复不传。《应助传》删定律令为汉仪。据此，知汉礼仪多在律令中。《晋志》所谓叔孙通益律所不及，当即以所撰礼仪益之。”而沈家本认为赵禹《朝律》可能是根据叔孙通所定朝会之制编纂而成。《晋律》有《卫宫》一篇，北齐改为《禁卫》，隋、唐称《卫禁》，考其渊源，当溯及张汤之《越宫律》。只是《越宫律》也不全为科罪量刑的条目，否则不会有二十七篇之多。卫宏《汉旧仪》：“皇帝起居仪官司马内，百官案籍出入，营卫周庐，昼夜谁何。”《越宫律》中大概也有类似规定。总之，汉“律”并不限于刑罚。

汉代史籍中所提到的律名还有尉律、酎金律、上计律以及钱律、左官律，大乐律、田租税律、尚方律等等，目前一般称之为“单行律”。又据《江陵张家山汉简概述》报道：

已清理出的律名，与睡虎地简秦律相同的，有金布律、徭律、置吏律、效律、传食律、行书律等；不相同的，有杂律、□市律、均输律、史律、告律、钱律、赐律等等。此外在简文内还见有奴婢律、变（蛮）夷律等律名。

其实上述诸律未必单行，很可能就存在于上述六十篇律中，只是由于资料不足，不易归类而已。《周礼·春官·大胥》注郑司农引汉大乐律曰：“卑者之子，不得舞宇庙之酎。除吏二千石到六百石及关内侯到五大夫子，先取適子，高六尺以上，年十二到年三十，颜色和顺，身体修治者，以为舞人。”根据内容判断，大乐律似与《朝律》有关。田律（包括田租税律）、徭律很可能属于《户律》；告律很可能属于《囚律》；赐律似乎也与朝律有关。沈家本《汉律摭遗》卷四则将左官律置于《贼律》“逾封”目下。据程树德考证，“疑上计律为《朝律》中之一篇”。总之，把这些目前尚难以归类的律称为“单行律”恐怕不符合史实。

二、令

“令”也是汉代的重要法律形式之一，汉代有“令”三百余篇。关于令的编订，陈梦家有详细考证。陈梦

家认为，史籍中所提到的“令甲”、“令乙”、“令丙”等，“即甲、乙、丙集，乃不同事类的结集”，每一集都按令的性质分为不同篇章，这些结论都是很有说服力的。但他认为这一编订工作可能始于武帝初张汤等“条定法令”，“武帝初以后，凡同类诏书而具为令者，可能逐件增入”，似与史实有出入。据《史记·袁盎晁错列传》：景帝时，“（晁）错所更令三十章，诸侯皆喧哗疾晁错”。说明至少在景帝时，“令”已结集为章。

陈梦家又认为令甲、令乙等只是“单一诏书”的汇编，不包括“功令”等“专行之令”。居延汉简有“功令第卅五”、“北边挈令第四”，武威汉简有“兰台令第三三”、“御史令第四三”，《汉书·萧望之传》有“金布令甲”，说明这些令下面包括很多条目，而按陈梦家的观点，它们都属于“专行之令”，不在令甲、令乙等集之内。这一推论恐证据不足。《晋书·刑法志》讲汉代律、令“率皆集类为篇，结事为章，一章之中或事过数十，事类虽同，轻重各异”，也就是说律、令每一篇章之下都包含许多条目、事类，由单一诏书构成一章的情况可能并不多见。令甲、令乙、令丙等只相当于第一、二、三集，是令集的编次，而不表示“篇名”，只有“功令”、“北边挈令”等才是“篇名”，才有可能隶属于令甲、令乙或令丙。至于这些令集各汇集了哪些令，现在多已无从考证了。陈梦家从《史记》、两《汉书》及其注、《晋书·刑法志》中辑出令甲六条、令乙三条、令丙二条，可以参看。

“令”的内容，如令甲有“常符漏品”，属于事制方面的，“务劝农桑”则有教化的色彩。“北边挈令”规定了边塞官吏“劳日”的计算方法等等。同时“令”中也有不少关于罪名、刑名的规定，如令甲有“外戚之禁”、“女徒顾山还家”，令乙有“犯蹕”，《晋书·刑法志》令乙有“呵人受钱”，令丙有“诈自复免”，等等。这些例证说明汉令具有“设范立制”与“正刑定罪”的双重性质。

《汉书·宣帝纪》地节四年“令甲”注文颖曰：“萧何承秦法所作为律令，律经是也，天子诏所增损，不在律上者为令。”则在汉代，“令”只作为“律”的补充，二者在内容上并无明确分工。杜预所说的“律以正罪名，令以存事制”并不符合汉代律令的情况。律与令的分工可能开始于曹魏编修新律。西晋确已实现了这一转变：《晋书·刑法志》叙述《晋律》的编修，“就汉九章，增十一篇……蠲其苛秽，存其清约……其余未宜除者，若军事、田农、酤酒，未得皆从人心，权设其法，太平当除，故不入律，悉以为令，施行制度，以此设教，违令有罪则入律。其常事品式章程，各还其府，为故事”。也就是说，诸如临时性措施以及“常事品式章程”均从律中删除，归于“令”和“故事”。杜预就曾亲自参与《晋律》的编修，并为之做注释，因此他对律、令的定义当符合晋时律令的实际。

《史记·酷吏列传·杜周》：有人指责杜周“专以人意指为狱”时，杜周以“前主所是著为律，后主所是疏为令”为自己辩护。从他的话语中可以看到，汉代令与律的法律作用很可能是相同的。汉代统计法律条目或刑名时，往往律、令并提，如《汉书·刑法志》讲武帝时“律令凡三百五十九章，大辟四百九条，千八百八十二事，死罪决事比万三千四百七十二事”；成帝诏云“今大辟之刑，千有余条，律令烦多，百有余万言”；《后汉书·陈宠传》“今律令死刑六百一十，耐罪千六百九十八，赎罪以下二千六百八十一”。这种表述也可以在很大程度上说明汉代律与令可能具有同等的法律作用。

三、科

历来论者认为，“科”也是汉代的法律形式之一，有的学者曾对此提出质疑，认为“科”只是律、令等法律形式中的事项条目或条款，“科”作为一种独立的法律形式出现于曹魏时期。“居延新简”的整理与公布，终于消除了上述疑问，证明传统观点是正确的。

科所涉及的内容，也非常广泛，如《后汉书·明帝纪》永平十二年诏：“今百姓送终之制，竟为奢靡……又车服制度，恣极耳目，田荒不耕，游食者众，有司其申科禁，宜于今者，宣下郡国。”《后汉书·梁统传》提到“首匿之科”，《陈忠传》也提到“亡逃之科”、“宁告之科”等等。由于文献记载过于简略，科与律、令，确实不易区别。《后汉书·安帝纪》元初五年诏有“旧令制度，各有科品”，则科主要是本照律、令或某一制度而定的。居延简EPF22:221-235录有“捕斩匈奴反羌购赏科别”、“捕匈奴反羌购赏科”与“捕反羌科赏”，规定根据所捕、斩匈奴和羌人的身份和数量，并参照立功者的身份，而给予赐爵、赏钱或免奴为民的奖赏。居延简EPF16:1-17录有“塞上烽火品约”，大概也属于“科品”一类，对于在何种情况下以何种方式传递烽火也有很详细的规定。从居延汉简为我们提供的这些“科”的实例看，汉代的科很可能是根据律、令的某些条款或某一具体制度规定的细则。

根据上面所引明帝永平十二年诏“宜于今者，宣下郡国”可知，科是随时变化的，可能比令更灵活。至于汉代的科是否也像令一样经过系统编订，就不得而知了。

曹魏时期，曹操因为“难以藩国改汉朝之制……于是乃定甲子之科”。蜀汉刘备称帝之前，诸葛亮、法正等人也制定《蜀科》，孙吴也有“科令”。三国之科不再是律令条款的细则，而是具有取代汉律的临时

法典的性质了，因而其系统性也会远远超过“汉科”。

四、比

“比”作为一种法律形式，早在先秦时期就已存在。比的大量存在，正是立法水平不够发达的表现。《礼记·王制》“必察小大之比以成之”郑玄注：“已行故事曰比。”《荀子·王制》：“其有法者以法行，无法者以类举，听之尽也。”郑、荀两说大体上已阐明了“比”的含义，也就是说，在现行法律对某种情况没做规定或规定不够明确时，采用类比的方法，援引与案情相近的法律条文而做出裁决，这种判案方法就是“比”。当由此产生的判例被奉为以后处理类似案件的依据时，此判例也就具有了法律的意义，成为“决事比”。

“比”的最简单的形成途径就是直接援引与该案情最接近的法律条文，进行类比。秦简《法律答问》中有很多这样的“比”，如：“臣强与主奸，可（何）论？比殴主。一斗折脊项骨，可（何）论？比折支（肢）。”“殴大父母，黥为城旦舂。今殴高大父母，可（何）论？比大父母。”这种“比”，主要是针对案情比较简单，犯罪性质又与所援引的法律条文非常接近的犯罪行为而规定的，因而不一定需要有“已行故事”，只要有有关部门（如廷尉）做出相应解释即可。估计汉代的“比”也有这种情况。

有些案件，情况比较复杂，可以同时援引不同的法律条文，判理的结果往往大相径庭。针对这种情况，秦汉时期有疑罪上报的“奏谳”制度，由县、道上报郡、国，再由郡、国上报廷尉乃至皇帝，逐级审核，直到做出切近法律的判决为止。而通过这种方式形成的判例，即“已行故事”，也就成了“比”。张家山汉简《奏谳书》收录的众多案例，很可能就是墓主生前用做断狱依据的“比”。这是汉代“比”的第二种形成途径，也是最主要的形成途径。

援引本朝代以前的案例作为法律依据，这也是汉代“比”的形成途径之一。张家山汉简《奏谳书》除了收录汉代的案例而外，还大量抄录秦案例乃至春秋时期的案例，在引用“鲁法”时还注明“鲁法”与现行法之间刑名的对应关系，很显然是把这些案例做为“比”来使用的。

与上述第三种“比”关系最密切的莫过于汉代的“经义决狱”，即在断狱过程中援引儒家经典的某些条文或比附其中的历史事件。儒家经典不是法典，因此“经义决狱”只能作为汉“比”的特殊形式。对此，我们将在下一节做专门讨论。

除了律、令、科、比而外，律家以及经学家对律的解说，也具有法律效力。限于资料，在此就不多说了。

第三节 “经义决狱”的实质与作用

汉代有所谓“经义决狱”制度，就是在断狱过程中援引儒家经典中的某些条文或对其中的历史事件加以演绎，作为定罪量刑的依据。“经义决狱”是伴随汉代统治思想发生转变而出现的特殊现象，它既反映了儒家思想向法律的渗透，也表现了儒家思想在维护等级秩序方面对法律的补充。

武帝之前已可看出“经义决狱”的迹象，景帝时，窦太后要立梁孝王为皇储，遭到袁盎等大臣的反对。梁孝王心怀怨恨，派人刺杀了袁盎。事发后，“文吏穷本之，谋反端颇见。太后不食，日夜泣不止。景帝甚忧之，问公卿大臣，大臣以为遣经术吏往治之，乃可解，于是遣田叔、吕季主往治之”。当然，有意识地大力地提倡“经义决狱”始自汉武帝尊崇儒学以后，“故胶西相董仲舒老病致仕，朝廷每有政议，数遣廷尉张汤亲至陋巷，问其得失。于是作《春秋决狱》二百三十二事，动以经对，言之详矣”。而“《食货志》公羊弘以公羊之义绳臣下，取汉相。《五行志》武帝使（董）仲舒弟子吕步舒持斧钺，治淮南狱，以《春秋》谊专断。《兒宽传》以宽为奏谳掾，以古法义决疑狱，张汤甚重之，盖汉人家法如是”。东汉末应劭也曾撰具《春秋断狱》。可见“经义决狱”在汉代相当盛行。

董仲舒《春秋决狱》早已散佚，所存不过数则，应劭《春秋断狱》更不见有著录，幸史传所载“经义决狱”之事例尚有若干。从现存这些有限的资料不难看出“经义决狱”维护等级秩序的实质及其所起的作用。

首先，“经义决狱”的一个重要原则，是维护皇权的神圣不可侵犯。

《汉书·淮南王安传》载：淮南王安谋反，赵王彭祖、列侯让等四十三人皆曰：“淮南王安逆无道，谋反明白，当伏诛，”胶西王端历数刘安罪状之后说：“《春秋》曰：臣无将，将而诛。安罪重于将，谋反形已定……当伏法。”诸侯王谋反，依法当诛，汉律本如此，而《春秋公羊传》则更进一步，主张“君亲无将，将而诛焉”，意即臣子只要有“犯上”的动机，就应受到惩罚。

《后汉书·樊儵列传》载：广陵王荆有罪，樊儵等奏请诛荆，明帝怒曰：“诸卿以我弟故，欲诛之，即我子，卿等敢尔邪！”儵仰而对曰：“天下高帝天下，非陛下之天下也。《春秋》之义：‘君亲无将，将而诛焉’。是以周公诛弟，季友鸩兄，经传大之。臣等以荆属托母弟，陛下留圣心，加惻隐，故敢请耳，如令陛下子，臣等专诛而已。”“专诛”虽然未必，但在维护君主尊严与地位上，“《春秋》之义”与汉法是一致的。

《汉书·隽不疑传》载：昭帝始元五年，有人诣北阙，自称卫太子，“丞相、御史、二千石至者并莫敢发言”。京兆尹隽不疑到场后，喝令从吏将此人收捕。有人说：“是非未可知，且安之。”不疑曰：“诸君何患于卫太子！昔蒯聩违命出奔，辄距而不纳，《春秋》是之。卫太子得罪先帝，亡不即死，今来自诣，此罪人也。”遂送诏狱。在君主专制制度下，皇帝的地位是神圣不可侵犯的，无论父子之亲，还是兄弟之情，在皇权之前都变得无足轻重了。在这里，“《春秋》之义”不仅不违背汉法，相反更有助于维护君权之法律的贯彻执行。

其次，“经义决狱”在科罪定刑时，依据亲亲，尊尊的原则，对贵族、官僚务从宽大，从而维护了统治阶级内部的团结。

《汉书·文三王传》载：

永始中，相禹奏（梁王）立对外家怨望，有恶言。有司案验，因发淫乱事，奏立禽兽行，请诛。太中大夫谷永上疏曰：“臣闻‘礼，天子外屏，不欲见外’也。是故帝王之意，不窥人闺门之私，听闻中冓之言。《春秋》为亲者讳。《诗》云：‘戚戚兄弟，莫远具迓。’今梁王年少，颇有狂病，始以恶言按验，既亡事实，而发闺门之私，非本章所指……”天子由是寝而不治。

汉法对“禽兽行”惩罚极重，如燕王刘定国与父康王姬奸，生子男一人，夺弟妻为姬，与子女三人奸，事下公卿，皆议曰：“定国禽兽行，乱人伦，逆天道，当诛。”上许之，定国自杀。又如隆虑侯陈融，“坐母丧未除服奸，自杀”。梁王立有“禽兽行”而不诛，也可能是因为所查出的罪行与所指控的罪名不符，而谷永上疏援引《春秋》“为亲者讳”以及《诗》、《礼》的有关经义，更有助于为梁王立开脱罪责，使其免于治罪。

《汉书·田延年传》：丞相议奏延年“主守盗三千万，不道”，御史大夫田广明对太仆杜延年说：“《春秋》之义，以功覆过。当废昌邑王时，非田子宾之言大事不成。今县官出三千万自乞之何哉？愿以愚言白大将军。”尽管田延年最终没能“以功覆过”，但这条原则却时时影响着法律。如《汉书·陈汤传》元帝时西域都护甘延寿与西域副校尉陈汤矫制兴师，除掉郅支单于，石显、匡衡等人认为甘、陈“擅兴师矫制”，陈汤行又贪秽，应当治罪。刘向说：“昔齐桓公前有尊周之功，后有灭项之罪、君子以功覆过而为之行事”。元帝终于“封延寿为义成侯，赐汤爵关内侯，食邑各三百户，加赐黄金百斤”。法家主张“有功于前，有败于后，不为损刑；有善于前，有过于后，不为亏法”。上引诸例，大臣往往援引“《春秋》之义”而不是有关法律，说明“以功覆过”的原则尚未成为法律。然而这一原则为大臣在司法上提供了不小的特权。

《后汉书·王望列传》：王望为青州刺史，行部，道见饥者，因便宜出所在布粟赈济之。“公卿皆以为望之专命，法有常条”，钟离意则引述“华元、子反，楚、宋之良臣，不禀君命，擅平二国”的“《春秋》之义”，认为王望“怀义忘罪，当仁不让”，虽“法有常条”，而情有可恕，结果王望被赦免。

《后汉书·刘恺列传》：

安帝初，清河相叔孙光坐臧抵罪，遂增锢二世，衅及其子。是时居延都尉范邠复犯臧罪，诏下三公、廷尉议，司徒杨震、司空陈褒、廷尉张皓议依光比，恺独以为：“《春秋》之义，善善及子孙，恶恶止其身，所以进人于善也。《尚书》曰：上刑挟轻，下刑挟重。如今使臧吏禁锢子孙，以轻从重，惧及善人，非先王详刑之意也。”有诏：“太尉议是。”

以上事例说明，只要皇权不受到威胁，贵族、官僚的犯罪行为往往能够依照某条经义而得到宽宥。

《周礼·秋官·小司寇》：

以八辟丽邦法，附刑罚。一曰议亲之辟，二曰议故之辟，三曰议贤之辟，四曰议能之辟，五曰议功之辟，六曰议贵之辟，七曰议勤之辟，八曰议宾之辟。

“八辟”在汉代称为“八议”，《汉书·刑法志》：“《周官》有五听、八议、三刺、三宥、三赦之法。”其中之“八议”即指此。“议亲”，郑司农（郑众）云：“若今时宗室有罪先请是也。”“议贤”，郑司农云：“若今时廉吏有罪先请是也。”“议贵”，郑司农云：“若今时吏墨绶有罪先请是也。”“汉代皇亲国戚及有一定品级爵

位、官秩的人要“有罪先请”，某些规定甚至在秦律中就已存在，这是等级社会不平等的现实决定的，未必与《周礼》有关，这一问题我们将在以后讨论。《周礼》属古文经，在西汉大部分时间里并未发生什么影响，直到西汉末年轻刘歆等人整理，才得以在社会上流传，影响也不断扩大。其中的“八议”，经汉代士大夫们的鼓吹和一系列的司法实践，最终在三国时期写入法典，并一直延续到清朝。而“八议”的写入法典，为众多皇亲国戚和贵族官僚的违法行为提供了更多的护身符。

而且当统治集团内部倾轧过于激烈时，经义有时也可用来起一点暂时调和的作用，如《后汉书·梁商列传》：永和四年，中常侍张逵等人劾奏梁商及中常侍曹腾、孟贲“欲征诸王子，图议废立”，被顺帝驳回，便矫收捕曹腾、孟贲于省中。顺帝大怒，“收逵等，悉伏诛。辞所连染及在位大臣。商惧多侵枉，乃上疏曰：‘《春秋》之义，功在元帅，罪止首恶。故赏不僭溢，刑不淫滥……大狱一起，无辜者众，宜早讫竟，以止逮捕之烦。’帝乃纳之，罪止坐者。”“罪止首恶”有助于缩小打击面，维护统治集团内部的团结与稳定。

第三，“经义决狱”通常提倡德主刑辅，在一定程度上减轻了苛法的弊端，有利于社会秩序的稳定。

《通典》曾引用董仲舒《春秋决狱》的两个案例：

甲无子，拾道旁弃儿乙养之以为子。及乙长，有罪杀人，以状语甲，甲藏匿乙，甲当何论？仲舒断曰：“甲无子，振活养乙，虽非所生，谁与易之？《诗》云：‘螟蛉有子，蜾蠃负之。’《春秋》之义，父为子隐，甲宜匿乙。”

甲有子乙以乞丙，乙后长大而丙所成育。甲因酒色谓之曰：“汝是吾子。”乙怒，杖甲二十。甲以乙本是其子，不胜其忿，自告县官。仲舒断之曰：“甲生乙，不能长育以乞丙，于义已绝矣，虽杖甲，不应坐。”

其一是董仲舒引用《诗经》中的“螟蛉有子，蜾蠃负之”一语，确认养父与养子的关系等同于亲父子，又以“父为子隐”的“《春秋》之义”为养父的首匿行为开脱罪责；其二是董仲舒在承认汉代殴父死罪的前提下，通过否认无养育之恩的亲父子的亲情关系而使此法对本案无效。这些原则在法律伦常化过程中都先后为法律所吸收。

《太平御览》收录了董仲舒决狱的另外两个案例。其一：

甲父乙与丙争言相斗，丙以佩刀刺乙，甲即以杖击丙，误伤乙，甲当何论？或曰：“殴父也，当梟首。”议曰：“臣愚以父子至亲也，闻其斗，莫不有忧怅之心，扶杖而救之，非所以欲诟父也。《春秋》之义，许止父病，进药于其父而卒，君子原心，赦而不诛。甲非律所谓殴父也，不当坐。”

在这个案例中，甲确有“殴父”的事实，但其本心却为救父。因此董仲舒以“《春秋》之义”决狱，与只关注结果而不重视动机的做法相比，自然更为合理。其二：

甲夫乙将船，会海盛风，船没，溺流死亡，不得葬四月，甲母丙即嫁甲。欲当何论？或曰：“甲夫死未葬，法不许嫁，以私为人妻当弃市。”议曰：“臣愚认为，《春秋》之义，言‘妇人归于齐’，言夫死无男，有更嫁之道也。妇人无专刺擅恣之行，听从为顺；嫁之者，归也，甲又尊者所嫁，无淫衍之心，非私为人妻也。明于决事，皆无罪名，不当坐。”

这同样也是既合情又合法的判决，比单纯根据行为结果而定罪，显然更得人心。

值得注意的是，“恶恶止其身”、“罪止首恶”等“《春秋》之义”不仅适用于统治集团内部，也适用于被统治者。如《汉书·孙宝传》：

广汉太守扈商者，大司马车骑将军王音姊子，软弱不任职。宝到郡，亲入山谷，谕告群盗，非本造意渠率，皆得悔过自出，遣归田里。自劾矫制，奏商为乱首，《春秋》之义，诛首恶而已。

《后汉书·赵憙列传》载：

时平原多盗贼，憙与诸郡讨捕，斩其渠率，余党当坐者数千人，憙上言恶恶止其身，可一切徙京师近郡，帝从之。

以“《春秋》之义”平定“群盗”，务从宽省，比专任刑杀更有利于缓合阶级矛盾，维护社会稳定。又《后汉书·何敞列传》云：何敞为汝南太守，“疾文俗吏以苛刻求当时名誉，故在职以宽和为政”，“及举冤狱，

以《春秋》义断之，是以郡中无怨声，百姓化其恩礼”。说明以经义断狱在一般情况下起到了缓和社会矛盾的作用。

第四，“经义决狱”并不意味着官吏可以随手引用、任意发挥。这不仅表现在两汉经学强调“家法”，并不允许随意阐发，更表现在汉代自董仲舒《春秋决狱》等著作问世之后，对判例有规范性的解释，一般官吏无权“断以己意”。当所引经典有歧义时，往往需要反复辩难，才下结论。

《汉书·终军传》云：元鼎中，博士徐偃使行风俗，矫制允准胶东、鲁国鼓铸盐铁，“御史大夫张汤劾偃矫制大害，法至死。偃以为《春秋》之义，大夫出疆，有可以安社稷、存万民，颺之可也。汤以致其法，不能诎其义”。终军诘责徐偃：“古者诸侯国异俗分，百里不通，时有聘会之事，安危之势，呼吸成变，故有不受辞造命颺己之宜；今天下为一，万里同风，故《春秋》‘王者无外’，偃巡封域之中，称以出疆何也？且盐铁，郡有余臧，正二国废，国家不足以为利害，而以安社稷存万民为辞，何也？”徐偃理词穷，服罪当死。号称一代酷吏的张汤，面对犯有“矫制”罪的徐偃所讲出的“《春秋》之义”，竟无能为力，这恰恰证明经义是不能随意发挥的。只有通晓经书的终军才能发现徐偃解经的破绽，迫使其服罪。“矫制”当诛，本为汉法，徐偃当死，法所必然，终军诘难，旨在阐明经义，并非有意重比。可见汉代“经义决狱”是很慎重的。

再如《汉书·薛宣传》薛宣子薛况指使杨明斫伤申咸于宫门外，御史中丞众等引述“礼，下公门，式路马”以及“《春秋》之义，意恶功遂，不免于诛”等经文，请求将薛况、杨明弃市。廷尉直则以“孔子曰：必也正名”以及“《春秋》之义，原心定罪”，认为薛况等“本争私变，虽于掖门外伤咸道中，与凡民争斗无异”，因此反对“辑小过成大辟”。经公卿议臣讨论，薛况等“竟减死一等”。这说明“经义决狱”的目的仍在“正名”，以便做出合乎实际的判决。

根据上述分析可知，“经义决狱”与汉律是相辅相成的，它的实质，就是为了更好地维护皇权和社会等级秩序，用儒家思想修正和完善当时的法律，从而使法律更有效地发挥作用。东汉初年以“疾虚妄”著称的王充称赞董仲舒“表《春秋》之义，稽合于律，无乖异者”，正说明“经义决狱”与汉律是互为表里、相互补充的，都是为维护当时的统治秩序服务的。当然，由于“经义决狱”是适应统治思想转变而在法律方面所进行的一种尝试，因而在汉代司法中的作用很不稳定，如同样是“以功覆过”，对田延年则无效，而对陈汤则适用；同样是“专断”，在徐偃则问罪，在王望则赦免。但就总的情况而言，可以说，“经义决狱”的作用是积极的，正面效应远远大于负面效应。

相关文章

张家山汉简所反映的汉代名田制

张家山汉简中的名田制及其在汉代的实施情况

《秦汉法律与社会》

秦汉法律与社会等级

秦汉法律与经济发展

秦汉法律与吏治

秦汉时期的执法

秦律溯源

《秦汉法律与社会》结语

《秦汉法律与社会》后记

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办

电话: 64022187 64070352 邮件: law-culture@163.com

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720