

八议成制于汉论考

龙大轩*

内容提要：法律史学界通说认为八议制度始于曹魏。但经深入挖掘、分析史料后可以发现：从周之八辟到汉之八议的名称变化，表明了一种新的法律制度在汉代萌生；在两汉法律遗存中能够寻找到八议的大部分内容；在汉代司法活动中，八议也已成为断案议罪必须遵循的法律准据。以此可证，八议制度的确立时间当在汉代。

关键词：八议 律令 汉魏律

八议是中国古代法律中关于某些官僚贵族犯罪减免刑罚的制度。《唐律·名例》云：“八议：一曰议亲，二曰议故，三曰议贤，四曰议能，五曰议功，六曰议贵，七曰议勤，八曰议宾。”我国法史学界通行看法认为，该制始于曹魏，历隋唐以迄宋明，一以贯之，至清则名存实亡。清末修订《大清新刑律》时旁采欧陆立法体例，终废此制。

治史之学，首重时间。时间一错，全盘皆误。八议制度最早确立于曹魏的观点，实为对历史的误读。然当代高等法学教育中的中国法制史，皆作如是教，皆作如是学。以讹传讹，流害不止，此种状况亟需辨正。

笔者综罗史料，详加比对，发现八议并非始于曹魏，早在汉朝就已被确立为系统的法律制度。现特就其立法时间辟文以拨正。

一、八议成制于曹魏之观点述评

法史学界通说八议始于曹魏的看法，源于千余年前的《唐六典》。该书卷六注文称：“是八议入律，始于魏也。”后人因袭其说，逐渐形成统一认识，认为八议制度最早是在曹魏《新律》中确立的。

比如，当代著名法学家张晋藩先生指出：“‘八议’的规定最早见于曹魏律。”〔1〕苏亦工先生亦指出：“终两汉之世，八议之说始终未能得到立法的肯定，直到曹魏修律时，才将八议纳入法

* 西南政法大学教授。

〔1〕张晋藩、林中、王志刚：《中国刑法史新论》，人民法院出版社1992年版，第223页。张晋藩先生主编的《中国法制史》一书也认为：“魏明帝定魏律，以周礼之‘八辟’为依据，规定了‘八议’制度。”该书由群众出版社1982年出版，见第181页。此后该书于1989年由法律出版社再版，仍持此观点。

律,形成制度。”〔2〕另有学者说得更加绝对,认为“曹魏首次将‘八议’制度正式列入法典之中。”当今法史学界,持这种观点的学者不在少数。〔3〕

须知汉魏法律形式呈多样化,除“律”以外,还有大量的“令”、“科”、“比”,以及法律解释“律章句”等,都具有法律效力。八议入律可以成为律中立法;八议不入律而入于令、比、律章句等,同样可以被认为是确立为法律制度。故入律之说,旨在强调八议成为律中立法,并不排除八议成为其他法律形式中立法内容的可能。恪遵《唐六典》之义,只能得出曹魏以前之律典中无八议的结论,无法得出曹魏以前律外其他法律形式中也没有八议的结论。

笔者认为,八议形成系统的法律制度实始于汉。汉代法律体系包括律、令、科、比、品、式、律章句等,可以统称为“汉法”,单纯用于“正罪定刑”的“律”只是“汉法”中的一种。虽然我们在汉代律典中很难找到关于八议的全面记载,但在律以外的其他法律形式中,却能屡屡见到八议的遗存。细加整理、分析,便能看到汉代已有完整的八议制度。以下将次第展开论证。

二、八议是汉代出现的法律制度

《唐律·名例》云:“今之八议,周之八辟也。”可见八议源于八辟。然名称不同,所透射的历史信息亦不同。八辟名号行于周,至战国秦而废。八议概念则见于汉,表明一种旧制度以新名、新貌、新内容而获得新生。

(一) 八辟为周代旧制

八辟为周代礼制。《周礼·小司寇》云:“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。”按郑玄之注,“辟”即“法”;“丽”为“附”之义。亲故贤能功贵勤宾这八种人物犯罪,因“轻重不在刑书”,〔4〕故惩治其罪的方法即八辟,附在“邦法”之后,同具法律效力。一旦他们有所犯,将由小司寇临时议论决定处以什么样的刑罚,一般都会作相应的减免。此为周代对贵族处罚之制度。

自西周而入春秋,时局动荡,“礼崩乐坏”,统一的礼制秩序遭到破坏,各国新兴贵族要求取消旧贵族在法律上的特权,八辟之制被撼动。及至战国,各国纷纷变法,莫不照顾新兴势力的利益需求而削弱旧贵族之特权。商鞅为秦国订立《秦律》,贯彻“刑无等级”的思想,对贵族犯罪,不再予以优容宽大,八辟之制被废除。正如程树德先生所指出:“按八议之制,见于《周礼》,至秦而废。”〔5〕程氏此言《周礼》之八议实则为八辟。

(二) 八议乃汉代新制

到了汉朝,八议之说频繁出现。笔者综罗汉史资料,发现汉代人直接称述八议的记载共有10处,现列下表示之:

〔2〕 杨一凡主编:《中国法制史考证》甲编第七卷,《历代法制考·清代法制考》,中国社会科学出版社2002年版,第513页。

〔3〕 王菲:《中国法制史》,中国检察出版社2001年版,第114页。另,宁汉林、魏克家等人认为:“这说明汉律中无八议制度的规定。……迄曹魏时期,在刑律中恢复了八议制度。”见宁汉林等:《中国刑法简史》,中国检察出版社1999年版,第283页;郑秦认为:“但在司法上援引‘八议’之说,始见于曹魏时期。”郑秦:《中国法制史》,法律出版社2001年版,第81页;薛梅卿、江兴国等认为:“汉代有类似‘八议’性质的‘上请’之制,但当时尚十分简略。‘八议’之法正式订入律典,并法定化、制度化与系统化,开始于曹魏时期。”见薛梅卿等:《中国法制史》,中国政法大学出版社1995年版,第141页。如此种种,都表达了汉朝无八议,曹魏始有八议制度的观点。

〔4〕 《礼记·曲礼上》郑玄注。

〔5〕 程树德:《九朝律考·汉律考》,中华书局2003年版,第97页。

序号	人物	年代	内容	出处
1	班固	32—92	《周官》有五听、八议、三刺、三宥、三赦之法。	《汉书·刑法志》
2	王符	约 85—162	是故《周官》差八议之辟，此先王所以整万民而致时雍也。	《潜夫论·述赦》
3	马融	79—166	谓在八议，君不忍刑，宥之以远。	《史记·五帝本纪》 《集解》引马融曰
4	郑玄	127—200	不与贤者犯法，其犯法则在八议，轻重不在刑书。	《礼记·曲礼上》郑玄注
5	张逸	?—193	其有罪则以八议议其轻重耳。	《礼记·曲礼上》孔颖达疏引张逸云
6	汉安帝	107—125 在位	朕览八辟之议，不忍致之于理。其贬（刘棻）为临湖侯。	《后汉书·孝明八王列传·乐成靖王党传》
7	盖勋	中平元年 184	吾以子罪在八议，故为子言。吾岂卖评哉。	《后汉书·盖勋传》注引晋司马彪《续汉书》
8	蔡邕	132—192	（陈球）父病去官，居家半年，以授廷尉，八议寔□□无牵民，乃迁卫尉，遂作司空。	（宋）容迈《隶释》卷一 ○《陈球后碑》
9	申屠蟠	卒于 190 年后， 年 74 岁	假玉不值明时，尚望追旌闾墓，显异后嗣，况事在清听，不加八议，哀矜之贷，诚为朝廷痛之。	《太平御览》卷四四一， 《人事部·贞女下》引杜预《女记》曰
10	应劭	?—204	陈忠（?—126 年）不详制刑之本，而信一时之仁，遂广引八议求生之端。	《后汉书·应劭传》

上述资料显示，公元一、二、三世纪的汉朝人都提到了八议，当是汉代已形成了这样的法律制度。理由如下：

首先，从逻辑上看。概念是用以名物的，八议作为汉代出现的新概念，当是针对此一时期新出现的事物或制度而言的，不可能没有相应的对象而凭空冒出一个新概念。当然也不排除八议是对故有学说进行承袭的情形，在这种情况下，就不一定非要生活中有相应的制度才会有相应的称谓。然考诸历史，可知八议之前身乃周代八辟。如果是一成不变地照搬，当继续称八辟更符合逻辑，而事实是此时已改称八议，故八议之于八辟是不同的。

察考相关记载可知，二者不但名称不同，在具体内容和程序设置上也是有区别的。从程序设置来剖析，八辟重在“辟”，即偏重刑罚；八议重在“议”，则偏重程序。《说文》云：“辟，法也。从卩、从辛，节制其罪也。”结合《周礼·秋官·小司寇》的记载可知，贵族犯罪虽然法律无明文规定，但仍然有八种惩治其罪的方法即八辟，小司寇自行议定后，即可施以刑罚。而八议是指八种官僚贵族犯罪，有司不能径行裁夺，而要奏请公卿大臣群议如何定罪量刑，议的结论最后还要奏请皇帝决定。对这种程序设置上的区别，已故著名法学家董康先生已经注意到。他指出：“八辟，即唐律之八议，次序微有变更。……而唐律之应议者，死罪则援引条文，止云应拟死罪，不明定其为斩为绞”，再交由大臣群议，皇帝裁夺；“周代法制，较后代简略，推本经‘丽邦法附刑罚’之意，是议定之后，加以刑罚，议之特权，操于小司寇。”〔6〕由此可以看到两者之

〔6〕 董康：《春秋刑制考》“八辟”条，收入何勤华、魏琼编：《董康法学文集》，中国政法大学出版社 2005 年版，第 255 页。

差异。正因其有不同,进而可以推断,应当是汉代生活中有了不同于周之八辟的新制出现,在语词概念上才出现八议的说法。

其次,汉儒所称周之八议当是用汉代新制代称旧制。上表所列十则资料,皆东汉人称述八议之语。奇怪的是,东汉前从未见直呼八议之名的情形。到了公元一、二、三世纪,八议的说法频繁出现绝非偶然,必然是生活中有了八议这一新制度,儒生借其名以代称周代旧制罢了。

此一推想还能得到印证。郑玄在为《礼记》中“刑不上大夫”一语作注时,使用了八议之名,谓“不与贤者犯法,其犯法则在八议,轻重不在刑书。”〔7〕郑玄为东汉著名经学家,其主要学术成果是对儒家经典进行注解,其方法是引用汉代律令制度为儒经中的相关内容作注,史称“引律注经”。其所称引的八议,当非周之八辟。若是周之八辟,依其治学严谨之风格,当照抄其字即可,不可能擅自改作新名;应当是现实律令中已有八议的制度,且其又是源自周代八辟,故引其名以证周制。

第三,从表上所列的后五条材料更能看出,八议在汉代是可以运用的,绝不仅仅是空文。从汉安帝、盖勋、蔡邕、申屠蟠到应劭所说之言,都是当时八议的运用问题。以下仅以蔡邕的《陈球后碑》作一个实证分析(《陈球后碑》系指刻于陈球墓碑阴背面的文字)。

陈球在汉灵帝时曾任廷尉,乃汉时最高审判官。《陈球后碑》称其“父病去官,居家半年,以授廷尉,八议寔□□无牵民,乃迁卫尉,遂作司空。”碑文中明确出现了八议二字,遗憾的是“寔”字后缺两字,难以确知其意。凡碑文之言,当是对死者盖棺定论之语,所述所涉,必是冢中人亲历亲为之事,而绝非他人它事。藉以推断,八议使用在此,无外乎两种情况:要么是陈球曾因犯案而在定罪量刑时享受过八议的法律照顾,要么是陈球作廷尉时曾运用八议来解决案件。参考《后汉书》本传,陈球在建宁年间(168—171),“迁南阳太守,以纠举豪右,为仇家所谤,徵诣廷尉抵罪。会赦,归家。”这说明他确曾受谤涉案被问罪,后来被免了刑,此八议之运用很可能是前一种情况。但无论是哪种情况,皆可证八议在此时已成为现实中的法律制度。

(三) 为何汉代不称八辟而称八议

八议与八辟之渊源脉落十分明显,已为史家所定论。既然八议是对八辟的沿袭承继,为何不照搬其名而要另作新名?这恐怕与汉代的政治风气有关。汉之国事,多议而后行,故前三史中,常见“朝议”、“廷议”、“驳议”、“下公卿议”、“列侯吏二千石议”等记载。洪迈《容斋随笔》卷二《汉采众议》中列举了汉朝八次重要的议事活动,最后认为:“此八事者,所系利害甚大,一时公卿百官既同定义矣。……每事皆能如是,天下其有不治乎?”《文心雕龙》亦称:“迄至有汉,始立驳议。……藹藹之士,发言盈庭。”〔8〕汉代议事之盛况,跃然纸上。

两汉重议,以帮助其合理决策,已成为一种治理风尚。此风及于法制建设,出现八议这样的法律制度,或者将这样的法律制度叫做八议也就顺理成章。早在西汉前期,就有用“议”的方法处理案件的实例。淮南厉王刘长系汉高祖刘邦少子,于文帝六年(公元前174年)谋反,被有司定处弃市之刑。文帝制曰:“朕不忍置法于王,其与列侯吏二千石议。”议后,赦刘长死罪,废其王位,移居蜀地。〔9〕此“议”,史家吴恂认为就是八议。〔10〕刘长能通过议罪免去死刑,即为适用八议之结果。又如《汉书·东方朔传》载:“隆虑公主子昭平君醉杀主傅,系狱内官,以公主子,廷尉上请请论。”论者,议也,此又一议罪减刑之例。前已言及“八辟重在辟,即偏重刑罚;

〔7〕《礼记·曲礼上》郑玄注。

〔8〕(宋)李昉等编:《太平御览(五)》卷五九五,《文部·议》引《文心雕龙》,河北教育出版社1994年版,第683页。

〔9〕《汉书·淮南衡山济北王传》

〔10〕吴恂在《汉书注商》的案语中说:“吏二千石,盖统九卿等而言,安有朝廷八议而使郡守与之,王说非是。”该书为上海古籍出版社1983年版,见第115页。

八议重在议，则偏重程序”，这种表面的语词区别，反映了深层次的法律演化。盖人类文明愈进步，就愈重视用严格的程序来体达正义。八议之出现正是中华法制文明进化的必然结果。

三、汉代诸种法律中的八议遗存

如果说用八辟到八议的名称变化来证明八议为汉制的观点尚不足以令人信服的话，那么，若能在汉代法律中寻找八议的具体内容，则可使这一观点得到进一步的支撑。现收集散见于汉法中八议的各种“议”法，通过归纳分析，观察其在汉代法律中是如何被确立为系统制度的。

（一）议功、议亲

张家山汉简《具律》有下述三条材料：

“上造、上造妻以上，及内公孙、外公孙、内公耳玄孙有罪，其当刑及当为城旦舂者，耐为鬼薪白粲。（八二）

公士、共士妻□□及行年七十以上，若年不盈十七岁，有罪当刑者，皆完之。（八三）

吕宣王内孙、外孙、内耳孙玄孙，诸侯王子、内孙耳孙、彻侯子、内孙有罪，如上造、上造妻以上。（八五）”〔11〕

汉简的记载与传世文献的记载可以互证。公元前194年，汉惠帝即位，赐令：“上造以上及内外公孙耳孙有罪当刑及当城旦舂者，皆耐为鬼薪、白粲。”〔12〕刑指肉刑，城旦舂为四岁刑。耐为剃掉鬓发、胡须，是判处劳役刑时并处的附加刑，又叫“完”刑；鬼薪、白粲皆三岁刑。可见汉代的律、令中，均有关于议罪减刑的规定。享受议罪减刑特权的人，如其有罪应判处肉刑或四岁刑，应减为三岁刑、并处耐刑。

对汉简《具律》中的条文，曹旅宁先生认为其“可看作‘八议’制度的早期形态”。〔13〕参考汉人应劭对惠帝令文的注释：“今以上造有功劳，内外孙有骨肉属媿，施德布惠，故事从其轻也。”笔者以为，上述律令规定的议罪减刑对象有两类：一是“功”，即“上造以上”。汉爵位二十等，第二等为上造。〔14〕二是“亲”，即“内外孙”等有血缘亲情者，其范围为“内外公孙谓王侯内外孙也。耳孙者，玄孙之子也。言其曾高益远，但耳闻之也。”〔15〕

此系律、令中所见议亲、议功之制。

（二）议亲、议贤、议贵

这三种议的对象，见于东汉初年经学家郑众（又称“郑司农”，？—公元83年）的经注。他在为《周礼》“八辟”作注时说，周之“议亲之辟”中的“亲”，相当于汉代的“宗室”，即皇亲；“议贤之辟”中的“贤”，相当于汉代“廉吏”；“议贵之辟”中的“贵”，相当于汉代“墨绶”以上的官吏。〔16〕郑众在这里称述的“亲”、“贤”、“贵”，当为汉代法律中的规定，而非《周礼》中的概念转述。贾公彦作疏时说得很清楚：“先郑（指郑众）推引汉法墨绶为贵，若据周，大夫以上皆贵也。墨绶者，汉法。丞相，中二千石，金印紫绶；御史大夫，二千石，银印黄绶；县令，六百石，铜印墨绶是也。”〔17〕也即是说，依周礼，大夫以上的贵族为“贵”；按汉法，墨绶以上

〔11〕 张家山汉墓竹简整理小组编：《张家山汉墓竹简【二四七号墓】》，文物出版社2004年版，第145页。

〔12〕 《汉书·惠帝纪》

〔13〕 曹旅宁：《张家山汉律研究》，中华书局2005年版，第97页。

〔14〕 颜师古注曰：“上造，第二爵名也。”自此往上为簪袅、不更、大夫等，直至关内侯、彻侯，共二十等。见《汉书·惠帝纪》颜师古注。

〔15〕 《汉书·惠帝纪》应劭注。

〔16〕 《周礼·秋官·小司寇》郑玄注引。

〔17〕 同上，贾公彦疏。

的官吏为“贵”，其范围包括县令、御史大夫、丞相等。且贾氏两次明确指出，此“贵”为“汉法”之规定。

至于“亲”、“贤”两议的对象，贾氏虽未明说郑众也是“推引汉法”以注“八辟”经义，然依其注疏体裁（相同的并列对象，只疏其一，余可推知），可以断定，郑众所言“宗室”、“廉吏”仍然是汉法所定的“亲”、“贤”之范围。^{〔18〕}

（三）议贤、议能

许慎在《说文解字》中提到过“议贤”、“议能”。“罷，遣有辜也，从网能。网，辜网也。言有贤能而入网，即貰遣之。《周礼》曰议能之辟是也。”^{〔19〕}说明汉代有“罷”这个字，专门用来表示“贤能”之士犯罪而予以宽宥之意。佐以同时代人之论述，郑玄云：“贤者，有德行者。能者，有道艺者。……郑司农云：‘兴贤者，谓若今举孝廉；兴能者，谓若今举茂才’。”^{〔20〕}可以看出，此时八议中“贤”、“能”这些概念，已有了比较明确的内涵。文化是对现实生活的再现。据许氏此语推测，应该是汉代政治法制生活中有了“议贤”、“议能”的制度，才在文化上出现专门的字词；有了这专用的“罷”字，文字学家才有为其作注的必要。

此为文字学中的“议贤”、“议能”之词，所表达的应是汉代法律中的制度。

（四）议勤

笔者遍查汉史资料，虽未发现关于议勤的律令规定，却得相关案例一则。伏波将军马援死后，有人向皇帝上书陷害他，致使家人不敢将其归葬“旧茔”。前云阳令同郡朱勃深感不平，诣阙上书历数马援功劳，“惟（马）援得事朝廷二十二年，北出塞漠，……卒遇三夫之言，横被诬罔之讒，家属杜门，葬不归墓。……若援，所谓以死勤事者也。愿下公卿平援功罪，宜绝宜续，以厌海内之望。”^{〔21〕}

汉代多有“下公卿、朝臣议”的现象。此处所谓“愿下公卿平援功罪”，“平”通“评”，即“议”之意也，可见朱勃是希望朝廷启动“议”的程序来善处马援案，其依据就是马援是“以死勤事者”。将此类案件归入议勤之列，可从《三国志·杜恕传》的记载得到旁证。幽州刺史杜恕被征北将军程喜弹劾，“下廷尉，当死。以父畿勤事水死，免为庶人，徙章武郡，是岁嘉平元年（249年）。”此处之“以父畿勤事水死”，后世史家都是作为“议勤”来看待的。前后两案所用术语相同，在魏为“议勤”，在汉亦当为“议勤”也。由此可见汉代是存在“议勤”的。

综上，亲、贤、能、功、贵、勤六议，俱可在汉法中寻得遗存。除亲、功两议确知其为律、令中规定外，其它则不知其为律为令，或为科为比？抑或为律章句？然无论其是律、令、科、比中的规定，还是律章句中的规定，均可统揽于汉代法律体系之内。

八议中已有六议见于汉法，其余故、宾二者，虽难以觅见确凿之记载，但可从汉末律家应劭的一句话得到补证。他说：“夫亲故贤能功贵勤宾，岂有次、玉之科哉？”^{〔22〕}其言表明，汉代法律已划定了这八种人物的具体范围。在其范围内的人，当享受议罪减刑的特权；不在其范围，则严格依法定罪量刑。以此，我们基本上可以证明，八议之法在汉代已经开始，且已形成较为系统的法律制度。

〔18〕 沈家本先生认为：郑众所言即汉时议亲、议贤、议贵，“是《汉律》有此三者而无余五者，不尽用《周官》八议之法。”惜其未作深究。见（清）沈家本：《历代刑法考·明律目笺·八议》引《东华录》，中华书局1985年版，第1790页。

〔19〕（汉）许慎撰，（清）段玉裁注：《说文解字段注》，成都古籍书店1981年影印版，第378页。

〔20〕《周礼·地官司徒》郑玄注。

〔21〕《后汉书·马援传》

〔22〕《后汉书·应劭传》

四、汉代司法中适用八议的案例

如果说名称的变化、法律之遗存，还不能完全说明八议在汉代已经法制化的话，那么，法律实践中对八议的运用，则足可作全面的证明。无法想象，一个在司法中反复适用的制度，而在立法中没有规定。根据笔者掌握的史料进行统计，汉代具体适用八议的案例有四个。兹逐一析之。

案例一：兄母代死案

汉安帝时，河间人尹次、颖川人史玉，皆坐杀人罪当死。尹兄初和玉母浑氏并诣官曹求代其命，因缢而物故。尚书陈忠以罪疑从轻，议活次、玉。应劭后追驳曰：“陈忠不详制刑之本，而信一时之仁，遂广引八议求生之端。夫亲故贤能功贵勤宾，岂有次、玉之科哉？……败法乱政，悔其可追。”〔23〕

陈忠“明习法律”，永初（公元107年—113年）年间，居三公曹。在处理尹次、史玉案时，“议活次、玉”。后来应劭批驳陈忠做得不对，认为尹次、史玉二人，不属于“亲故贤能功贵勤宾”中的任何一科，不得减轻刑罚。而陈忠明知其不属于八议人物，却为其开脱死罪，等于“败法乱政”。换个角度思考，如果尹次、史玉属于八议之中某一科，则陈忠就不是“败法”，而是依法办案了。这里的“法”字，至为关键。所败何法？所守何法？八议之法也。由此可证，由安帝到应劭生活的灵、献帝时期，汉法中肯定已有了全面规定八议制度的“法”。

案例二：刘棻不道案

安帝时，刘棻为乐成王，到国后，“骄淫不法，愆过累积”，被冀州刺史与相国弹奏“罪至不道”。安帝诏曰：“棻有觐其面，而放逸其心。知陵庙至重，承继有礼，不惟致敬之节，肃穆之慎，乃敢擅损牺牲，不备苾芬。慢易大姬，不震厥教。出入颠覆，风淫于家，娣取人妻，馈遗婢妾。殴击吏人，专己凶暴。愆罪莫大，甚可耻也。朕览八辟之议，不忍致之于理。其贬棻为临湖侯。”〔24〕按汉律有“不道”罪，〔25〕其法律后果为死刑。安帝诏令犹如今日之判决书，先历数其坏礼教、淫人妻、殴吏人三大罪状，构成“不道”是无疑问，然因有八议的法律依据，还是不能判刘棻死刑，只得将其贬为临湖侯。

《后汉书·孝明八王列传》注引袁宏《后汉纪》曰：“尚书侍郎冷宏议，以为自非圣人，不能无过，故王太子生，为立贤师傅以训导之。是以目不见恶，耳不闻非，能保其社稷，高明令终。（刘）棻少长藩国，内无过庭之训，外无师傅之道，血气方刚，卒受荣爵，几微生过，遂陷不义。臣闻周官议亲，愆愚见赦。棻不杀无辜，以谴呵为非，无赫赫大恶，可裁削夺损其租赋，令得改过自新，革心向道。”此处将该案适用八议的具体名目说得更明确，指出其系议亲之例。

案例三：缙玉复仇案

顺帝时期，陈缙氏之大女缙玉，其夫之从母兄弟杀其父，缙玉乃为父报仇，杀死凶手，被官府逮捕打入监狱，判处极刑。有名士申屠子龙者，缙玉同县人也，嘉其义勇，奏记于县曰：“伏闻大女缙玉，为父报仇，狱已决，不胜感悼之情，敢陈所闻。……假玉不值明时，尚望追旌闾墓，显异后嗣，况事在清听，不加八议，哀矜之贷，诚为朝廷痛之。”〔26〕

申屠子龙即申屠蟠，《后汉书》有传，生年不详，卒于董卓迁都长安（190年）之后，终年74岁。其为大女缙玉上表陈情时，年仅15岁。按时间推算，该案应该发生在公元130年前后，

〔23〕 同前引〔22〕。

〔24〕 《后汉书·孝明八王列传·乐成靖王党传》

〔25〕 《汉书·翟方进传》如淳注引汉律曰：“律，杀无辜一家三人为不道。”

〔26〕 同前引〔8〕，《太平御览（四）》卷四四一，《人事部·贞女下》引杜预《女记》曰。

即汉顺帝时期。当时主管案件的是外黄令梁配，“欲论杀玉”。因申屠蟠以八议进谏，“配善其言，乃为谏得减死论。乡人称美之。”^{〔27〕}此八议成功运用于司法之又一例证。

案例四：黄雋失期案

汉灵帝中平元年（公元184年），黄巾军暴动，原武威太守酒泉黄雋被征发，“失期”，即没按时到达指定地点。凉州刺史梁鹄欲奏诛黄雋，盖勋为言得免。雋以二十斤黄金相谢。盖勋辞曰：“吾以子罪在八议，故为子言。吾岂卖评哉。”^{〔28〕}

盖勋为汉阳长史，以刚直有识著称，素孚众望。本案中，盖勋为犯有“失期”罪的黄雋辩护，其辩护的法定理由就是八议。秦法“失期”当斩，汉是否袭秦此法不可考。然稽汉之“军法，行而逗留畏懦者要斩。”^{〔29〕}逗留行止在汉军法中叫“逗桡”，^{〔30〕}罪轻于“失期”，都要判腰斩之刑；失期罪重，更是必死无疑。但因黄雋曾任太守之职，属于“议贵”的范围，盖勋为之辩护的法律依据又是八议，以故司法机关不得不采纳其意见，免去黄雋死刑。

以上四个案例，分布于汉安帝（107—125）、顺帝（126—144）到灵帝（168—188）时期，加上应劭（？—204年）的评议，前后跨度几近百年，案件类型各有不同，但都适用了八议进行处理。这就足以证明，汉代法律中确实已有八议制度，且成为司法机关必须遵循的准据。

藉上述论证考辨可知，《唐六典》称“八议入律，始于魏”，依此仅仅可推出这样的结论：曹魏以前的律典中没有八议的明确规定，但不能因此就说此前的法律中没有形成八议的制度。事实上，汉代律典中已有八议之部分内容，律外诸如令、比、律章句等其他法律形式中已对八议做出了较为系统的规定，而且司法活动中已较为广泛地运用八议的办法来处理案件。曹魏将八议写入《新律》，正是对汉代既有制度的继承和肯定。因此，八议制度实始于汉。

Abstract: *Bayi*, as a legal rule in ancient China, has conventionally been believed to be primarily made in the period of Cao — Wei. The author of this paper concludes that *Bayi* was made systematically early in the Han dynasty. First of all, although the rule of *Bayi* had been established in the Zhou dynasty, it was abolished in the Spring and Warring times when the new force strongly demanded the legal privileges exclusively owned by the former aristocratic class be abolished. It was in the early Han dynasty that *Bayi* was resumed as a frequently quoted legal concept. In the second place, from the legal heritage handed down from the Western and Eastern Han dynasties, we can find most of the essential constituents of *Bayi*. According to the rule of *Bayi*, when eight kinds of person committed a crime, the punishment should be decided after argument, so as to give them special lenience. Furthermore, from the ancient classics like *Ji Lv* and *the History of the Han Dynasty*, and the interpretation of Confucius classics by citing legal regulations by ancient classicists, we can find the specific scope of the eight kinds of person and how to reduce penalty for them. The last point is that the judicial practice in the Han dynasty had conventionally taken *Bayi* as a legal basis for the conviction and measurement of penalty.

Key Words: *Bayi*, imperatives and ordinances, the legal systems in the dynasties of Han and Wei

〔27〕《后汉书·申屠蟠传》

〔28〕《后汉书·盖勋传》注引司马彪《续汉书》。

〔29〕《汉书·韩安国传》如淳注引。

〔30〕同上。应劭注曰：“逗，曲行避敌也；桡，顾望也。军法语也。”