

中國文化叢書

第一輯

中國法律思想史

下

楊鴻烈著

主編者
王雲五
傅緯平

商務印書館發行

中國法律思想史下冊

第四章 儒家獨霸時代

所謂「儒家獨霸時代」是包括自秦亡、漢興、歷三國、魏、晉、南北朝、隋、唐、五代、宋、元、明以至前清末季兩千餘年很長的時間，這裏還得有兩個問題：即（一）儒家真的是獨霸嗎？有的人舉漢書藝文志的記載，如——

「漢興，改秦之敗，大收篇籍，廣開獻書之路，迄孝武世，書缺簡脫，禮壞樂崩，聖上喟然稱曰：『朕甚閔焉！』於是建藏書之策，置寫書之官，下及諸子傳說，皆充祕府。」

是武帝對諸子之學不惟無摧殘的罪過，且有流傳的功勞，又舉前書記 武帝以後的事實說：

「成帝時以書頗散亡，使謁者陳農求遺書於天下，詔光祿大夫 劉向校經傳諸子詩賦……」

會向卒哀帝復使向子侍中奉車都尉歆卒父業，歆於是總羣書而奏其七略，故有輯略，有六藝略，有諸子略，有詩賦略，有兵書略，有術數略，有方技略……」

是假使武帝真的禁止人研究儒家以外的異端，那又何必要命令劉向父子去校定諸書呢？這樣的質難不爲無理，但不幸漢書除以上兩條而外，又明明白白的記載着儒家獨霸的事實，如：

董仲舒傳說：「自武帝初立，魏其武安侯爲相，而隆儒矣，及仲舒對策，推明孔氏，抑黜百家。」

……」

武帝紀說：「建元元年冬十月，詔丞相御史列侯中二千石二千石諸侯相，舉賢良方正直言極諫之士，丞相（衛）綰奏：「所舉賢良或治申商韓非蘇秦張儀之言，亂國政，請皆奏罷。」可。」

這後一條較前一條的記載尤爲重要，因爲假使武帝不獨尊儒家，罷黜百家的話，爲什麼要「可」衛綰的奏呢？再說武帝爲什麼要獨尊儒家？這也和史記秦始皇本紀所記始皇說：「吾悉召文學……士甚重欲以興太平。」是同樣的理由，因爲帝王治天下總不能全憑武力，不講教化而講教化。

且「治具」最完備的祇有儒家够資格；何況漢朝建國在春秋以降五百年長期戰爭之後；再加以秦朝的暴虐；楚漢的紛爭；人民早已是在水深火熱之中；所以漢書食貨志就有說：

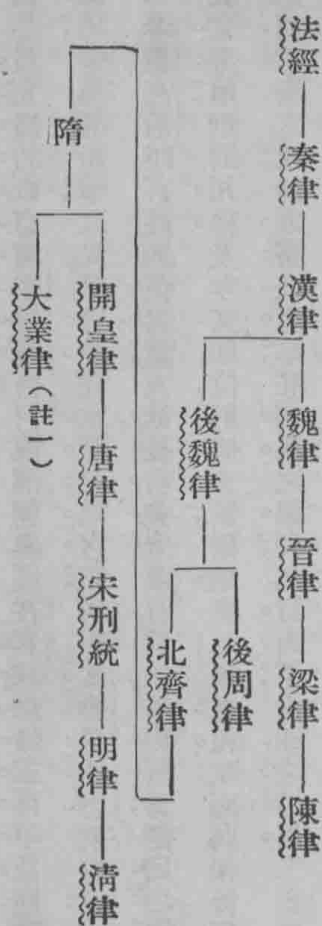
「孝惠高后時，百姓新免毒蠱，人欲長幼養老，蕭、曹爲相，填以無爲，從民之欲，而不擾亂，是以衣食滋殖，刑罰用稀。及孝文卽位，躬修玄默，趣農桑，減省租賦，而將相皆舊功臣，少文多質，懲惡亡秦之政，論議務在寬厚，恥言人之過失，化行天下，告訐之俗易……風流篤厚，禁網疏闊，選張釋之爲廷尉，疑者予民，是以刑罰大省，至於斷獄四百，有刑錯之風。」

刑法志也記載——

「文帝十三年……下令曰：『制詔御史：蓋聞有虞氏之時，畫衣冠異章服以爲戮，而民弗犯，何治之至也！今法有肉刑三，（孟康曰：『黥，劓二；別左右趾合一，凡三也。』）而姦不止，其咎安在……詩曰：『愷弟君子，民之父母。』今人有過，教未施而刑已加焉，或欲改行爲善，而道亡繇至，朕甚憐之。夫刑至斷支體，刻肌膚，終身不息，何其刑之痛而不德也！豈稱爲民父母之意哉？其除肉刑有以易之。』」

這段話還不彰明較著的淵源於儒家的思想嗎？由此可見漢時獨尊儒家乃是對自戰國至秦以來盛極一時的任刑的法治主義的極大反動。又儒家學說經歷兩漢在社會上的勢力業已造成，後此三國魏晉南北朝隋唐五代宋元明清的君主自然也一循舊貫尊儒家學說。若「天之經，地之義」而兩千年來中國的法律思想也就成為儒家的法律思想了。

第（一）問題已解答如上，還有（二）儒家思想支配兩千年來法律內容全體的根原理實在沒有重大改變和衝突的地方嗎？按本書導言曾引程樹德先生中國法制史所說「律分南北二支」的話，程先生的九朝律考又有律系表如下：



著者不敢贊同程先生的意見已略述於導言，又在程先生前主張此說的有章炳麟先生，聽說章先生因民國初年受了袁世凱的監禁侮辱，所以心裏總橫着一個「北方鮮卑」的成見，他的文錄裏五朝法律索隱一文，到處宣揚晉律的優點，但不免「望文生義」，「強作解人」，把晉律弄得去事實甚遠，同時就痛罵——

「（後魏）鮮卑亂制，至今爲梗，甚乎始造桐人以葬者……」

「（北齊）鮮卑僭盜，始有「十惡」之刑，其有反叛惡逆不敬諸條，則隨事可以比傳，明以法律擁護政府，且重於擁護王后者」。

但關於「十惡」，章先生也承認是「自漢之亡，其風漸息，昌之者則鮮卑也」，是鮮卑原本於漢律並非「始作俑者」，著者在舊作中國法律發達史裏曾逐條加以批評，（註二）所以兩千年來在儒家思想支配下的中國法律內容全體的根本原理實在沒有什麼重大改變和衝突的地方，現將這時間很長材料極多的法律思想分爲兩大部分講述：

第一部 一般法律原理的泛論

甲、陰陽五行等天人交感及諸禁忌說

陰陽五行是中國人的思想律，是中國人對於「宇宙系統」「人事現象」的信仰，二千餘年以來都有極強固的勢力，所以古今圖書集成五行類就將所有事物都看做與五行有關，如說：

「……子復讎何法？土勝水，水勝火也。子順父，臣順君，妻順夫，何法？法地順天也。男不離父母，何法？火不離木也。女離父母，何法？水流去金也。娶妻親迎，何法？法日入陽下陰也……」

此外還有「君子遠子近孫」「父爲子隱，子爲父隱」「長幼」「朋友」「君一娶九女」等等，無不取法於陰陽五行。按中國最早拿陰陽五行之說來闡明法理的要數董仲舒，據漢書本傳說：

「……武帝卽位，舉賢良文學之士，前後百數，而仲舒以賢良對策焉……」

「臣謹案春秋之文，求王道之端，得之於正。正次王，王次春，春者，天之所爲也；正者，王之所爲也；其意曰：上承天之所爲而下以正其所爲，正王道之端云爾。然則王者欲有所爲，宜求其端於天。天道之大者在陰陽，陽爲德，陰爲刑，刑主殺而德主生，是故陽常居大夏而以生育養長爲事，陰常居大冬而積於空虛不同之處，以此見天之任德不任刑也。天使陽出，布施於上而

主歲功，使陰伏於下而時出佐陽，陽不得陰之助，亦不能獨成歲，終陽以成歲爲名，此天意也。王者承天意以從事，故任德教而不任刑，刑者不可任以治世，猶陰之不可任以成歲也。爲政而任刑，不順於天，故先王莫之肯爲也。今廢先王德教之官，而獨任執法之吏治民，毋乃任刑之意與？孔子曰：「不教而誅，謂之虐。」（師古曰：「論語載孔子之言」）虐政用於下而欲德教之被四海，故難成也。……古者修教訓之官，發以德善化民，民已大化之後，天下常亡一人之獄矣。今世廢而不修，亡以化民，民以故棄行誼而死財利，是以犯法而罪多，一歲之獄以萬千數，此見古之不可用也。……」

仲舒所著的春秋繁露是拿陰陽五行來講春秋的微言大義，所以其篇目有五行逆順、五行對、五行之義、陰陽位、陰陽終始、五行五事、陰陽義、陰陽出入、五行相生、天地陰陽……等，就中有關於法律思想的如陽尊陰卑第四十三說：

「陰陽理人之法也。陰，刑氣也；陽，德氣也。陰始於秋，陽始於春。春之爲言猶僭僭也，秋之爲言猶湫湫也。僭僭者，喜樂之貌也；湫湫者，憂悲之狀也。是故春喜夏樂，秋憂冬悲，悲死而樂生。以

夏養春，以冬喪秋，大人之志也；是故先愛而後嚴，樂生而哀終，天之當也，而人資諸天，大德而小刑也。是故人主近天之所近，遠天之所遠，大天之所大，小天之所小，是故天數右陽而左陰，務德而不務刑，刑之不可任以成世也，猶陰之不可任以成歲也。爲政而任刑，謂之逆天，非王道也。

此外如天辨在人第四十六、四時之副第五十五也是如此，又五刑相生第五十九說：

「北方者水，執法司寇也。……清廉平，賂遺不受，請謁不聽，據法聽訟，無有所阿，孔子是也。……」

五行逆順第六十也是發揮五行的道理。西漢學者除董仲舒外還有桓寬所著鹽鐵論論舊篇記當時「文學」（卽儒徒）和「大夫」（卽法吏）的辯論：

「大夫曰：『金生於巳，刑罰小加，故薺麥夏死，易曰：『履霜，堅冰至。』秋始降霜，草木隕零，合冬行誅，萬籟畢藏，春夏生長，利以行仁，秋冬殺藏，利以施刑，故非其時，而樹雖生不成，秋冬行德，是謂逆天道，月令涼風至，殺氣動，蜻蛚鳴，衣裘成，天子行微刑，始驅腰以順天令。』」

「文學曰：『天道好生惡殺，好賞惡罰，故使陽居於實而宣德施，陰藏於虛而爲陽佐輔，陽剛陰柔，不能加孟，此天賤冬而貴春，申陽屈陰，故王者南面而聽天下，背陰向陽，前德而後刑也。霜雪晚至，五穀猶成；雹霧夏隕，萬物皆傷。由此觀之，嚴刑以治國，猶任秋冬以成穀也。故法令者，治惡之具也，而非至治之風也。是以古者明王，茂其德教而綏其刑罰也。網漏吞舟之魚，而刑審於繩墨之外，反臻其末而民莫犯禁也。』」

詔聖篇記

「文學曰：『……春夏生長，聖人象而爲令；秋冬殺藏，聖人則而爲法。故令者，教也，所以導其民人；法者，刑罰也，所以禁強暴也。二者治亂之具，存亡之效也。……』」

按「經書」裏禮記的月令篇既見於呂氏春秋，據說是漢戴氏所收編的，此文將一切司法行爲，須應於天時的原理，加以很具體的說明如——

「仲春之月，安萌芽，養幼少，存諸孤，命有司省囹圄，去桎梏，毋肆掠，止獄訟。」

丘濬大學衍義補加以解釋說：「仲春之月，乃陽氣發生之候，故安萌芽，養幼少，存諸孤，是

雖草木之微亦加安養之仁；孤幼之子，咸致存養之惠。若夫人之不幸而入於囹圄，雖其自取之罪，然皆吾之赤子也，當此陽和之時，而存惻怛之心，天地之德，父母之心也。」

（註三）

日本蘆野德林無刑錄也有解釋說：「天地大德曰生，春三月乃生德發陳之時也，先王於是時禁伐木，安萌芽，生而勿殺，予而勿奪，賞而勿罰，此春氣之應，養生施仁之道也。漢章帝方春降詔曰：「人君伐一草木不時，謂之不孝」。……人君之道，以則天順時，廣好生之德爲本，雖一草一木之微，亦必安而養之矣，而況於圓顱方趾，萬物之靈，或失本心，蚩蚩蠢蠢，昧乎犯法，入囹圄，被桎梏，而罪非其性也哉？此君人者尤所當惻然軫念，勤加愍恤也……」（註四）

『孟夏之月，斷薄刑，決小罪，出輕繫』。

丘濬說：『孟夏之月天氣始炎，將馴至於大暑也，恐罪人之繫於囹圄者，氣相鬱蒸，或致疾疫，故於是時也，於刑之薄者即結斷之不使久繫，罪之小者，即決遣之，不使收繫，繫之輕』

者，卽縱出之，不使復繫，先王恤獄之仁也。或者謂正陽之月，於陰事未宜大有施設，失先王之意也。」（註五）

按這樣理論影響到法律上，卽成爲「熱審」的開端。明會典刑部事例有「熱審」的名稱，但記事很簡略，清嘉慶會典刑部恤刑之典附例所述較詳，如說：

「每年小滿後十日起至立秋前一日止，如立秋在六月內則以七月初一日爲止，除內外問刑衙門之軍流徒犯及竊盜鬥毆傷人罪應杖笞人犯不准減免外，其他杖罪人犯各減一等笞罪，寬免枷號者，暫行保釋，俟立秋後，照例減等補枷。凡犯案之審題在「熱審」之先發落，在熱審期內者，照前減免……」（註六）

「仲夏之月，挺重囚，益其食。是月也，百官靜事無刑，以定晏陰之所成。」

陳澧說：「刑，陰事也；舉陰事則是助陰抑陽，故百官府刑罰之事皆止靜而不行也。凡天地之氣順則和，競則逆，故能致災咎，此陰陽相爭之時，故須如此謹備。晏，安也；陰道靜，故云晏。陰及其定而至於成，則循序而往，不爲災矣。是以未定之前，諸事皆不可忽也。」（註七）

「孟秋之月，命有司脩法制，繕囹圄，具桎梏，禁止姦，慎罪邪，務搏執，命理（治獄之官）瞻傷（損皮膚）察創（與瘡同），視折（損筋骨）審斷（骨肉皆絕），決獄訟，必端平，戮有罪，嚴斷刑，天地始肅，不可以贏（贏，有寬緩之意）。」

丘濬說：「刑者，陰事也，陰道屬義，人君奉天出治，當順天道肅殺之威，而施刑害殺戮之事，所以法天時，行義道也。然秋之爲秋，所以成乎春義之爲義，所以全乎仁有春而無秋，則生物不成；有仁而無義，則生民不安。方天地始肅之時，則不可以贏，亦猶天地始和之時，不可以縮也。是則聖人之用刑，雖若不得已而實不容已也。於不容已之中，而存不得已之心，不容已者，上天討罪之義，不得已者，聖人愛物之仁。」

按月令篇此文爲後代「秋審」制度的根據，清嘉慶會典就有說：

「凡各省秋決之囚，得旨監候，越歲審其應決與否而上之，謂之秋審。」（註八）

日本織田萬博士清國行政法所述更詳，如說：

「秋審裁判一年一次，八月開之，始於總督巡撫之審問，經三法司審議，而終於皇帝之

裁斷。各省督撫每年四月在其衙門開法廷擬律，至五月中，一面上奏皇帝，一面通知刑部，刑部俟各省奏冊齊至，分罪類而印刷之，以七月初旬供御覽，皇帝八月中旬使三法司會審，故曰秋審……」（註九）

「仲秋之月，乃命有司申嚴百刑，斬殺必當，毋或枉撓。枉撓不當，反受其殃。季秋之月，乃趣獄刑，毋留有罪。孟冬之月，是察阿黨，無所掩蔽。」

丘濬說：「自古斷決死刑皆以孟冬之月，凡有罪人於死刑者，必先訊問詳讞之，至於是純陰之月乃施刑焉……」（註一〇）

可見這種思想實有支配中國司法界兩千多年的威力。再看諸史：後漢章帝元和二年有詔說：

「方春生養，萬物孳甲，宜助萌陽，以育時物，其令有司罪非殊死，且勿案驗；及吏人條書相告，不得聽受。冀以息事寧人，敬奉天氣，立秋如故。」又詔說：「春秋於春每月書王者，重三正慎三微也。律十二月立春不以報囚，月令冬至之後，有順陽助生之文，而無鞠獄斷刑之政，朕咨訪儒雅，稽之典籍，以爲王者生殺宜順時氣，其定律，無以十一月十二月報囚。」是年旱，長水

校尉賈宗等上言，以爲斷獄不盡三冬，故陰氣微弱，陽氣發泄，招致災旱。帝以其言下公卿議，尙書陳寵奏：

「冬至之節，陽氣始萌，故十一月有蘭射干芸荔之應。時令曰：諸生蕩安形體，天以爲正，周以爲春。十二月陽氣上通，雉雊鷄乳，地以爲正，殷以爲春。十三月陽氣已至，天地已交，萬物皆出，蟄蟲始振，人以爲正，夏以爲春。三微成著，以通三統。周以天元，殷以地元，夏以人元，若以此時行刑，則殷周歲首皆當流血，不合人心，不稽天意。月令曰：孟冬之月，趣獄刑，無留罪，明大刑畢在立冬也。又仲冬之月，身欲寧，事欲靜，若以降威怒，不可謂寧。若以行大刑，不可謂靜。議者咸曰：旱之所由，咎在改律，臣以爲殷周斷獄，不以三微，而化致康平，無有災害，自元和以前，皆用三冬，而水旱之異，往往爲患，由此言之，災害自爲它應，不以改律。秦爲虐政，四時行刑，聖漢初興，改從簡易，蕭何草律，季秋論囚，俱避立春之月，而不計天地之正，二王之春，實頗有違。陛下探幽析微，允執其中，革百載之失，建永年之功，上有迎春之敬，下有奉微之惠，稽春秋之文，當月令之意，聖功美業，不宜中疑。」

書奏，帝納之，遂不復改。」

丘濬說：「寵之此言，以殷、周非徒改月朔，但改其時，漢去古未遠，必有所據，斷決死囚必以十月，以其純陰之月也，因寵此言，後遂以爲定制。」（註一一）

和帝末下令，麥秋得案驗薄刑，而州郡好以苛察爲政，因此遂盛夏斷獄，司徒魯恭上疏諫曰：

「臣伏見詔書，敬若天時，憂念萬民，爲崇和氣，罪非殊死，且勿案驗，進柔良，退貪殘，奉時令，所以助仁德，順昊天，致和氣，利黎民者也。舊制，至立秋乃行薄刑，自永元十五年以來，改用孟夏，而刺史太守不深惟憂民息事之原，進良退殘之化，因以盛夏徵召農人，拘對考驗，連滯無已。司隸典司京師，四方是則，而近於春月分行諸部，託言勞來貧人，而無惻隱之實，煩擾郡縣，廉考非急，逮捕一人，罪延十數，上逆時氣，下傷農業，案易五月始用事，經曰：『后以施令，詰四方，言君以夏至之日施命令，止四方行者，所以助微陰也。』行者尙止之，況於逮召考掠奪其時哉？比年水旱傷稼，人饑流冗，今始夏百穀權輿，陽氣胎養之時，自三月以來，陰寒不暖，物當化變，而不被和氣，月令：『孟夏斷薄刑，出輕繫，行秋令，則苦雨數來，五穀不熟。』又曰：『仲夏挺重囚，」

益其時，行秋令，則草木零落，人傷於疫；夫斷薄刑者，謂其輕罪已正，不欲令久繫，故時斷之也。臣愚以爲今孟夏之制，可從此令；其決獄案考，皆以立秋爲斷，以順時節，育成萬物，則天地以和，刑罪以清矣。」（註一二）

又明世宗嘉靖二年十二月，吏部侍郎何孟春論陳救災防患之術，其第一條說：

「唐德宗時陸贄上奏，聖人作則，皆以天地爲本。陰陽爲端。慶賞者，順陽之功，行於春夏；刑罰者，法陰之氣，用之秋冬，事或愆時，人必罹咎，典籍垂誠，言固不誣，天人符同，理當必應，既有繫于舒慘，是能致於災祥，雖天所降沴，不在郊畿，然海內爲家，無論遐邇，願滌瑕以德，消沴以和，威惠之相濟合宜，陰陽之運行自序。臣惟今日賞多濫得，罰失公平，可用之財，未歸藏府，最彰之罪，弗正典刑，以月令推之，愆時咎徵，水旱並臻，良有攸自，贄所謂慶賞刑罰者，惟聖明留意。」（註一三）

以上諸史記載的事實都可證明兩千多年來都奉禮記月令篇爲「天經地義」，但也不能說完全沒有反動。如沈家本歷代刑法考所舉隋文帝的一例，如說：