

高明士◆主編
中國法制史叢書



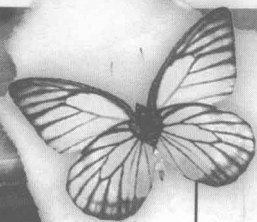
傳統個人、 家庭、婚姻與國家

中國法制史的研究與方法



陳惠馨 著

高明士◆主編
中國法制史叢書



傳統個人、 家庭、婚姻與國家

中國法制史的研究與方法



陳惠馨 著



五南

凝煉知識・品味閱讀

國家圖書館出版品預行編目資料

傳統個人、家庭、婚姻與國家：中國法制史的研究與方法／陳惠馨著．——初版．——臺北市：五南，2006
[民 95]

面；公分

ISBN 957-11-4229-8（平裝）

1.法制史 - 中國 - 論文, 講詞等

580.9207

95001299

中國法制史叢書

IWB8

傳統個人、家庭、婚姻與國家

ISBN 957-11-4229-8

中國法制史的研究與方法

主 編 高明士
作 者 陳惠馨 (263.3)
責任編輯 王兆仙 陳慧宜

發行人 楊榮川
總編輯 王秀珍
企畫主編 黃惠娟
出版者 **五南圖書出版股份有限公司**
地 址 台北市大安區(106)和平東路二段 339 號 4 樓
電話：(02)2705-5066 傳真：(02)2706-6100
台中市駐區辦公室 台中市區中山路 6 號
電話：(04)2223-0891 傳真：(04)2223-3549
高雄市駐區辦公室 高雄市新興區中山一路 290 號
電話：(07)2358-702 傳真：(07)2350-236

網 址 <http://www.wunan.com.tw>
電子郵件 wunan@wunan.com.tw
劃撥帳號 01068953 戶名：五南圖書出版股份有限公司
法律顧問 財團法人資訊工業策進會科技法律中心

出版日期 2006 年 3 月初版一刷

定 價 新臺幣 480 元

※版權所有・欲利用本書全部或部分內容，必須徵求本公司同意※

《中國法制史叢書》總序

法制史的定義為何？歷來學界有許多不同說法，此處無意討論該項問題，但以歷代法律及其制度、思想為基本範圍，大致無異議。本叢書所選取的研究成果，主要也是屬於這一類。法律是基於社會的需要而產生，所以法制史也是歷史學研究的範疇之一，這一點在學界也無異議。但因法律與政治關係密切，尤其中國二千餘年的專制統治，更是史無前例。在這個意義下的法律如何理解，實是史學研究很嚴肅的課題。

歷史是過去所發生的事，歷史學研究就是在解明過去的真相，進而為人類累積智慧，減少錯誤。不幸在歷史上可發現許多事物常被野心家或政客利用，而成為政治的工具，尤其是法律格外明顯。於是歷史的演變常陷入一種弔詭的發展，此即歷史不斷在教訓不知歷史教訓的人。這種悲劇，本來是可以避免的，終於無法避免，是因為人們不重視歷史及其研究而導致的後果。

《大戴禮記》〈禮察篇〉說：「禮者，禁於將然之前；而法者，禁於已然之後。」（參看《漢書》〈賈誼傳〉）這是漢以來常被引用說明禮刑合一的名言。到後漢更有所謂「禮之所去，刑之所取，失禮則入刑，相為表裡者也。」（《後漢書》〈陳寵傳〉）這意思是說一個人的行為，在禮刑約束下，是無所逃於天地之間。禮刑交互為用的規範，的確影響此後二千年間的國家社會秩序。其間的變化，祇是在於禮刑二者的輕重而已。在法制史上，《唐律》被認為引禮入律最具體且最有代表性的法典，也是自古以來保存最完整的文獻。因此，將《唐律》視為中國法制史研究的基礎典籍，並不為過。

我個人於1976年從日本歸國任教後，即於大學部、研究所課程穿插若干法制史教材；1994年以後，更以校際整合方式組成「唐律研讀會」，進行解讀《唐律疏議》，迄今該團隊已經在五南圖書出版公司出版兩冊研究專書，同時有多位成員以法制史作為學位論文，而獲得甚高評價。因此，本叢書擬選取若干冊刊行，以饗讀者。同時邀請著名法學者國立政治大學法律學系陳惠馨教授，討論有關法制史教學與身分法研究；而拙著則為關於隋唐禮律的研究，藉以貢獻學界。

五南圖書出版公司楊榮川先生宏揚法律與教育研究之熱心，不遺餘力，使本叢書得以順利出版，由衷感謝。是為序。

高明士 謹識

2005年2月

自序

本書為一本討論法制史研究與教學的著作。過去一百多年來，西方社會人士與中國人自身，對於中國傳統法律與審判制度的看法，基本上是負面的。例如，德國的社會學家韋伯認為：「中國的官吏是家產制國家的官吏，他們是非專業性的士大夫所出任的官吏，是受過古典人文教育的文人，他們接受俸祿，但沒有任何行政與法律的知識，只能舞文弄墨，詮釋經典。」上述這種對於傳統中國法制的認知，主要受到過去相關出版史料與缺少研究方法討論的限制。

近年來，有關傳統中國法律的相關檔案逐漸出版，使得中國法制史的研究呈現新的可能與新的面貌，例如中國北京第一歷史檔案館，目前已經將清朝內閣刑科所藏，跟重大刑案有關的題本檔案，以微捲方式出版。這些檔案的出版，使得研究者有機會了解到《大清律例》在中央政府層級實際運作的狀況。另外，四川的《巴縣檔案》、清代直隸的寶坻縣檔案以及臺灣的《淡新檔案》的出版，也讓清朝各地方審判實務工作的程序與實際狀況可以被了解。

作為二十一世紀中國法制史的研究者，面臨新的檔案與其他相關史料的出現，在研究方法上也勢必要有所改變。中國法制史的研究者，可以嘗試從法規範史、法裁判史與法社會史或者法律與語言、法制度史等觀點進行法制史的研究工作。在法規範史方面，可以嘗試從近代有關規範理論觀點出發，對於傳統中國法制與西方法律體制，從規範的基本架構、原理、原則與規範的效力著手；甚至可以透過史料，從規範對於人民生活與觀念的影響，加以分析。至於在裁判史方面，則可以從中國傳統法制與、西方法規範體系在實際的操作時的情況以及其對於人民的影響加以分析比較。

基本上，傳統中國法制與近兩百年來影響世界的西方法律體制之間的差異，可以分為兩個層面討論：一是有關規範形式體制的設計；東西兩個不同的規範體系，在規範架構與原理、原則的設計上，有顯著的差異。這個差異，導致任何僅是簡單的有關規範條文或規定的比較，因為其彼此間的不可相共量性，而產生難以進行比較的困境。研究者必須嘗試創造一個超越個別條文或制度的比較模式，從規範理論的角度，另外設立比較的基準。傳統中國法律與現代源自西方的法律體系的另外一個差異，則來自於法規範價值內涵的設計的差

異；例如，傳統中國法律追求的是三綱五倫的生命價值秩序，而現代西方的法規範體系所追求的卻是人人自由、平等的生命價值體系。

本書基於上述的考量，呈現法制史研究方法與研究的可能方向。本書的第一章，主要論述法制史研究方法與教學，作者嘗試在書中提出，在二十一世紀，法制史的研究方法與可能的方向。第二章，則從傳統婚姻與家庭的角度，探討中國傳統法制，有關婚姻關係與性別關係上的設計及他對於人民的影響。作者在本章中嘗試說明時間因素對於法律制度與社會的影響並探討國家如何透過法律的設計，確定個人在家庭、婚姻與社會的性別關係。第三章，嘗試從個人、家庭與國家的關係，去論述傳統中國法律，如何透過對於親子關係的規範，使得人民必須接受三綱五倫的生命價值。另外，並嘗試從個人跟國家的關係探討文化與國家這個概念的歷史發展脈絡。

作者在本書中強調，不管是傳統中國法律體制或者是近代西方所發展出來的這一套法律體系，都是一個達到高度制度化且自成系統的法律體系。傳統中國的這套法律體系，所歷經的時間較近代西方法律體系更為長久的（從漢朝到清朝將近兩千年的發展）。當傳統中國的法律體系經過高度發展後，使得傳統中國的法律體系成為一個自我封閉且完整的體系。由於這個法律體系設計的綿密，使得這個法律制度在發展兩千年之後，沒有能力去面對社會變遷所帶來的新挑戰。因此，當傳統中國這套法律體系背後所追求的三綱五倫價值，因為時代的變遷，或因為有其他的選擇可能出現而受到挑戰時，竟然失去了回應與修改的能力，進而轉變成為看似無用或無效果的法律體系。作者在書中透過分析中國傳統法制的特色與內涵，嘗試探討，究竟傳統中國法律體制在近百年來趨於沒落的發展，是任何法律體制的共同命運呢？還是他自己獨特的命運？作者認為，唯有透過法制史的研究，可以讓我們從歷史經驗中，學習並且重新思考或設計現有的法律體制。

作者有關中國法制史研究，始於偶然。1988年，作者在德國雷根斯堡大學完成「親屬法」相關的法學博士論文。在取得學位之後，偶然間，發現德國海德堡Max-Planck公法研究中心所藏，德國知名的中國法制史研究者Karl Buenger教授的藏書。透過這份藏書開啟了作者中國法制史的研究。過去十五年來，作者在法制史的研究，從對於中國法制史的研究擴張到對於德國法制史的研究，目前也同時在進行有關《德國法制史導論》的書寫計畫。近幾年來，在「歷史

學」研究前輩，高明士教授的鼓勵與邀請下，作者開始密集的跟「史學界」進行法制史研究的同伴相對話。作者近幾年來，除了參與高明士教授所主持的「唐律研讀會」以及中央研究院史語所「法律研究室」2000至2004年所進行的「中國傳統法律文化研究 審判：理論與實踐」研讀會之外；更在2002年10月到2004年12月之間，跟國防醫學院的劉仲冬教授，中央研究院賴惠敏研究員，在中央研究院近史所成立「性別、歷史、醫療與法律學術沙龍——刑科題本研讀會」，希望透過史學界、醫療社會學界、法學界的研究者一起討論，對於清代刑科相關法律檔案進行研究。

作者在法制史的研究方法的思考上，還要感謝法學界基礎法學理論的研究者，包括政治大學黃源盛教授、陳起行教授、現任大法官許玉秀教授以及臺灣大學顏厥安教授等。他們是我多年來在思考法律制度與法制史研究的重要對話伙伴。

這本書能夠出版，要感謝高明士教授，沒有他的建議與督導，這本書不會這麼快的出版。我的助理郁如同學、秀一同學與專任助理秋淑女士，在本書文章的打字與排版作了許多的協助；五南圖書出版公司的惠娟、兆仙、慧宜女士在本書的出版也提供許多專業意見，在此一併致謝。

最後，我要將這本書獻給我的配偶顧忠華教授、我的兩個小孩家祈與依婷，以及我的父母親陳廷棟先生與陳王秀菊女士。沒有他們精神上的支持，我不可能在學術上有所成就。

陳惠馨

寫於政治大學法學院 1506 研究室

2005 年 6 月

引言 儒家、法家思想在中國傳統法制的融合過程

一、前言

瞿同祖先生在〈中國法律的儒家化〉一文中指出：「中國法律的儒家化自漢代開端，而至魏晉南北朝已大體完整。」¹歷史學家余英時先生則提出「儒學法家化」之觀點，認為漢儒拋棄了孟子的「君輕」論，荀子的「從道不從君」論而代之以法家的「尊君卑臣」論是漢初儒學法家化的特色表現。余英時先生並認為「儒學的法家化並不限於漢代，它幾乎貫穿了全部中國政治史。」²不論是「中國法律的儒家化」或是「儒學法家化」的觀點，均表現出中國傳統法制深受儒家思想與法家思想的影響之事實。他代表中國傳統的統治者，為了維持社會秩序並鞏固其政權，乃在法律制度上融合儒家思想、法家思想的精華而塑造出一個獨特的中國法律體制。唯此一獨特的中國傳統法律體制並非一蹴可成的，他應是中國不同朝代中，不斷被形塑的。本文的目的，在從史書記載中，探求儒家思想與法家思想在中國傳統法制的形成過程中融合的痕跡。

1 瞿同祖，〈中國法律之儒家化〉，《中國法律與中國社會》（北京：中華書局，1981），頁328-346。

2 余英時，〈反智論與中國政治傳統——論儒、道、法三家政治思想的分野與匯流〉，《歷史與思想》（臺北：聯經，1976），頁31-37。

二、儒家思想與法家思想之再定義

儒家思想

所謂「儒」乃係指春秋戰國時期專門從事教育及執掌禮儀的人。³有關儒家之記載史書中首見於《史記》〈孔子世家〉、〈儒林列傳〉及〈太史公自序〉中，太史公於其自序中評論六家之情形時謂：「儒者博而寡要，勞而少功，是以其事難盡從。然其序君臣之禮，列夫妻長幼之別不可易也。」⁴「儒者以六藝為法，六藝經傳以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。」依太史公司馬遷之見解認為，儒者列君臣父子之禮，序夫婦長幼之別係其超越其他百家之優點。

在〈儒林列傳〉中並提到：「漢興然後諸儒始得修其經藝，講習大射鄉飲之禮。」另《史記》在〈孔子世家〉中記載：孔子至齊，齊景公向孔子問政。晏嬰進言齊景公曰：「夫儒者滑稽而不可軌法，倨傲自順不可以為下，崇喪逐哀破產厚葬不可以為俗，游說乞貸不可以為國，自賢之息，周室既衰，禮樂缺有聞，今孔子聖容飾繁登降之禮，趨詳之節累世不能彈其學，當年不能究其禮，君欲用之，以移齊俗，非所以先細民也。」⁵由此段文字之記載，可知在春秋戰國時期，儒者因主張重視喪禮、厚葬，孔子並提倡複雜之登降之禮儀，而被認為不切實際，無法在當世實施。

但事實上，由於儒者在當時係執掌禮節之事之官，因此統治者在統治過程中有關封禪，祭祀的禮節儀式也都必須向儒者請教。依《史記》在〈秦始皇本紀〉中之記載：「二十八年，始皇東行郡縣上鄒嶧山立石，與魯諸儒生議刻石頌秦德，議封禪望祭山川之事。」⁶而《史記》〈禮書〉亦記載：「今上（漢武

3 楊鶴臬主編，《中國法律思想史》（北京：北京大學出版社，1988），頁44。

4 （西漢）司馬遷，〈太史公自序〉，《史記》（臺北：臺灣商務印書館，1967），頁1231-1232。

5 （西漢）司馬遷，〈孔子世家〉，《史記》，頁665。

6 （西漢）司馬遷，〈秦始皇本紀〉，《史記》，頁117。

帝)即位招致儒術之士,令共定儀十餘年不就。」⁷可見儒者在秦漢之際均參與禮儀制定的工作,而受肯定。《史記》〈禮書〉中則謂:「故聖人一之於禮義則兩得之矣,一之於情性,則兩失之矣,故儒者將使人兩得之者也,墨者將使人兩失之者也,是儒墨之分。」⁸以上之記載均說明了儒家與義禮之不可分。也難怪一般法制史學者談及儒家思想,總將之與禮劃等號(如瞿同祖先生談儒家思想、法家思想時,將禮與法,德與行對立)。⁹

漢朝班固在《漢書》〈儒林傳〉中謂「古之儒者,博學彞文,六藝之文,即謂儒者乃係通易、禮、樂、詩、書、春秋六藝者」。另〈藝文志〉中評儒家之書53家836篇,其並評論儒家謂:「儒家者流蓋出於司徒之官,助人君,順陰陽,明教化者也,游文於六經之中,留意於仁義之際,祖述堯舜憲章。文武,宗師仲尼以重其言,於道最為高。孔子曰:如有所譽其有所試,唐虞之隆,殷周之盛,仲尼之業已成之故也。然惑者既失精微而辟者又隨時抑揚,違道離本,後進循之,是以五經乖析,儒學寢衰此辟儒之患。」¹⁰

依班固之見解顯認為儒者原係以教化人民、留意仁義、尊重仲尼(孔子)之言論為重,但至漢時,則已有所遠離其本道,正統儒學已經衰微了。由史記與漢書之記載可知,所謂儒家係隨著時代之變遷而有所改變,無怪乎學者將儒家分為先秦儒家以及秦以後被稱為儒者之讀書人。¹¹然而後代儒家由於其所讀之書乃係春秋戰國儒家所留下之經籍(五經),祖述堯舜而宗師孔子之思想,因此其仍保留其以禮治國,以教化來維持社會秩序之主張。¹²

7 同前書,頁388。

8 (西漢)司馬遷,〈禮書〉,《史記》,頁387。

9 瞿同祖,《中國法律與中國社會》,頁271-282。瞿先生在論〈儒家思想與法家思想〉一文的頁270、286中,將禮與法、德與刑對立。《中國法律思想史》一書中,於談到儒家的法律思想之特點時,亦提到「禮治論、德治論及人治論。」(楊鶴泉主編,《中國法律思想史》,頁45-54)。

10 (東漢)班固,〈藝文志〉、〈儒林傳〉,《漢書》(臺北:臺灣商務印書館,1967),頁1690、2320。

11 瞿同祖先生認為漢以來,由於學歸一統,儒家獨尊,自是以後,所謂儒家僅是讀書人之代名詞。只能稱為儒或儒者,以別於春秋戰國時之儒家。見「中國法律與中國社會」,前揭書,頁304。另楊鶴泉主編,中國法律思想史中亦認為儒家的發展,經歷兩大階段:先秦儒家和秦以後作為封建正統的儒家(瞿同祖,《中國法律與中國社會》,頁44)。

12 瞿同祖,《中國法律與中國社會》,頁304。

法家思想

《史記》〈太史公自序〉中謂：「法家嚴而少恩，然其正君臣上下之分不可改宜。」¹³「法家不別親疏，不殊貴賤一斷於法，則親親尊尊之恩絕矣，可以行一時之計而不可長用也。故曰嚴而少恩。若尊主卑臣明份職不得相逾越，雖百家弗能改也。」¹⁴由此，我們了解法家除主張人民行為均以法律為審判依據，不因其親疏貴賤而有差別，並主張尊君卑臣之觀念，以及分別職務之觀念。

班固在《漢書》〈藝文志〉中評論法家曰：「法家者流，蓋出於理官，信賞必罰，以輔禮制，易曰先王以明罰飾法，此其所長也。及刻者為之，則無教化，去仁愛，專任刑法而欲以治，至於殘害至親，傷恩厚薄。」¹⁴依此可見，法家係主張以刑法來作為維持社會秩序之工具，其長處乃在以明罰飾法，但由於法家不注重教化人民，因此不免至於殘害至親，傷恩厚薄之結果。

由上之敘述，可知儒家主張教化人民，以禮義來達到維持社會秩序之目的，並主張君臣父子間有一定之禮儀，夫妻長幼之間有所分別。而法家則主張以刑法來維持社會秩序，不論親疏貴賤均以法律來作為判決之依據，不重視教化，但卻主張君尊臣卑之觀念。儒家思想與法家思想在君臣關係的看法有其相似之處，其均傾向於尊君抑臣。而其最大差異乃在於法家主張不別親疏，不殊貴賤，均依法律來制裁。而儒者在教化上則主張有別夫妻長幼，分親疏、貴賤、長幼、尊卑。¹⁵

三、儒家思想與法家對中國傳統法治形成過程之影響

秦之際——法家獨霸時期

儒家思想、法家思想主要形成於春秋戰國時代。由於儒家主要主張以禮教來教化人民，以及維持社會秩序，而教化人民之工作須時久遠而難見成效，因

13 (西漢) 司馬遷，〈太史公自序〉，《史記》，頁 1321-1232。

14 (東漢) 班固，〈藝文志〉，《漢書》，頁 1692。

15 瞿同祖，《中國法律與中國社會》，頁 273。

此其主張未能為秦之統治者所接受。而相反地，法家以法來治國，用刑來處罰違法者，其能達到維持社會秩序、富國強兵之功，可收立竿見影之效。因此深為秦之統治者所接受，此由《史記》〈商君列傳〉中可以看出。

按商鞅在班固《漢書》〈藝文志〉中被列為法家。其於秦孝公之際，原先勸秦孝公以帝王之道，然秦孝公認為帝王之道「久遠吾不能待」，於是商鞅乃以彊國之術遊說秦孝公，秦孝公於是採納商鞅之建議，開始變法修刑內務耕稼，外勸戰死之賞罰。秦因而強盛，及至秦始皇統一天下後，於事皆決於法，¹⁶完全不顧仁恩和義。秦始皇於統一法令後，要求百姓，當家則力農工，士則學習法令避禁。¹⁷由於當時各種學派甚多，常在法令公布之後，相與討論法令而議論紛紛，於是採李斯之建議：「史官非秦記者皆燒之，非博士官所職，天下敢有藏詩書百家語者，悉詣守衛雜燒之。有敢偶語詩書棄市，以古非今者族，吏見知不舉者與同罪。令下三日不燒，黥為城旦，所不去者，醫藥、卜筮、種樹之書，若有欲為法令，以吏為師。」¹⁸由此可知秦之際，乃以法律為維持社會秩序之工具，不僅是儒家，其他各種學說，亦均難以具有影響力，具有影響力者，乃是學法令者。

秦始皇帝這種重法輕儒的統治方式，為其子扶蘇所反對，扶蘇乃勸說秦始皇曰：「天下初定，遠方黔首未集，諸生皆誦法孔子，今上皆重法繩之，臣恐天下不安，惟上察之。」但秦始皇對扶蘇之勸說甚為不悅，乃將之監禁。¹⁹不過雖然秦代重視法家而輕儒家，但是儒家並未完全喪失其對統治者之影響力。由於統治者在封禪、祭祀時，其行事禮儀依賴儒家之指點，因此儒家與統治者之關係仍十分密切。²⁰而法家不別親疏，不殊貴賤一斷於法之理想，事實上亦無法徹底執行：此觀司馬遷《史記》〈秦本紀〉之記載可知：「……鞅之初為

16 (西漢)司馬遷，〈秦本紀〉、〈商君列傳〉，《史記》，頁103、789-780。

17 《史記》〈秦本紀〉記載：「孝公三年衛鞅說變法，修刑，內務耕稼，外勸戰死之賞，孝公善之。…卒甲鞅。」而《史記》，〈商君列傳〉，第八中記載：景監問商鞅曰：「子何以久中吾君，吾君之驩甚也。」商鞅答曰：「吾說君以帝王之道比三代，而君曰：『久遠無不能待，且賢君者各及奇身，顯明天下，安能邑，邑待數百年以成帝王乎。』」故吾以彊國之術說君，君大說之耳。然亦難以比德殷周矣。」侯商為左庶長乃開始定變法之令：「令民為什五，而相收司連坐，不告姦者要斬，告姦者與斬敵首同賞，匿姦者與降敵同罰。……」

18 (西漢)司馬遷，〈秦始皇本紀〉，《史記》，頁122。

19 同前註。

20 同前書，頁123。

秦施法，法不行，太子犯禁，鞅曰：法之不行自於貴戚，君必欲行法，先於太子，太子不可黥，黥其傅師，於是法大用，秦人治。」²¹由此記載，可以看出秦之初，商鞅不分親疏、貴賤一斷於法之主張只能執行一半。太子犯法，只能處罰太子之傅師，而商鞅也因此得罪了太子，於秦孝公死亡之後，乃冠商鞅以謀反罪名，將商鞅處以車裂之刑。²²



儒法相爭時代

1. 西漢時代

漢高祖劉邦在入咸陽城時，雖與百姓約法三章，悉除秦法。²³但是高祖在取得天下之後，深感三章之法不足以禦奸，於是由相國蕭何「攢摭秦法，取其宜於時者，作律九章。」²⁴故漢初之際仍以法律為重要的維持統治及社會秩序之工具，儒家思想並未能有太大之影響，此由《漢書》記載可以看出：

- (1)文帝時，賈誼上疏建言漢承秦之敗俗，廢禮義捐廉恥，今其甚者殺父兄，盜者取廟器，而大臣特以簿書不報期會為故。至於風俗流溢恬而不怪，以為是適然耳。²⁵
- (2)武帝時，董仲舒對策進言時提到：「今廢先王之德教，獨用執法之吏，治民而欲德化被四海故難成也。」²⁶
- (3)漢宣帝時琅琊王吉上疏言：「今俗吏所以牧民者，非有禮儀，科指可世世通行也，以意穿鑿各取一切，是以詐偽萌生，刑罰無極，質樸日消，恩愛寢薄。……」²⁷
- (4)班固《漢書》〈元帝本紀〉記載：「孝元皇帝宣帝太子也……。壯大

21（西漢）司馬遷，〈秦始皇本紀〉，《史記》，頁117。

22（西漢）司馬遷，〈秦始皇本紀〉，《史記》，頁104、792-793。

23同前註。

24（西漢）司馬遷，〈高祖本紀〉，《史記》，頁163記載：「沛公……還君霸上，召諸縣父老豪傑曰：父老苦秦苛法久矣，誹謗者族，偶語者棄市，吾與諸侯約，先入關者，王之，吾當王關中，與父老約法三章耳，殺人者死，傷人及盜抵者罪，餘悉除去秦法。諸吏人皆案堵如故。」

25（東漢）班固，〈刑法志〉，《漢書》，頁1487。

26（東漢）班固，〈禮樂志〉，《漢書》，頁1468。

27同前書，頁1468-1468。

柔仁好儒，見宣帝所用多文法吏，以刑名繩下，…嘗侍燕從容言：『陛下持刑太深，宜用儒生。』宣帝作色曰：『漢家自有制度，本以霸王道雜之，奈何純任德教，用周政乎。且俗儒不達時宜，好是古非今，使人眩於名實，不知所守，何足委任。』乃歎曰：『亂我家者太子也。』繇是疏太子，而愛淮陽王，曰：『淮陽王明察好法，宜為吾子而王，毋張婕妤尤幸。』上有意欲用淮陽王以代太子，……黃龍元年宣帝崩，癸巳太子即皇帝位。」²⁸

由此段記載來看，我們可知儒家在漢初並未受到統治者之重視，漢元帝向漢宣帝建議用儒生來統治國家，差點便喪失繼承皇帝位之機會。而從賈誼、董仲舒、琅琊王吉的言論中可以看出，漢初統治者用執法之力，以刑名統治天下之事實。儒家思想在漢初時，須居於劣勢，無法為統治者所重視，但是由於漢初幾位大臣均崇尚儒家所提倡之以禮治國之理念，乃不斷向上進言，而逐漸有所影響：

- (1)文帝時，賈誼進言曰：「夫移風易俗使天下回心而鄉道，非俗吏所能為也。夫立君臣等上下，使綱紀有序，六親和睦，此非天之所為，人之所設也，人之所設不為不立，不脩則壞，漢興至今二十餘年，宜定制度，興禮樂，然後諸侯軌道，百姓素儒獄訟哀息。」賈誼並同時「草具其儀」。²⁹文帝聽了賈誼建議本欲採納，卻因當時大臣及絳灌之屬之反對，而未能行使。文帝之所以心動於賈誼之建議，主要乃係由於其主張定制度，使君臣上下有序，諸侯軌道，而能鞏固其統治權。無怪乎大臣及絳灌之屬均反對。
- (2)武帝時，原擬立明堂制禮服，但因竇太后，好黃老之言，不喜儒術，而未能實行。後董仲舒對策建議：「古之王者莫不以教化為大務，立大學以教於國，設庠序以化於邑，教化以明，習俗以成，天下嘗無一人之獄矣。……今漢繼秦之後，雖欲治之，無奈法出而姦生，令下而詐起，一歲之獄以萬千數。……不如退而更化，更化則可善治而災害

²⁸同前書，頁1469。

²⁹（東漢）班固，〈六紀〉，《漢書》，頁1330。

日去，福祿日來宜。」³⁰然而，武帝當時正忙於征討四夷、統治武功，因此無法留意禮文之事。不過從董仲舒之對策，可以發現漢武帝時，純以法律來維持社會秩序也已經有了弊端。而武帝深受董仲舒之影響，乃罷黜百家，表章六經，興太學，修郊祀，改正朔，定歷數協音律，作詩樂，建封禪，禮百神……。³¹

(3)宣帝時，琅琊王吉建議宣帝：「孔子曰安上治民莫善於禮，非空言也，願與大臣延及儒生述舊禮，明王制驅一世之民，濟之仁壽之域，則俗何以不若成康，壽何以不若高宗。」³²其建議據《漢書》，〈禮樂志〉，第二言，並未為宣帝所採，然而《漢書》，〈宣紀〉，第八中卻記載：「秋八月，詔曰：夫婚姻之理，人倫之大者也，酒食之會所以行禮樂也，今郡國二千石或擅為苛禁，禁民嫁娶不得具酒食相賀召由是廢鄉黨之禮，令民亡所樂，非所以導民也。……」³³由此可知宣帝受儒家思想之影響開始注意禮樂。

(4)成帝時，劉向建言：「宜興辟雍，設庠序，陳禮樂，隆雅頌之聲，盛揖讓之容，以風化天下，如此而不治者，未之有也。」劉向同時論法家與儒家之優缺點謂：「夫教化之比於刑法，刑法輕，是舍所重而急於所輕也。且教化所恃以為治也，刑法所以助治也。今廢所恃而獨立其所助，非所以致太平也。自京師有諄逆不順之子孫，至於陷大辟受刑戮者不絕繇，不習五常之道也，夫承千歲之衰周繼暴政之餘敝，民漸漬惡俗貪饕險詖，不閑義理，不示以大化，而獨歐以刑罰終已不改。」³⁴劉向接著又說：「故曰導之以禮，樂而民和睦，初叔孫通將制訂禮儀，見非於齊魯之士，然卒為漢儒宗業垂後世斯成法也。」由劉向此言，可知漢儒一直努力不懈者乃是以禮教化人民，劉向之建議，因劉向、成帝相繼死亡，而未能實施。但是儒家思想因賈誼、董仲舒、琅琊王吉、劉向等儒者之努力而在漢朝有所影響。³⁵

30 (東漢)班固，〈禮樂志〉，《漢書》，頁1468。

31 同前註。

32 (東漢)班固，〈武紀〉，《漢書》，頁1312。

33 (東漢)班固，〈禮樂志〉，《漢書》，頁1469。

34 (東漢)班固，〈宣紀〉，《漢書》，頁1327。

35 (東漢)班固，〈禮樂志〉，《漢書》，頁1469。

依班固《漢書》〈禮樂志〉之記載。儒家以禮治國之主張僅落實漢高祖時叔孫通制禮儀以正君臣之位之努力。³⁶而叔孫通所著之禮儀後被法家所吸收，法家又未特別提倡之，因此認為「今大漢繼周久曠大儀，未有立禮成樂。」³⁷惟漢書所記載之漢史僅至西漢，故《漢書》〈禮樂志〉所指「今大漢未有立禮成樂」係指西漢時期。由《漢書》〈禮樂志〉之記載看，西漢朝時，儒家以禮樂教化人民主張並未能完全為統治者所接受，但是事實上，儒家思想透過諸儒的努力，影響了法律的內容，例如董仲舒、公孫弘、兒寬等儒者，皆通於世務，明習文法，用儒家所重之經術來解釋法律，從事審判工作。董仲舒作《春秋折獄》二三二事便是一例。³⁸

另外由於漢武帝時，採董仲舒之建議，置五經博士，黜黃老刑明百家之言，延文學儒者數百人。後公孫弘在制中奏請：「為博士官置弟子五十人，復其身（免其兵役、力役）」，並選人民年十八以上儀狀端正者來補博士弟子「郡國縣官有好文學者亦得受業如弟子，對於能通六藝中一藝以上者，便可補文學掌故之缺，而學問高的可以為郎中。」³⁹目的乃在以「至禮掌故，以文學禮義作為選官之依據。」⁴⁰武帝之後，昭帝、宣帝、元帝、成帝亦不斷增加博士弟子員額，依班固《漢書》〈儒林傳〉記載：「昭帝時，舉賢良文學，增博士弟子員滿百人。宣帝末倍增之。元帝好儒，能通一經者復，數年以用度不足，更為設員千人。郡國置五經百石卒史，成帝末，或言，孔子布衣養徒三千人，今天子太學弟子少，於是增弟子員三千人。歲餘復如故。」⁴¹

自武帝立五經博士以來，五經取得了政治上的法定權威地位，而對五經有研究的儒者均紛紛得以走入仕途，參與審判，影響法律之內容，故漢書成帝曾謂：「儒林之官，四海淵源。」⁴²從此以後儒家與利祿連在一起，儒者一詞成

36 按賈誼、董仲舒、劉向等人在（東漢）班固，《漢書》〈藝文志〉中被列為儒家。

37 （東漢）班固，〈禮樂志〉，《漢書》，頁1648記載：「叔孫通制禮儀以正君臣之位，高祖說而歎曰：『吾乃今日知為天子之貴。』」因此要「以通為舉常遂定儀法」。

38 （東漢）班固，〈禮樂志〉，《漢書》，頁1470、1481。

39 瞿同祖，《中國法律與中國社會》，頁334；班固，〈循吏傳〉，《漢書》，頁2333；班固，〈儒林傳〉，《漢書》，頁2321。

40 （東漢）班固，〈儒林傳〉，《漢書》，頁2321-2322；班固，〈武紀〉，《漢書》，頁1298；徐復觀，《中國經史學的基礎》，頁75。

41 （東漢）班固，〈儒林傳〉，《漢書》，頁2322。

42 徐復觀，《中國經史學的基礎》，頁79。