

## 漢唐正史〈刑法志〉的形成與變遷\*

陳俊強\*\*

### 摘要

拙稿旨在以漢唐間正史中的〈刑法（罰）志〉為對象，考察此一篇章創設、變化和確立的過程，進而分析其書寫的方式和呈現的法制思想。

一、〈刑法志〉的淵源和創設的目的。《漢志》的名稱和內容固然有班固獨創之處，但也不宜忽略與《史記·律書》的淵源關係。《漢志》撰寫的目的，不僅在述古，更重要是論今。對於陳諸原野的「大刑」，即所謂兵事，班固的觀點：一是文德為本，威武為末；一為仁義綏民，不尚權詐。對於施諸朝市的「小刑」，班固以為漢興以來最大的弊病，一為文帝廢肉刑以來造成刑制輕重失衡，一為武帝以來法條煩多。正本清源之道，即是恢復肉刑，並簡約法條為三千。

二、刑法志的演變。《魏志》應是魏收根據國史舊稿而成，究其成立原因，既是師法班固《漢志》，也因北魏刑罰律令屢有更改之故。魏收改易〈刑法志〉為〈刑罰志〉，純論狹義的刑罰，不談兵事。而且，論述焦點都圍繞著刑罰和獄訟而不是律令。

三、刑法志的確立。《隋志》和《晉志》的成立固然有史學的因素和實質的需要，但與貞觀朝建立律令系譜有著更密切關係。《晉志》提出李悝《法經》以明唐代典章法度之「源」，《隋志》縷述唐前法制以釐清其

---

\* 本文蒙國科會專題計畫補助（計畫名稱「漢唐刑法（罰）志的研究」；計畫編號：NSC95-2411-H305-003-），特此誌謝。本文初稿曾於二〇〇七年「第八屆唐代文化國際學術研討會」宣讀，蒙大會評論人建國科技大學通識教育中心詹宗祐教授多所指正；後又蒙學報兩位匿名審查人惠賜高見，謹誌謝忱。

\*\* 台北大學歷史系副教授

「流」，從而標榜唐制淵源流長且集其大成。〈刑法志〉的地位和書寫形式在唐初確立下來，除了記述刑罰的種類和獄訟以外，更著重記載法典的制定、篇名、修纂經緯等，逐漸擺脫偏重於刑的論述，具有較濃厚法的色彩。〈刑法志〉的書寫，自《漢志》的「刑主法從」變為《魏志》的「詳刑略法」，再變為《晉志》《隋志》的「刑法並重」，名符其實的〈刑法志〉於焉確立，並為後世繼承。

要而言之，漢唐間正史〈刑法志〉的發展，可謂《漢書》創其例，《魏書》變其體，《晉書》、《隋書》定其制。

**關鍵詞：**漢書、魏書、晉書、隋書、刑法志

## 一、前言

二〇〇三年初，筆者擔任中央研究院歷史語言研究所「中國傳統法律文化之研究」計劃協同主持人，負責魏晉南北朝法制史料的研讀工作，乃提議研讀《晉書》、《魏書》、《隋書》的〈刑法志〉。〈刑法志〉主要記載一代或數代的法典編纂、司法制度、刑種變革、重大疑獄等事項，因此，研讀〈刑法志〉可藉以瞭解該時代的法制概況。這項提議深獲其他成員的贊同，因而計劃進行到隋唐宋元階段時，正史〈刑法志〉仍是選讀史料之一。因為這層機緣，筆者對正史〈刑法志〉產生濃厚興趣，也開始思考除了藉〈刑法志〉認識各時代的法制概況外，是否可以將〈刑法志〉當成對象來加以研究呢？

一直以來〈刑法志〉主要被當作「史料」而不是當作「史學」來研究，與〈刑法志〉有關的研究中，基本上是著眼〈刑法志〉中所記載該時期的刑法制度和變遷概況。有別於以往將〈刑法志〉當作瞭解時代法制狀況的材料，筆者擬將〈刑法志〉回歸作為史書一部分來看待。最近幾年，筆者一直關注漢唐之間刑罰制度的變遷，思考古典刑罰制度如何過渡到傳統刑罰制度。拙稿旨在以漢唐間正史中的〈刑法（罰）志〉為對象，試圖從另一角度討漢唐法制史。

拙稿所論漢唐之間正史的〈刑法（罰）志〉，是指《漢書·刑法志》、《魏書·刑罰志》、《晉書·刑法志》、《隋書·刑法志》等四種。筆者擬以此四種文本為核心，分從外緣和內緣二個方向展開討論。〈刑法志〉是如何產生的？其淵源為何？其創設的目的是甚麼？其在史書中的地位，又是怎樣確立的？此屬外緣的探討。〈刑法志〉包含那些內容呢？其傳達的法律思想又是甚麼？漢唐間的〈刑法志〉在書寫上是否有明顯的一致性？它是甚麼時候固定？或者，是否真的固定呢？此外，各朝的〈刑法志〉對於法律起源、法律作用等法理問題的論述，是否相同？雖在儒家思想的籠罩下，在不同時代有沒有存在若干歧異呢？這是屬於〈刑法志〉研究的內緣問題。

## 二、刑法志的誕生

中國正史中之有〈刑法志〉者，首創於班固的《漢書》。這種新志的淵源為何？班固創設此一篇章的目的是甚麼？《漢書·刑法志》（以下簡稱《漢志》）所描述和析論的雖為上古至東漢之間的歷史事實，但其內容、觀點、書寫形式等，皆時代的產物，另一方面，基於種種原因，《漢書》漸而居於隆崇的地位，《漢志》被奉為〈刑法志〉圭臬，其內容、觀點、書寫形式等深深影響到後世，成為後來〈刑法志〉的指導者地位。因此，《漢志》除了「述古」以外，更有「論今」。<sup>1</sup>除了論今以外，亦要注意其「啓後」。

### （一）《漢志》的創制

眾所周知，《漢書》歷經班彪、班固、班昭等手而成，〈刑法志〉是誰執筆呢？據《後漢書·班彪傳》云：

武帝時，司馬遷著史記，自太初以後，闕而不錄，後好事者頗或綴集時事，然多鄙俗，不足以踵繼其書。彪乃繼採前史遺事，傍貫異聞，作《後傳》數十篇。<sup>2</sup>

又據同卷班彪自述云：

今此《後篇》，慎覈其事，整齊其文，不為世家，唯紀、傳而已。

可知司馬遷《史記》之後，有不少賡續之作，班彪採前史遺事，成書數十篇。若據班彪自述，書名應是《史記後篇》而非《史記後傳》，內容只有本紀、列傳，並沒有志，所以十志並不出自班彪。又據《後漢書》卷84〈列女·曹世叔妻傳〉云：

扶風曹世叔妻者，同郡班彪之女也，名昭……兄固著漢

<sup>1</sup> 郭炳潔，〈《漢書》十志與「通古今」〉，《洛陽師範學院學報》，6（洛陽，2002.12），頁85-87。

<sup>2</sup> 東漢·班固，《漢書》（新點校本）（北京：中華書局，1964），卷40上，〈班彪傳上〉，頁1324。

書，其八表及天文志未及竟而卒，和帝詔昭就東觀臧書閣踵而成之。

則成於班昭手中的只有《漢書》的八表和〈天文志〉。大致說來，《漢書》紀傳部分，班固是根據乃父遺稿增補修訂而成，八表則成於其妹班昭之手，十志中唯〈天文志〉成於班昭以外，其餘包括〈刑法志〉在內的各志應為班固個人獨撰。又據《後漢書》卷40上〈班固傳〉云：

固自永平中始受詔，潛精積思二十餘年，至建初中乃成。

明帝永平年號是西元56年至75年，章帝建初年號則從76年至83年，故推測《漢志》或完成於西元56年至83年之間。<sup>3</sup>

《漢書》十志，分別是〈律曆志〉、〈禮樂志〉、〈刑法志〉、〈食貨志〉、〈郊祀志〉、〈天文志〉、〈五行志〉、〈地理志〉、〈溝洫志〉、〈藝文志〉等，記載關於國家職能、社會經濟、學術文化等事項，最見班固的博洽。<sup>4</sup>「志」的體例是繼承《史記》的「書」而來，而《漢書》十志的內容也有仿效《史記》八書之處：《漢書》的〈律曆志〉當是繼承《史記》的〈律書〉、〈曆書〉，〈禮樂志〉源自〈禮書〉、〈樂書〉，〈食貨志〉源自〈平準書〉，〈郊祀志〉源自〈封禪書〉，〈天文志〉源自〈天官書〉，〈溝洫志〉源自〈河渠書〉。至於《漢書》的〈刑法志〉、〈五行志〉、〈地理志〉、〈藝文志〉等志，學者以為並非仿效《史記》而來，應是班固所創。<sup>5</sup>《漢書·刑法志》真的與《史記》一點關係都沒有？《史記》的〈律書〉或以為是討論音律中的「六律」，其實司馬遷以為「王者制事立法，物度軌則，壹稟於六律，六

<sup>3</sup> 何勤華，〈《漢書·刑法志》評析〉，收入氏著，《中國法學史》（北京：法律出版社，2007），頁203。

<sup>4</sup> 白壽彝著，〈劉向與班固〉，收入氏著，《中國史學史論集》（北京：中華書局，1999），頁120-124。

<sup>5</sup> 陳其泰，《再建豐碑：班固和《漢書》》（北京：三聯書店，1994），頁215。

律爲萬事根本焉，其於兵械尤所重。」<sup>6</sup>律與法度、軌則有關，而且「吹律審聲，聽樂知政」，可以判別國之強弱，故爲兵家所重。<sup>7</sup>因此，《史記·律書》在述論六律之前，花了不小的篇幅記載兵事。而有別於後世的正史〈刑法志〉單純記載法制變遷，班固基於古典「兵刑合一」的觀念，其實也有很大篇幅在討論兵事。故此，〈刑法志〉之名稱和內容，固然有班氏獨創之處，但不宜忽視它與《史記》之間的淵源關係。

〈刑法志〉屬於《漢書》十志中的第三篇，關於其內容概要，或可參看《漢書·敘傳下》以見班固撰寫之意，云：

雷電皆至，天威震耀。五刑之作，是則是效。威實輔德，刑亦助教。季世不詳，背本爭末。吳、孫狙詐，申、商酷烈。漢章九法，太宗改作。輕重之差，世有定籍。述刑法志第三。<sup>8</sup>

班固首先提出「五刑」是則天象地。其次，指出德教爲主，威刑爲輔的觀點。再次，「季世」背本爭末，以吳起、孫臏爲代表指出用兵重權詐；以申不害、商鞅爲代表指出任刑尚酷烈。最後，漢文帝對漢初以來的《九章律》有所改作。從〈敘傳〉的簡要說明，大略可知〈刑法志〉的內容梗概。顧名思義，〈刑法志〉包含「刑」和「法」兩部分，也就是「刑罰」與「法律」。不過，〈敘傳〉的文字論刑多而談法少，這也反映在〈刑法志〉的書寫上，也是刑先法後、刑主法從的。值得注意的是，班固除了概述刑法外，更重要是點出當朝的「改作」，終於讓刑罰變得輕重有差。《漢志》寫作的一個非常重要的論點，正是呼籲執政者要能「改作」。述古是手段，論今才是目的。以下將藉由《漢志》的文本，分析其書寫方式以及

<sup>6</sup> 西漢·司馬遷，《史記》（新點校本）（北京：中華書局，1964），卷25，〈律書〉，頁1239。

<sup>7</sup> 《史記》，卷25，〈律書〉「其於兵械尤所重」句下張守節，《史記正義》引劉伯莊注，頁1239。

<sup>8</sup> 東漢·班固，《漢書》，卷100下，〈敘傳下〉，頁4242。

班固的刑法觀。爲使行文簡潔，引用《漢志》之處，除非特別需要，不再附註。

## （二）《漢志》的書寫

《漢書》乃斷代之作，但〈十志〉是記述禮樂兵刑食貨等大政大法，爲了明辨源流，瞭解發展脈絡，因此敘事不限於漢代，而是通論上古以迄東漢的發展概況，屬通史體裁。《漢志》篇幅頗長，綜述自太古以迄東漢刑法的產生、發展與變化。

### 1. 總序——刑的起源、作用和性質

《漢志》首先從「動緣民情」和「則天象地」二個角度，說明「刑」的由來和作用。人必須群居，但群而不足則起爭執，乃有聖人出，眾人悅而從之。聖人深知人民仁愛德讓，正是王道之本。若要人民仁愛之心維繫不墜必須要「敬」，聖人乃制禮以崇敬。若要人民德讓之行爲能夠長存必須要依賴「威」，聖人乃作刑以明威。此處是從「動緣民情」的角度，說明禮和刑的由來和作用。班固進一步從「則天象地」的角度，指出禮和刑是合乎自然的，故禮和刑皆不可廢。制禮作教，代表人主溫慈惠和的一面，是效法天的生殖長育；立法設刑，代表人主刑罰威獄的一面，有如天的震曜殺戮。禮和刑既稟之於天，乃有五禮和五刑的設置。

總論刑罰的起源後，班固接著說：

大刑用甲兵，其次用斧鉞；中刑用刀鋸，其次用鑽鑿；薄刑用鞭扑。大者陳諸原野，小者致之市朝，其所繇來者上矣。

「大刑用甲兵」至「薄刑用鞭扑」之語是出自《國語·魯語》。班固根據《國語·魯語》將刑罰分成大中薄三類，大刑施用的工具——甲兵、斧鉞等俱屬兵器，蓋遠古刑罰起源於對異族的戰爭，<sup>9</sup>最大最重的懲罰方式莫過於動員千軍萬馬征討敵

<sup>9</sup> 刑罰的起源有所謂的「二元說」，意指「族外制裁」和「族內制裁」兩個來源。

人，因此，大刑施用的場所是「陳諸原野」。「大刑」的意義即是發動戰爭，對象可能是異族或敵國。相對於「陳諸原野」的大者，則是「致之市朝」的「小者」，應指《國語·魯語》的「中刑」，使用的工具是上述的「刀鋸」、「鑽鑿」等。刀鋸泛指割斷身體的肉刑，即劓、宮、剕等；鑽鑿泛指鑽刻肌膚的肉刑，即髡、黥等。這類刑罰施行的場所或是朝或是市，對象自然包含了國內的官人和庶民。班固在《漢志》所要討論的就是上述《國語·魯語》的「大刑」和「中刑」，至於「鞭扑」之類的「薄刑」，有別於施於國的「中刑」和施於天下的「大刑」，只是施於家內的處罰，<sup>10</sup>與班固旨在論治的目的無涉，《漢志》便從略了。

## 2. 陳諸原野的刑罰

誠如前述，班固將刑罰分成陳諸原野的大刑和致之市朝的小刑，《漢志》述論刑罰的次序是先大刑後小刑，故緊接著就是敘明自黃帝以迄漢初的「大刑」實施概況。

關於歷代兵事，班固大致分成黃帝至三代、春秋、戰國、秦代、漢興等五個時期來陳述。班固首先記載黃帝、顓頊、堯、舜、三代各時期的兵事，但主要是記載周的軍賦制度。春秋之世，班固記載了齊桓公、晉文公先定其民，作內政而寓軍令之法，接著提到魯成公的作丘甲和魯哀公用田賦。戰國之世，列國無不重視兵事，競相晉用富國強兵人才，一時吳有孫武，魏有吳起，齊有孫臏，秦有商鞅，齊、魏、秦皆以士卒奮勇精銳聞名。列國滅弱吞小，相互傾覆。秦之銳卒雖能併天下，但因「窮武極詐」，士民不附，終致覆滅。漢興以來的記載篇幅不大，主要提到兩件事：其一是漢初以來的擴軍，包括高祖朝置材官於郡國，南北軍於京師。及至武帝朝，更是內增七校，外增樓船。其二，在元帝朝罷「角抵」之戲。

《漢志》中言兵事的部分約占全文的三分之一篇幅，可謂

參看小島祐馬，《古代中國研究》（東京：平凡社，1968），頁89-121。

<sup>10</sup> 《漢志》云：「鞭扑不可弛於家，刑罰不可廢於國，征伐不可偃於天下。」頁1091。可知鞭扑之類的「薄刑」是施於家內的。

歷代〈刑法志〉所僅見。

### 3. 致之朝市的刑罰

班固在討論完大刑後，接著敘述致之朝市的刑罰，即《國語·魯語》施用「刀鋸」、「鑽鑿」的「中刑」。班固稱之為「小者」，故下文稱為「小刑」。班固對於小刑，大致分成周朝、春秋、戰國、秦、漢等時期來檢討。為使讀者一目瞭然，茲將各期概況，簡列於下：

- I · 周制：作三典、五刑。
- II · 春秋：鄭子產鑄刑書。
- III · 戰國：韓的申不害、秦的商鞅，制連坐、參夷之誅。
- IV · 秦始皇：專任刑罰，致使赭衣塞路，囹圄成市。
- V · 漢興：
  - 高祖朝：約法三章、制九章律。
  - 惠帝、呂后朝：刑罰用稀。
  - 文帝朝：刑罰大省。廢肉刑。制定刑期。
  - 景帝朝：改革笞刑，落實廢肉刑的美意。
  - 武帝朝：晉用酷吏。禁網寢密，律令煩多。
  - 宣帝朝：路溫舒議改革刑獄。置廷平。鄭昌上疏言刪定律令。
  - 元帝朝：下詔令群臣議律令可刪者。
  - 成帝朝：下詔欲約省律令。

透過上表簡單的整理，讀者可以發現漢興部分顯然是論述的重心，這有別於前面大刑論述中漢興部分比較簡略之狀況。的確，漢興以來的論述不管是所記載事件的數量，抑或所使用的篇幅，都遠超先漢以前任何一個時代。班固對漢以前著墨較多的時代，大概只有周代部分而已，其他的春秋、戰國、秦始皇時期等，都相對簡略。學者以為周朝《呂刑》中記載的五刑三千條，正是班固法的理想，春秋以下的都是與之相違背的東西。<sup>11</sup>可能因為這個緣故，所以春秋以下記載特別簡略。

<sup>11</sup> 堀毅撰，于敏譯，〈漢律溯源攷——《漢書·刑法志》再研究〉，收入氏著，

### （三）班固的述古與論今

誠如前述，《漢書》的〈十志〉既記述大政大法，其撰寫的目的恐怕不是爲了「述古」，而是旨在「論今」，是帶有濃厚經世的精神。《漢志》篇幅甚大，班固除了記述歷代刑法發展的客觀實況以外，並進一步指出漢代未能臻於至治的癥結所在，藉以寄託他救世致治的主張。以下分從大刑和小刑二方面，加以檢討。

#### 1. 文德爲本和仁義綏民

班固論上古以來的大刑，基本上是肯定兵不可廢，故云「鞭扑不可弛於家，刑罰不可廢於國，征伐不可偃於天下。」三代是班固理想的時代，而聖王之世雖致太平，但猶有兵事，可見連聖王都沒有廢棄兵事。大刑既不可廢，那麼施用大刑的原則是甚麼？簡而言之，班固對於「大刑」的中心思想有二項，一是文德爲本，威武爲末；一爲仁義綏民，不尚權詐。周能修文德，行仁義，故無敵於天下。相對於此，春秋以來兵事的衰敗，莫過於「黷武」和「權詐」二事。春秋開始「黷武」，戰國更尚「權詐」，秦則匯聚二者，臻於極致，堪稱「窮武」和「極詐」。

班固以爲三代既定天下，便偃兵戢戈，「教以文德」。周按地方不同單位各別負擔定額的甲士、兵車，既足兵又不傷民，而且皆於農隙講武，不害農時，此先王爲國立武足兵之大略也。春秋之世，齊桓公、晉文公雖能外攘夷狄，內尊天子，但已非王制。其後魯成公的作丘甲和魯哀公用田賦，更造成役繁歛重，而治兵大閱等事皆失其時。諸侯黷武的結果是師旅亟動，百姓罷敝。

戰國之世，不僅黷武，更尚權詐。班固指出舉世爭於功利，雄傑之士競相以「權詐」相傾覆。遂有孫武、吳起之徒，爲世所宗。孫武、吳起等兵家，在《漢書·藝文志》中歸於「兵權謀家」，兵家非僅止於用兵，亦關涉治國之道。班固在

序中曰：

權謀者，以正守國，以奇用兵。<sup>12</sup>

「正」是甚麼？「奇」是甚麼？又前引《漢書·敘傳》云：「季世不詳，背本爭末。」本又是甚麼？末又是甚麼？班固分別借用孔子和荀子的話加以說明。班固以《論語·先進》「以不教民戰，是謂棄之」之語，指出「治其賦兵，教以禮誼之謂也。」另外，班固又引荀子〈議兵篇〉，以周武王能「仁誼（義）綏民」，故能無敵於天下。班固一再申明的治國之本、治國之正，自然是指「仁誼（義）綏民」。班固又云：

凡兵，所以存亡繼絕，救亂除害也。至於末世，苟任詐力，以快貪殘。

既是仁義之師，用兵的目的自然是「存亡繼絕，救亂除害」，並非爲了爭城殺人，滅弱吞小。

治國當崇本守正，但戰國之世，不詳用兵之道，「背本爭末」，所謂的「末」，應是指用兵以「奇」、以「詐」。戰國尚功利，貴詐術，孫臏、吳起之流，皆是「上勢利而貴變詐」之徒，魏齊等國一時固然技擊變強，士卒轉銳。但因不修仁義，以荀子的話都是「亡國之兵」、「危國之兵」、「干賞蹈利之兵」。秦人集「黷武」與「權詐」而臻於極致，班固形容爲「窮武」、「極詐」。「窮武」、「極詐」的結果，雖是混一天下，但士民不附。歷史證明苟任詐力的下場，皆是身戮於前（如吳起、商鞅），國亡於後（如秦國），雖能成於一時，但終非無敵於天下。班固引荀卿之〈議兵篇〉，指出湯武仁義之師，方才無敵於天下，云：

齊之技擊不可以遇魏之武卒，魏之武卒不可以直秦之銳士，秦之銳士不可以當桓、文之節制，桓、文之節制不可以敵湯、武之仁義。

<sup>12</sup> 《漢書》，卷30，〈藝文志十〉，頁1758。

可知班固論兵，既非論兵制，亦不談兵法，重點是分析三代如何以正守國，後世卻只知以奇用兵。

班固指出湯武無敵之因，暴秦速亡之由以後，那麼漢代呢？班固的論點其實只有一個，就是「漢仍未正治兵振旅之事。」關於漢代的記事，一是漢廷不斷增兵擴軍；一是元帝朝罷廢角抵之戲。關於增兵部分，班固說：

天下既定，踵秦而置材官於郡國，京師有南北之屯。

班固在前文才將秦形容為「窮武極詐」，終致速亡，這裡卻指出漢廷「踵秦」即因襲秦制而置材官，況且時機竟是在天下既定之後，毫無疑問是暗諷朝廷的做法。及至武帝朝更是「內增七校，外有樓船」，結合班固在前文的觀點，對於這樣的擴軍是不認同的。而且，「皆歲時講肄」，則有違三代治兵大閱皆以時，於農隙以講事之制，武帝之制明顯妨礙農時。對於漢代的兵事，班固終歸一句「漢仍未正治兵振旅之事。」

## 2. 減省法條和恢復肉刑

《漢志》中班固除了指陳漢代「大刑」的缺失以外，也歷數施諸朝市的「小刑」的種種弊端。簡而言之，一為法條煩多，一為刑制失衡。

《漢志》敘述漢興以來的法制發展，在武帝朝以來特別突顯法律條文煩多的問題。《漢志》云武帝朝「律令凡三百五十九章，大辟四百九條，千八百八十二事，死罪決事比萬三千四百七十三事。文書盈於几閣，典者不能徧睹。」元帝朝也說「律令煩多而不約，自典文者不能分明。」成帝朝云「今大辟之刑千有餘條，律令煩多，百有餘萬言，奇請它比，日以益滋，自明習者不知所由，欲以曉喻眾庶，不亦難乎！」可知自武帝朝以降，法條煩多的問題，相當嚴重。法條煩多的程度，不僅一般百姓無法瞭解，即使專門的司法人員亦難以通覽。所以《漢志》一再提到「典者不能徧睹」、「典文者不能分明」、「明習者不知所由」等。屢次下詔希望減省律令，但一直無功，原因是有人以「法難數變」，即法典不宜經常變

動，來抵制減省法條的旨意。班固乃列舉漢興以來改訂法令既合古亦便今的事實，以歷史經驗來駁斥「法難數變」的觀點。

關於漢初以來改訂法令之處，綜合來看有三事，（一）高后、文帝朝除三族罪、相坐法；（二）高祖、景帝朝重視疑獄的審讞；（三）景帝、宣帝朝對老小弱殘的矜恤。班固對這些法令刑獄的改革給予高度肯定，以為是合乎周制——一個理想時代的刑制。對刑獄的慎重，近於《周禮》「五聽」、<sup>13</sup>「三宥」<sup>14</sup>之遺意；對老小弱殘的矜恤，合於《周禮》「三赦」<sup>15</sup>的內容。班固提出這些合於古又便於民的改革，旨在反駁法令不宜經常變動的看法，力主漢廷當修訂煩瑣的律令。

班固眼中漢代刑法上的缺失，除了法條煩多以外，刑獄冤濫的現象也不容忽視。歸根究底，刑獄問題主要源自刑罰的失衡。

班固引用孔子的話，以為若有受命之王，三十年仁政乃成，使殘暴者不為害，不行殺戮。但漢興至班固之時，已歷二百餘載，但刑獄依舊氾濫。他舉出具體的數據說明，以為昭帝至平帝期間，處以死刑的一年有一萬多人，耐罪以上的勞役刑，更三倍於此。為何如此繁重呢？班固提出刑獄的「五疾」。所謂五疾，是指（一）禮教不立；（二）刑法不明；（三）民多貧窮；（四）豪傑務私；（五）姦不輒得。及至東漢建武、永平年間已有所改善，五疾中的「民多貧窮」、「豪傑務私」等已經不復存在，故斷獄只是成帝、哀帝時期的二成

<sup>13</sup> 《周禮·秋官·司寇》。所謂「五聽」指「辭聽、色聽、氣聽、耳聽、目聽」，是官員審訊之技巧，意指被訊問者假如是理虧，其言語便煩雜沒有條理，其神色也因羞慚而轉赤，呼吸喘而不順，同時由於心神不屬，往往聽不清楚別人的話，而且眼神也閃爍不定。《周禮注疏》（十三經注疏本）（北京：中華書局，1980），頁873。

<sup>14</sup> 《周禮·秋官·司刺》：「壹宥曰不識，再宥曰過失，三宥曰遺忘。」「不識」、「過失」、「遺忘」之所以可得一定程度的寬貸，完全是因為沒有犯罪的意圖。《周禮注疏》（十三經注疏本），頁880。

<sup>15</sup> 《周禮·秋官·司刺》：「壹赦曰幼弱，再赦曰老耄，三赦曰蠢愚。」所謂「三赦」，是就行為人的責任能力方面來考慮：年紀太小、年紀太老或者生而精神不健全者，都不需要負任何刑事責任，故不應施予任何的處罰。《周禮注疏》（十三經注疏本），頁880。

而已。可是為何仍未能達致三代刑獄清平的境地，主要因為「疾未盡除，而刑本不正。」最關鍵的是「刑本不正」。所謂「刑本不正」無疑是指肉刑廢除以後，造成刑罰輕重失衡。

世俗以為堯舜之世只有「象刑」，三代風俗澆薄始制肉刑，說明肉刑非堯舜之政。針對這種論點，班固首先引述荀卿〈正論篇〉，駁斥上古有所謂「菲履赭衣」的「象刑」，<sup>16</sup>並進一步指出所謂「象刑」是象天地的刑罰，非象徵性刑罰之意。三代因德衰而制定肉刑，固然不能匹美堯舜，然而，漢的風俗更薄於三代，更不可能廢肉刑而行堯舜之政。班固除了從儒家理想來論肉刑的必要外，更從實際刑獄的弊端加以論證。

文景之世，以死、徒、笞分別取代肉刑。其中，笞刑迭經景帝的改革，其威嚇力大減。因此，大體而言，漢代的刑罰是以死刑和勞役刑構成。漢代勞役刑最重一級是髡鉗城旦舂，即五歲刑。漢代並沒有因廢肉刑而加重勞役刑的刑期，所以按照刑律，五歲刑之上即是死刑，刑罰體系明顯因肉刑這種「中刑」被廢後，輕重失衡。原來某些重刑可處以肉刑的，現在可能改科大辟；原來可以肉刑重懲的罪行，卻只得輕判五年之刑。結果，因刑制輕重失衡，每年被判死刑者達萬多人。但另一方面，卻因勞役刑過輕不足以懲奸，造成作奸犯科者遽增，每年刑徒竟多達十萬，數目可觀。這就是班固所謂「死刑過重，生刑易犯」的窘境。

歸納來看，班固以為漢代的刑法有二大根本問題，一為法律微細煩多，一是刑制輕重失衡。至於正源清本之道，一是刪

<sup>16</sup> 「象刑」見於《尚書·舜典》云「象以典刑」；又見《尚書·虞書·益稷謨》，云「臬陶方祗厥敘，方施象刑惟明」。分別參看《尚書正義》（十三經注疏本）（北京：中華書局，1980），頁128、144。「象刑」之意歷來說法不一，或指犯了五刑的罪犯並不真正用刑，而是採用區別罪犯衣冠服飾色澤的方法，作為一種對犯罪者的懲處。據《白虎通》卷9〈五刑〉云：「五帝畫象者，其衣服象五刑也。犯墨者蒙巾，犯劓者以赭著其衣，犯臙者以墨蒙其臙處而畫之，犯宮者履雜屨，犯大辟者布衣無領。」意指戴上黑頭巾表示此人犯了墨刑；穿上紅色衣服表示此人犯了劓刑；在膝蓋上綁上黑布表示此人犯了臙刑；穿不同的鞋子表示此人犯了宮刑；穿沒有領子的衣服表示此人犯了大辟。參看清·陳立撰，吳則虞點校，《白虎通疏證》（北京：中華書局，1994），頁439。

定律令，一是恢復肉刑。班固以為應將大辟罪減成二百章，與其他賊盜條文合為三千章。此外的細微法令，一律廢除。另外，在復肉刑方面，主張將一些漢代處死但於古為生的「輕罪」，以及傷人、盜、吏受財枉法、男女淫亂等漢代只處以勞役刑的「重罪」，皆一律恢復處以肉刑。班固在刑與法的主張，明顯是希望回歸《呂刑》五刑三千的理想典範。法令簡省以後，人民方能瞭解法律並知遵守，同時也避免官人弄法。復肉刑後，刑罰輕重得當，民命得全。其實，法令多如牛毛，刑罰輕重失衡，延綿已近二百年。班固駁斥「法難數變」的謬論，正是企盼主政者勇於「改作」。

#### （四）小結

《漢書》雖成於數人之手，不過《漢志》應為班固所撰。《漢志》縷述遠古至東漢的「刑」和「法」的發展與變遷，其中論刑者多，談法者少，明顯是刑主法從的。〈刑法志〉名稱和內容固然有班固獨創之處，但也不宜忽略與《史記·律書》的淵源關係。《漢志》篇幅甚大，要而言之，可分成三個部分：（一）刑的由來和作用；（二）陳諸原野的大刑；（三）致諸朝市的小刑。班固首先從「動緣民情」和「則天象地」二個角度，說明「刑」的由來和作用。嗣後，班固分從陳諸原野的大刑和致諸朝市的小刑等兩個方向，論述三代、春秋、戰國、秦代、漢興以來等五個時期的發展變遷。

《漢志》撰寫的目的，不僅在述古，更重要是論今，班固透過歷史的陳述，並進一步指出漢代未能臻於至治的癥結所在，藉以寄託其救世致治的主張。班固縷述上古至漢興以來的兵事，藉以說明其大刑的觀點：一是文德為本，威武為末；一為仁義綏民，不尚權詐。周能修文德，行仁義，故無敵於天下。春秋以來，列國黷武尚詐，雖能成功於一時，終究身亡於前，國滅於後。漢興以來，不斷擴軍，班固總結一句「漢仍未正治兵振旅之事。」對於施諸朝市的小刑，班固以為漢興以來最大的弊病，一為武帝以來法條微細煩多，一為文帝廢肉刑以

來造成「死刑過重，生刑易犯」，刑制輕重失衡的窘境。正本清源之道，即是效法周的《呂刑》，蠲除微細煩冗之律，簡約法條為三千，並且恢復肉刑，使刑制輕重有差。法令和刑制的問題，沉痾已久，班固企盼主政者能勇於改作，革除弊端。

### 三、刑法志的演變

一般而言，漢唐之間正史的陳述順序是《漢書》→《晉書》→《魏書》→《隋書》。但是，若論成書的先後順序，《漢書》成於西元一世紀的東漢初年，《魏書》成於西元六世紀中的北齊，《隋書》成於七世紀上半葉的唐貞觀十年（636），《晉書》則成於貞觀二十二年（648）。因此，成書順序應是《漢書》→《魏書》→《隋書》→《晉書》。再換個角度來看，《隋書》原先只完成了紀傳部分，諸志要到高宗顯慶元年（656）方始殺青。所以，若論諸志的完成順序，或許是《漢書》→《魏書》→《晉書》→《隋書》。但毫無疑問，《魏書·刑罰志》（以下簡稱《魏志》）當為魏晉六朝唯一完整流傳的〈刑法志〉。為使行文簡潔，引用《魏志》之處，除非特別需要，不再附註。

#### （一）《魏志》的成立

《魏書》嘗有「穢史」之譏，是正史中最被詬病的一部，歷來不受重視，但近代屢有學者替魏收辯誣，力證《魏書》並非「穢史」。<sup>17</sup>至於探討《魏書》十志之論著更是鮮少，<sup>18</sup>遑論考察十志中的〈刑罰志〉了。<sup>19</sup>《魏書》的作者魏收，生於

<sup>17</sup> 近代學者中較早研究《魏書》的應是周一良，其〈魏收之史學〉原載《燕京學報》18期，後收入氏著《魏晉南北朝史論集》（北京：中華書局，1963），頁236-272。另外，尚有孫同勳，〈穢史辯誣〉，《幼獅學報》，4:1.2（台北，1961.10），頁1-17。瞿林東，〈說《魏書》非穢史〉，收入氏著《中國史學散論》（長沙：湖南教育，1992），頁182-193。幾位學者文章的主旨基本上都是為魏收昭雪，讚揚《魏書》的史學成就。

<sup>18</sup> 關於《魏書》十志的研究，目前所見僅有林晉士，〈論《魏書》十志〉，《大陸雜誌》，100:1（台北，2000.3），頁27-40。

<sup>19</sup> 廣義〈刑罰志〉研究的文章，應以日本學者內田吟風〈魏書刑罰志欠葉考〉一文

魏宣武帝正始三年（506），卒於北齊後主武平三年（572）。《北齊書》卷37有〈魏收傳〉，但已亡佚，後人乃以《北史》卷56〈魏收傳〉補之。據《北史·魏收傳》所載，收自魏節閔帝中興元年（531）開始，以散騎侍郎典起居注，并修國史。入齊後收仍經常典掌史職，前後凡二十三年。<sup>20</sup>早在東魏孝靜帝武定元年（543）魏收即求修國史，及至北齊文宣帝天保二年（551），又詔命魏收修魏史，可知魏收撰述魏史非一朝一夕。<sup>21</sup>天保五年（554）三月，魏收奏上紀傳凡一百一十卷。次年十一月，復奏十志二十卷，全書都一百三十卷。

據《北史·魏收傳》云：

始，魏初鄧彥海撰代記十餘卷，其後崔浩典史，游雅、高允、程駿、李彪、崔光、李瑒之世修其業。浩為編年體，彪始分作紀、表、志、傳，書猶未出。宣武時，命邢巒追撰孝文起居注，書至太和十四年。又命崔鴻、王遵業補續焉，下訖孝明，事甚委悉。濟陰王暉業撰辨宗室錄三十卷。<sup>22</sup>

則魏初以來一直都有編修國史，至孝明帝時，「事甚委悉」。魏收修史時，孝明以前的部分當以魏史舊稿為據。之後的部分，則為魏收等新修。或以《魏書》紀傳先成，是因為大體有國史舊稿可據；但國史缺志，無所依傍，故成書獨晚。<sup>23</sup>然而，本傳記載「（李）彪始分作紀、表、志、傳，書猶未出。」則國史應該也有志，只是尚未完成而已。魏收一年時間完成十志，一方面可能長期參與撰修魏史的工作，一方面也可能因為

---

最早。〈刑罰志〉所載費羊皮賣女案本有缺頁，內田氏即對缺漏文字作出訂補。參看氏著，〈魏書刑罰志欠葉考〉，《東西學術研究所論叢》，34（東京，1960.2），後收入氏著，《北アジア史研究——鮮卑柔然突厥篇》（京都：同朋社，1975），頁213-223。

<sup>20</sup> 周一良，〈魏收之史學〉，頁237。

<sup>21</sup> 周一良以為魏收曾三易其稿，見〈魏收之史學〉，頁240。

<sup>22</sup> 唐·李延壽，《北史》（新點校本）（北京：中華書局，1974），卷56，〈魏收傳〉，頁2030。

<sup>23</sup> 周一良，〈魏收之史學〉，頁255。

有舊稿爲基礎的緣故。本傳又云：

收所引史官，恐其陵逼，唯取學流先相附者。其房延祐、辛元植、睦仲讓雖夙涉朝位，並非史才；刁柔、裴昂之以儒業見知，全不堪編輯；高孝幹以左道求進。<sup>24</sup>

可知參與的史臣雖眾，但均非史才，《魏書》的修撰工作大致都著落在魏收個人身上。而奏上紀傳後，本傳云「收以志未成，奏請終業，許之。」則十志極有可能也是魏收一人獨力完成的。

《魏書》十志的位置，有別於一般正史皆置於本紀之後，列傳之前，卻是置於全書最後。這樣的安排當然可能是因爲魏收先奏上紀傳，後來才補上十志，故十志置於最後是成書先後的自然結果。<sup>25</sup>不過，據劉知幾《史通·序例》云：

魏收作例，全取蔚宗。<sup>26</sup>

《魏書》原有三十五例，乃全書之綱領，但今已完全亡佚，故不能確定魏收將十志置於篇末是否有特別用意。今本范曄《後漢書》的八志確是置於最後，但那是後人將司馬彪《續漢書》的八志補入之故。范曄原來是如何規劃構思？《後漢書》原先確有十志，可惜今已不存，不存之因，據《後漢書·皇后紀》云：

其職僚品秩，事在百官志。

李賢等注引沈約〈謝儼傳〉云：

范曄所撰十志，一皆託（謝）儼搜撰；垂畢，遇曄敗，悉蠟以覆車。宋文帝令丹陽尹徐湛之就儼尋求，已不復

<sup>24</sup> 唐·李延壽，《北史》，卷56，〈魏收傳〉，頁2031。

<sup>25</sup> 林晉士，〈論《魏書》十志〉，頁28。

<sup>26</sup> 唐·劉知幾撰，趙呂甫校注，《史通新校注》（重慶：重慶出版社，1990），〈內篇·序例〉，頁208。

得，一代以為恨。其志今闕。<sup>27</sup>

可知范書十志原先託謝儼搜集資料撰寫，後曄敗，儼為避禍遂毀范書十志。按沈約曾撰晉、宋、齊史，今唯《宋書》尚存，但卻沒有〈謝儼傳〉，<sup>28</sup>不知李賢等是否另有所本？至於范志是否置於全書之末，就更不得而知了。據魏收在《魏書·志·前上十志啓》曰：

竊謂志之為用，網羅遺逸，載紀不可，附傳非宜。理切必在甄明，事重尤應標著，搜獵上下，總括代終，置之眾篇之後，一統天人之跡。褊心末識，輒在於此。是以晚始撰錄，彌歷炎涼，採舊增新，今乃斷筆。<sup>29</sup>

魏收以為某些事務既須突顯其重要性，也要讓事情的來龍去脈，一目瞭然。如此，則不宜附於紀傳，需要獨立以志的形式呈現。從「置之眾篇之後，一統天人之跡」一語看來，似乎魏收原先規劃就是要將十志置於最後，從而才能囊括天道與人道的發展概況。

《魏書》十志，即天象、地形、律曆、禮、樂、食貨、刑罰、靈徵、官氏、釋老。十志中的〈釋老志〉，記述北魏時期佛道二教的發展概況，屬魏收獨創。其餘各志大抵師法前史各志而變易其名，如天象源自天文，地形源自地理，刑罰源自刑法，靈徵源自五行，官氏源自百官。<sup>30</sup>關於漢唐間正史各志的名稱和順序，可參看附表「漢唐間正史書志表」。在附表中可清楚看到自《漢書》以後，六朝所修正史唯魏收《魏書》才有〈刑罰志〉，稍早的沈約《宋書》和蕭子顯《南齊書》各志中

<sup>27</sup> 《後漢書》，卷10，〈皇后傳〉，頁457~458。

<sup>28</sup> 按《後漢書》卷40下〈班固傳下〉贊曰：「二班懷文，裁成帝墳。」李賢注引沈約《宋書》曰：「初，謝儼作此贊，云『裁成典墳』，以示范曄，曄改為『帝墳』。」頁1387。可見謝儼協助范曄編纂《後漢書》之處不止十志，而謝儼之事當見於沈約《宋書》，惟今本不存。

<sup>29</sup> 北齊·魏收，《魏書》（新點校本）（北京：中華書局，1974），〈志〉，頁2331。

<sup>30</sup> 周一良，〈魏收之史學〉，頁261-262。

均無此篇。學者進一步據《隋書·經籍志》指出東晉南朝所修正史，有〈刑法志〉篇章者寥寥無幾，大抵只有臧榮緒《晉書》、何法盛《晉中興書》、江淹《齊史》而已。<sup>31</sup>故以為南方史家將修史當成個人成名的事業，而北朝史家對現實社會種種實際問題表現得十分關注。<sup>32</sup>

北朝的正史普遍都有〈刑法志〉？南北史學真有此番差異？從而顯示北朝史家真的較關懷民生和政刑等事務？細檢《隋書·經籍志》「史部·正史類」，可以發現六朝修撰的正史絕大部分都是南人的作品，北方史家所修史籍唯北齊魏收《魏書》、隋魏彥深《後魏書》和隋牛弘《周史》等三種而已。<sup>33</sup>其中牛弘《周史》未成，魏彥深《後魏書》不知其詳，是否可因《魏書》剛好有〈刑罰志〉就論定北方史家較重視實際民生呢？筆者對此未敢苟同。南方諸史除了前述臧榮緒《晉書》、何法盛《晉中興書》、江淹《齊史》以外，據《太平御覽》卷648〈刑法部〉引述王隱《晉書》有關曹羲、劉頌論肉刑的文字，則王隱《晉書》當有〈刑法記〉。<sup>34</sup>那麼，南方史家所修史籍設有〈刑法志〉的其實不能說太少。職是之故，筆者不同意《宋書》、《南齊書》沒有〈刑法志〉，而《魏書》剛好

<sup>31</sup> 據《北堂書鈔·刑法部》所引，可知臧榮緒《晉書》有〈刑德志〉。又據《史通·因習》云：「何法盛《中興書·劉隗錄》稱其議獄，事具〈刑法說〉。」則何法盛《晉中興書》有〈刑法說〉。又據梁·蕭子顯，《南齊書》（新點校本）（北京：中華書局，1972），卷52，〈文學·檀超傳〉云：「（齊武帝）建元二年（480），初置史官，以（檀）超與驃騎記室江淹掌史職。上表立條例，開元紀號，不取宋年。封爵各詳本傳，無假年表。立十志：律曆、禮樂、天文、五行、郊祀、刑法、藝文依班固，朝會、輿服依蔡邕、司馬彪，州郡依徐爰。百官依范曄，合州郡。」可知江淹《齊史》有〈刑法志〉。關於東晉南朝正史〈刑法志〉的考訂部分，可參看胡寶國，〈南北史學異同〉，收入氏著，《漢唐間史學的發展》（北京：商務印書館，2003），頁189。

<sup>32</sup> 胡寶國，〈南北史學異同〉，收入氏著，《漢唐間史學的發展》，頁187-193。

<sup>33</sup> 唐·魏徵，《隋書》（新點校本）（北京：中華書局，1973），卷33，〈經籍志二〉，頁953-957。

<sup>34</sup> 王隱《晉書》易志為記可參看清人章宗源的考訂，見氏著，《隋書經籍志考證》，收入《二十五史補編》（北京：中華書局，1955），頁4948。〈刑法記〉文字可參看清·湯球輯；楊朝明校補，《九家舊晉書輯本》（鄭州：中州古籍，1991），頁206-209。

有〈刑罰志〉，是代表南北史家對民生刑政的態度。

〈刑法志〉在漢唐之間，並非正史必備的篇章，所以，其取捨可能與現實需要有關。眾所周知，晉武帝泰始年間，命賈充等修訂律令。賈充等在《魏律》的基礎上重制新律，新律在泰始四年（268）頒行，是為《泰始律》。有別於《漢律》有一萬三千四百七十三條，一直被詬病煩冗，《泰始律》只有六百二十條，史稱「蠲其苛穢，存其清約。」<sup>35</sup>晉律的制訂和頒行，堪稱晉朝政治上重大事件，難怪各家晉史頗有〈刑法志〉一類的篇章。《泰始律》制定後，東晉、宋、齊之世都沿而未改。及至梁武帝天監元年（502），始命沈約重新制律。《梁律》雖名新修，大致仍是依循晉律。陳武帝在登基的永定元年（557），亦令臣下編定《陳律》，但大致是「一用梁法」。<sup>36</sup>於此可見東晉南朝二百多年的時間，基本上仍是襲用西晉的《泰始律》。<sup>37</sup>既然晉律一直沿而未改，法典並無任何更動，而宋、齊又只是短命王朝（宋58年、齊22年），那麼，《宋書》、《南齊書》究竟有沒有必要別立〈刑法志〉，確是不無疑問。既然法律沒有任何修訂，那麼〈刑法志〉應要記載的刑獄事項，大可附在紀傳中陳述即可。是故沈約在《宋書·志序》云：

刑法食貨，前說已該，隨流派別，附之紀傳。<sup>38</sup>

《宋書》等未立〈刑法志〉或許不是不重視刑獄，只是沒有必要罷了。

至於《魏書》設立〈刑罰志〉之因，筆者推想既有師法班

<sup>35</sup> 唐·房玄齡，《晉書》（新點校本）（北京：中華書局，1974），卷30，〈刑法志〉，頁927。

<sup>36</sup> 《隋書》，卷25，〈刑法志〉，頁702。

<sup>37</sup> 程樹德，《九朝律考》（北京：中華書局，1963）〈南朝諸律序考〉云：「陳律篇目，全與梁同，是梁陳兩朝之律，質言之，即晉律之張（斐）杜（預）舊本。」頁311。

<sup>38</sup> 梁·沈約，《宋書》（新點校本）（北京：中華書局，1974），卷11，〈志·序〉，頁204。

固《漢書》十志的地方，也有實際需要的考量。《魏書》十志師法班固《漢書》十志之跡，相當明白。從《魏書》十志的名稱和內容來看，同於班固《漢書》十志的高達八篇，尤其是〈食貨志〉、〈刑罰志〉，在六朝芸芸史籍中，更是明顯祖述《漢書》。<sup>39</sup>《魏書》為何沒有《漢書》中的〈溝洫志〉和〈藝文志〉，魏收還特別作出解釋，據前引《魏書·志·前上十志啓》曰：

河溝往時之切，釋老當今之重，藝文前志可尋，官氏魏代之急，去彼取此，敢率愚心。

刪去〈溝洫志〉是因為河渠水利並非北魏的重要事務，沒有〈藝文志〉是因為《漢書·藝文志》已有詳細的登錄。《魏書》連為何沒有〈溝洫志〉、〈藝文志〉都要說明，顯見《漢書》十志是魏收乃至當時史家的參照典範。

此外，以北魏實際的法制變遷來看，也的確有必要設〈刑罰志〉。北魏歷代君王勤於改革刑制和修訂法典，亦相當關心獄訟。以修律一事而論，自太武帝以來，歷文成帝、孝文帝，至宣武帝方始大功告成。有魏一代，前後五度修訂刑律，考訂之勤，超越前世。除此以外，每朝蠲除酷刑或者針對個別罪名的零星修訂，屢見不鮮。誠如魏收所云「理切必在甄明，事重尤應標著」，附於紀傳之中並不合宜，必須要獨立成篇才能使發展脈絡清晰以及突顯其重要性。

## （二）《魏志》的結構

《魏志》大致分為三部分：（一）總序刑罰的起源和作用；（二）概述上古至北魏以前的刑罰發展；（三）記載有魏一代的刑罰發展情況，是《魏志》的主體。

### 1. 總序：刑罰的起源和作用

《魏志》受到《漢志》的影響，首先分從自然與民情的視角，總述刑罰的起源和作用。

<sup>39</sup> 林晉士，〈論《魏書》十志〉，頁30。

## 2. 北魏以前的法制發展概況

《魏志》敘述上古以來的刑罰發展，作為背景說明。為免陳述過於蕪雜，茲簡列如下：

- I · 上古之世：古之象刑。舜作五刑。夏刑二千。周建三典。
- II · 戰國：競任威刑，以相吞噬。
- III · 秦始皇：法繁網密，囹圄成市。
- IV · 漢興：
  - 高祖朝：約法三章。
  - 文帝朝：斷獄四百，幾致刑措。
  - 武帝朝：以姦宄滋甚，增律五十篇。
  - 宣帝朝：路溫舒議改革刑獄。于定國集諸法律。
- V · 曹魏：
  - 魏武帝：甲子之科。
  - 明帝朝：改士民罰金之坐，除婦人加笞之制。
- VI · 晉代：制定晉律

北魏以前的法制發展概況，大體以《漢志》為藍本而加以刪節，增補的只有曹魏和晉代的部分，不超過一百字。

## 3. 北魏的法制發展概況

《魏志》主體部分是記載魏初以來至東魏的法制概況，內容包括了屢次的修訂刑律，改革刑獄，以及重大的司法案件等。茲簡列如下：

- I · 魏初：以言語約束，刻契記事。穆帝時，峻刑法，以軍令從事，民死者以萬計。
- II · 太祖、太宗朝：太祖以前代刑網峻密，乃約定科令。太宗時，為吏者深文。
- III · 世祖朝：詔崔浩定律令。游雅議謫徙罪囚。以經義斷疑獄。
- IV · 高宗朝：設酒禁。增置內外候官。增律七十九章。
- V · 顯祖朝：除口誤，開酒禁。罷門房之誅。獄案皆令覆

鞠。慎赦。

- VI · 高祖朝：改革死罪裸形伏法。罷候官。修改律文。定枷制。班祿制，懲貪污。更議律令。留養制。
- VII · 世宗朝：議定律令。定枷杖大小之制。論官當。論叛逆會赦後復仕案。費羊皮賣女案。皇族犯法在議請之外依常法。論除名之制。
- VIII · 孝明帝朝：劉景暉案。李憐生行毒藥案。直閣等官準用正官抵罪。劉輝毆傷公主傷胎案。天下大亂，官人以深酷為能，孫騰奏請治獄悉依律令。

### （三）《魏志》對《漢志》的繼承與創新

魏收修撰《魏書》之時，可能受到哪些前輩〈刑法志〉的影響呢？其時除了班固《漢書》以外，王隱、何法盛等人的晉史固然早已問世，但因南北隔閡，魏收是否得睹王氏等人的〈刑法志〉，不無疑問。要而言之，《魏志》書寫參照的對象，非《漢志》莫屬。

《漢志》乃正史〈刑法志〉的第一部，其書寫方式對後來的《魏志》是有顯著影響的。《漢書》雖為斷代之作，但正如前述，〈刑法志〉敘事不限於漢代，而是通論上古以迄東漢的發展概況，屬通史體裁。《漢志》敘事部分由三項構成，一為論刑法的起源；二為先漢的法制發展；三為漢代的法制概況。

《魏志》繼承了《漢志》的結構，也是包含了刑法的起源；上古以迄魏前的法制發展；北魏的法制概況。其次，在關於刑法起源的論述，《魏志》應當也是仿效《漢志》分別從自然和人情加以論述。至於《魏志》關於魏晉以前法制的發展，更是根據《漢志》刪略而成，故所記不出《漢志》的範圍。

《魏志》固然有繼承《漢志》之處，但畢竟也有《魏志》自身發展出來的特色。首先，《魏書》之設〈刑罰志〉毫無疑問是受到《漢書·刑法志》的影響，但魏收變易〈刑法志〉為〈刑罰志〉，當不僅只是名稱之改動而已。正如前述，《漢志》內容包含「刑」和「法」，雖是刑先法後、刑主法從，但

班固既論述漢「刑」的諸多問題，亦指出漢「法」的蕪雜繁瑣，可見畢竟只有偏重並無偏廢。然而，《魏志》的書寫顯然是以刑罰為中心，是詳刑而略法的。

《魏志》述論北魏以前的法制概況強調的都是刑，譬如，述戰國則謂「競任威刑」；論秦朝則云「獄犴淹積，囹圄成市」；稱頌漢文帝則曰「斷獄四百，幾致刑措」。甚至在約六百五十字的篇幅中，還節錄宣帝朝路溫舒改革刑獄的奏議約一百八十字。在路溫舒奏議之後，魏收接著說「痛乎！獄吏之害也久矣。故曰：古之立獄，所以求生；今之立獄，所以求殺人。不可不慎也。」這是通篇〈刑法志〉中魏收唯一直接表達對法制態度的文字。要而言之，《魏志》內容不外乎「刑」和與其密切相關的「獄」。

《魏志》在敘述北魏各個階段的法制狀況時，基本上都圍繞著刑罰和獄訟而展開。譬如，魏初云「刑禁疏簡」，太祖道武帝朝則云「既定中原，患前代刑網峻密。」太宗明元帝朝命官員「理民訟」。世祖太武帝朝以「刑禁重」，令崔浩定律令。顯祖獻文帝末年，「尤重刑罰，言及常用惻愴。每於獄案，必令覆鞫。」敘述焦點完全是刑而不是法。此外，關於各朝法制的改革，魏收幾乎都只關心刑罰的部分，或是蠲除酷刑，或是制定輕刑，或是留心獄訟。即使律令的改訂，也都以刑的角度來論述，譬如，關於太武帝太平真君六年（445）命游雅與胡方回等改訂律令，云：

盜律復舊，加故縱、通情、止舍之法及他罪，凡三百九十一條。門誅四，大辟一百四十五，刑二百二十一條。

門誅即門房之誅，即族刑；大辟即死刑；「刑罪」即後世的徒刑。及至高宗朝改律，云：

又增律七十九章，門房之誅十有三，大辟三十五，刑六十二。

又孝文帝太和五年（481）改律，云：

凡八百三十二章，門房之誅十有六，大辟之罪二百三十五，刑三百七十七。

可知〈刑罰志〉對於律令的條文，是用「以刑統罪」而非「以罪統刑」的方式來表述的。<sup>40</sup>相對於重視刑獄，〈刑罰志〉明顯有意忽略律令的記載。最明顯的例子，莫過於孝文帝《太和新律》和宣武帝《正始律》的失載。太和十六年（492）頒定的《太和新律》和正始年間頒定的《正始律》，象徵北魏數代官員長久以來改訂律令的心血結晶，乃何等盛事！但其事卻不載於〈刑罰志〉。甚至，魏律各篇篇名，〈刑罰志〉亦失載。筆者以為這不是魏收不小心遺漏，而是有意的取捨。《魏書·刑罰志》與《漢書·刑法志》最大的差異，除了名稱的改易外，更重要的是內容自「刑主法從」轉變為「詳刑略法」。

其二，魏收論刑迥異於班固。班固秉承經典「兵刑合一」的思想，所以，《漢志》花了很大篇幅詳述上古至漢初的兵事。這樣「兵刑合一」的寫法，《魏志》並沒有繼承。《魏志》所述只是《漢志》致諸朝市的「小刑」，完全不談兵事。

其三，《漢志》只記律令的修訂和刑獄的改革，但《魏志》除了這些部分以外，花了相當篇幅記載「費羊皮賣子案」、「劉輝毆主傷胎案」等重大司法案例，已逾《漢志》的範疇了。《魏志》詳載「費羊皮賣子案」等重大刑案，究其原因，正是因為這些疑獄都是在朝臣反覆論辯之後方始定讞，符合魏收強調獄訟「不可不慎」的主張。

其四，《魏志》雖然受到《漢志》「動緣民情」和「則天

<sup>40</sup> 所謂「以刑統罪」，乃上古法律編纂的形式，即以刑名為篇目，將同樣刑度的犯罪條文分類編輯，如《尚書·呂刑》：「墨罰之屬千，劓罰之屬千，剕罰之屬五百，宮罰之屬三百，大辟之罰其屬二百，五刑之屬三千。」參看《尚書注疏》（十三經注疏本），頁249。及至戰國時期的《法經》六篇，分別是《盜》、《賊》、《囚》、《捕》、《雜》、《具》等，法律編纂形式已進步為「以罪統刑」，就是將同性質的犯罪匯集一起為篇目，然後再規定刑罰。秦漢以來的刑律皆繼承這樣的形式。

象地」論述角度的影響，但細究二者的內容，似乎同中有異。《漢志》裡所談的動緣民情，是從一種社會關係而言。《漢志》以爲人不能不群聚，否則不能戰勝其他動物，但群而不足就會相爭。聖人以愛和德來治理人民，而愛必須靠敬才能維持，德則需要威才能長久。爲使人民能恭敬，爲使君主的威嚴能彰顯，就需要借助禮和刑。刑的起源傾向於從一種社會關係的實際狀況來說明。但《魏志》中的「民情」，則是指人的性情，云：

生民有喜怒之性，哀樂之心，應感而動，動而逾變。

人有喜怒哀樂，會因外物感應而引發，繼而產生種種變化，有時會逾越了規定的界限。因而需要一些處罰，以「示恥申禁」，使人不敢犯。可見《魏志》純粹從個人的性情加以說明，有別於《漢志》從社會的角度討論。

又關於「則天象地」觀點，班固以爲刑法能使人群免於相爭，維持社會安定，而且人世間需要刑法，就有如自然界有雷電殺戮一般。但《魏志》卻是這樣說的：

陰陽所育，稟氣呈形，鼓之以雷霆，潤之以雲雨，春夏以生長之，秋冬以殺藏之。斯則德刑之設，著自神道。聖人處天地之間，率神祇之意。

以爲陰陽之氣，既可爲雷霆，也可爲雲雨，故「德刑之設，著自神道」，即德和刑正是這種天地自然道理的表現。德刑合乎自然的觀點，即《漢志》「則天象地」之意。但《魏志》接著卻指出聖人是處天地之間，儼然天地人神之間協調者的身分，秉承神靈的意志設置了德刑。班固是說刑德合乎自然法則，但魏收卻說聖人秉承神靈的意志而制刑德，如此說來，刑是來自於天，既是自然，也具有神權的來源。

## 四、刑法志的確立

《晉書》和《隋書》乃唐初官修正史，皆設〈刑法志〉一門，自《晉書》、《隋書》以後，正史大抵皆有〈刑法志〉了。簡而言之，正史的〈刑法志〉是在初唐正式確立的。以下就《晉書·刑法志》（以下簡稱《晉志》）和《隋書·刑法志》（以下簡稱《隋志》）的編撰、構造、歷史地位等，分別述論。爲使行文簡潔，引用《晉志》、《隋志》之處，除非特別需要，不再附註。

### （一）《晉志》和《隋志》的編撰

《晉書》成書時間自來頗有爭議，或據《舊唐書》卷66〈房玄齡傳〉以爲成書於貞觀二十年（646），或據太宗〈修晉書詔〉以爲貞觀二十年閏二月才開始修撰。<sup>41</sup>根據《隋書·經籍志》記載，唐初有十八家晉史，但「制作雖多，未能盡善」，<sup>42</sup>在貞觀十五年（641），令狐德棻曾薦李延壽修《晉書》，開始重修《晉書》的活動。<sup>43</sup>及至二十年，太宗頒〈修晉書詔〉，再度啓動重修工作，二年後即貞觀二十二年（648）成書。<sup>44</sup>《晉書》除以臧榮緒《晉書》爲底本外，亦有採用干寶《晉紀》之處。<sup>45</sup>全書帝紀十卷，志二十卷，列傳七十卷，載記三十卷，都一百三十卷。參與編修的共二十一人，由房玄齡、褚遂良、許

<sup>41</sup> 宋·宋敏求編，洪丕謨等點校，《唐大詔令集》（上海：學林出版社，1992），卷81，〈政事·經史〉「修晉書詔」，頁422-423；宋·王溥撰；何泉達等點校，《唐會要》（上海：上海古籍出版社，1991），卷63，〈史館上·修前代史〉，頁1288。

<sup>42</sup> 唐·劉知幾撰，趙呂甫校注，《史通新校注》，〈外篇·古今正史〉，頁720。

<sup>43</sup> 唐·李延壽，《北史》，卷100，〈序傳〉云：「（貞觀十五年）令狐德棻又啟（李）延壽修《晉書》，因茲復得勘究宋、齊、魏三代之事所未得者。」（頁3343）。此條史料在有關《晉書》修撰的論著中，少見引用，岳純之據此以爲唐修《晉書》的活動，可能早在貞觀十五年就開始。見氏著，《唐代官方史學研究》（天津：天津人民，2003），第四章，〈《晉書》的重修〉，頁76。

<sup>44</sup> 參看趙俊，〈唐修《晉書》時間考〉，《史學史研究》，3（北京：1984.9），頁28-29。

<sup>45</sup> 拙作，〈試論干寶與《晉紀》——兼論東晉的史學〉，《臺灣師大歷史學報》，23（台北，1995.6），頁19-23。

敬宗三人監修，敬播擬定修史體例，可惜已經亡佚。<sup>46</sup>《晉書》十志中〈刑法志〉列於最後，關於各志的篇名與順序，可參看附表。

《隋書》編修的工作，始自唐武德四年（621）令狐德棻的建議。翌年，高祖下令修撰北魏、北周、北齊、梁、陳、隋六代史。<sup>47</sup>但「綿歷數載，竟不就而罷。」<sup>48</sup>太宗貞觀三年（629），復下敕修撰北周、北齊、梁、陳、隋五代史，而《隋書》是由魏徵主持，並與房玄齡總監諸代史。<sup>49</sup>貞觀十年（636），《隋書》與其他四朝史同時撰成，合稱「五代史」。「五代史」只有紀、傳，並沒有志。貞觀十五年（641），太宗復命于志寧、李延壽等續修「五代史志」，由令狐德棻監修。「五代史志」遷延時日，至高宗顯慶元年（656）方始完成。那麼，「五代史志」中的〈刑法志〉是甚麼時候完成呢？在〈刑法志〉中似乎透露一點線索，云：

彪、約所製，無刑法篇，臧、蕭之書，又多漏略。是以撮其遺事，以至隋氏，附于篇云。

彪即司馬彪、約即沈約、臧即臧榮緒、蕭即蕭子顯。司馬彪《續漢書》、沈約《宋書》、蕭子顯《南齊書》都沒有立〈刑法志〉，臧榮緒的《晉書》雖有〈刑德志〉但被批評多有缺漏。《隋志》以臧榮緒《晉書》作為晉史的代表，看來《隋志》撰寫之時，房玄齡領銜的新《晉書》仍未問世。此外，由於司馬彪等書在刑法記載的缺漏，《隋志》原來的規劃似乎要撮錄東漢、曹魏、兩晉、劉宋、蕭齊的「遺事」，則《隋志》

<sup>46</sup> 岳純之，《唐代官方史學研究》，第四章，〈《晉書》的重修〉，頁84。

<sup>47</sup> 後晉·劉昫，《舊唐書》（新點校本）（北京：中華書局，1975），卷73，〈令狐德棻傳〉，頁2597。六代史負責修撰的人士，可參看邱添生，〈唐初纂修前代正史析論〉，收入中興大學歷史系主編，《第三屆史學史國際研討會論文集》（台中：青峰出版社，1991），頁364。

<sup>48</sup> 宋·王溥撰，何泉達等點校，《唐會要》，卷63，〈史館上·修前代史〉，頁1287。

<sup>49</sup> 《舊唐書》，卷73，〈令狐德棻傳〉，頁2598。五代史負責修撰的人士，可參看邱添生前揭，〈唐初纂修前代正史析論〉，頁365。

所記將是上起東漢，下迄楊隋的。《隋志》後來沒有記述這些內容，應是新《晉書》重修計劃啓動後，東漢、曹魏、兩晉的部分都移入《晉志》的範圍了。《隋志》完成時間應早於《晉志》，最早當在貞觀十五年，最遲不晚於貞觀二十二年。

後來，「五代史志」附於《隋書》之中，即是現在的《隋書》十志。據劉知幾《史通·外篇·古今正史》云：

太宗崩後，（五代史志）刊勒始成，其篇第雖始成隋書，其實別行，俗呼為五代史志。<sup>50</sup>

則「五代史志」可能在編修完畢時，因「五代史」早已成書刊刻，故是獨立別行的。不過，據李延壽《北史·序傳》云「貞觀十七年，尚書右僕射褚遂良時以諫議大夫奉敕修隋書十志。」則當時已稱「五代史志」為「《隋書》十志」。而且，十志的記載以隋代較詳，對於梁陳齊周，都列舉朝代名，但隋代部分卻稱帝號或年號，可見編寫時就以隋朝為主。<sup>51</sup>《隋書》十志，〈刑法志〉列於第七，關於各志篇名與順序，可參看附表。據《北史·序傳》云「然其書（指「五代史」）及志始末是臣所修。」則〈刑法志〉的作者，或許就是李延壽。若然，《晉志》的作者或許也是他吧。

為何《晉書》和《隋書》都設立〈刑法志〉呢？筆者以為唐初史臣應是遠宗班固，近師魏收的結果。

班固《漢書》自問世以來，即享譽史壇，東漢魏晉六朝之世，自君王至稚童，閱讀《漢書》蔚為風氣，注釋《漢書》竟達七十七家。<sup>52</sup>隋唐時期，「《漢書》學」成為顯學，名家輩出。隋時劉臻，史稱「精於兩《漢書》，時人稱為「漢聖」。」<sup>53</sup>而其時影響更大，堪稱《漢書》學的泰斗，恐怕非蕭

<sup>50</sup> 唐·劉知幾撰，趙呂甫校注，《史通新校注》，〈外篇·古今正史〉，頁762。

<sup>51</sup> 唐·魏徵，《隋書》，「出版說明」。此說早為清人姚振宗提出，見氏著，《隋書經籍志考證》，收入《二十五史補編》，頁5041。

<sup>52</sup> 參看張榮芳，〈魏晉至唐時期的《漢書》學〉，收入中興大學歷史系主編，《第三屆史學史國際研討會論文集》，頁303-306。

<sup>53</sup> 《隋書》，卷76，〈文學·劉臻傳〉，頁1731。

該、包愷莫屬，史稱：

于時漢書學者，以蕭、包二人為宗匠。聚徒教授，著錄者數千人。<sup>54</sup>

可知「《漢書》學」之盛。隋末的李密即從包愷受《漢書》，<sup>55</sup>閻毗受《漢書》於蕭該。<sup>56</sup>貞觀朝奉敕修撰《梁書》、《陳書》的姚思廉則受《漢書》於其父姚察。<sup>57</sup>「《漢書》學」的盛況至唐而不衰，太宗朝，顏師古在歷代注釋家的基礎上集注《漢書》，成《漢書注》一書。<sup>58</sup>「《漢書》學」既是如此興盛，《漢書》志的體裁不可能不影響到唐初群臣所修的史書。除了《漢書》的影響以外，更不能忽略魏收《魏書》的作用。對照《隋書》、《晉書》十志與之前正史各志的篇目，除了沒有〈釋老志〉以外，幾乎盡同於《魏書》。《隋書》所增〈經籍志〉當為遠宗班固《漢書》的〈藝文志〉，但志末關於佛經道經的敘錄，其實彷彿就是簡要的〈釋老志〉。<sup>59</sup>另外，《晉書》仿《南齊書》之例，析〈禮志〉為〈禮志〉、〈輿服志〉二篇，略異於《魏書》只有〈禮志〉。監修《隋書》的史臣，如魏徵、令狐德棻、長孫無忌等，或是制定《晉書》凡例的敬播皆北朝系統的官僚，同是北朝史官的魏收，應當對他們有較深的影響吧。

除了史學的淵源外，也不能忽視現實的狀況。《隋志》的內容詳見下節，不過概略而言，《隋志》的重點是記載梁、陳、北齊、北周、隋五代律令的撰修，其中尤以隋代敘述較詳。五代都曾頒行新律，所以立〈刑法志〉載明其事，自然是

<sup>54</sup> 《隋書》，卷75，〈儒林·包愷傳〉，頁1716。

<sup>55</sup> 《隋書》，卷70，〈李密傳〉，頁1624。

<sup>56</sup> 《隋書》，卷68，〈閻毗傳〉，頁1594。

<sup>57</sup> 宋·歐陽修、宋祁，《新唐書》（新點校本）（北京：中華書局，1981），卷102，〈姚思廉傳〉，頁3978。

<sup>58</sup> 關於六朝隋唐「《漢書》學」盛行和發展，除了前揭張榮芳，〈魏晉至唐時期的《漢書》學〉一文外，尚可參看陳其泰前揭，〈再建豐碑〉，頁274-275；瞿林東，《中國史學史綱》（台北：五南，2002），頁284-285。

<sup>59</sup> 白壽彝著，〈唐初所修八史〉，收入前揭氏著，《中國史學史論集》，頁182。

合情合理的。另外，五代史既有「覽前王之得失，為在身之龜鏡」之作用，<sup>60</sup>則《隋志》編撰之目的，正是希望透過法制角度探討前朝興亡的根源，作為君主的龜鏡。尤其是前隋的情況，更是殷鑑未遠，隋文帝如何「用法益峻……喜怒不恆，不復依準科律」，煬帝如何「益肆淫刑」，最後導致「天下大潰」，都是可資警惕的教訓。<sup>61</sup>

除此以外，筆者以為《隋志》的編寫或與李唐正統地位的樹立有關。貞觀年間，武力統一天下已告一段落，李唐有必要對南北朝歷史文化和典章制度作一回顧和總結，藉以建立政權的正當性，進一步鞏固統治。貞觀朝「五代史」的編修（完成於貞觀十年（636））、「五經義疏」的考訂（完成於貞觀十六年（642）），乃至「五代史志」特別是《隋志》的制作，無不與此攸關。「五代史志」的編修始於貞觀十五年（641），在四年之前的貞觀十一年（637），太宗頒定《貞觀律》十二卷、《貞觀令》三十卷和《貞觀格》十八卷，唐代典章制度可謂粲然大備。貞觀律令是在武德律令的基礎上大幅修訂而成，高祖朝值兵馬倥傯，不遑創制，故武德律令「大略以開皇為準」，<sup>62</sup>可知唐代的律令直接繼承自隋朝。《隋志》的任務無疑是敘明唐代律令的淵源脈絡，建構一套典章制度的發展系譜。唐律的祖型是北魏律，北魏律為北齊和北周繼承，分別形成了《河清律》和《大律》。史稱「隋文帝參用周、齊舊政，以定律令」，<sup>63</sup>則《河清律》和《大律》都是隋開皇律令的來源。《隋志》記載北齊北周楊隋的律令體系，旨在闡明唐制乃在前朝制度的基礎上，一代一代累積建立起來的。唐初修前朝史的目的

<sup>60</sup> 宋·王欽若等編纂，周勛初等校訂，《冊府元龜》（南京：鳳凰出版社，2006），卷554，〈國史部·恩獎〉，頁6348。

<sup>61</sup> 關於唐初修撰《隋書》之目的旨在以隋為鑑、汲取歷史教訓，習見於一般中國史學史著作。讀者可參看謝保成，《隋唐五代史學》（廈門：廈門大學，1995），第二章，〈以前王得失為鑑戒的《隋書》等五代史〉，頁27-53。白壽彝主編，瞿林東著，《中國史學史》第三卷（上海：上海人民，2006），頁137-145。

<sup>62</sup> 《舊唐書》，卷50，〈刑法志〉，頁2134。

<sup>63</sup> 《舊唐書》，卷50，〈刑法志〉，頁2133。

如果是藉此申明李唐的法統來源，以建立政權的合法性；《隋志》編修的目的就是為大唐的典章制度尋找歷史淵源，以建立其合理性。附帶一提的是，《隋志》囿於體例，不載劉宋、蕭齊的刑法，不無遺憾。但《隋志》真要「撮其遺事」作一簡要背景說明，其實並非難事。《隋志》不此之圖的原因，恐怕是對於源出西魏北周楊隋的李唐政權而言，北朝的律令體系才是其標榜繼承的對象，南朝前期的宋齊就沒有必要追溯了。

那麼，《晉書》為何要立〈刑法志〉呢？正如前述，漢代刑法的問題，一為肉刑廢後，刑罰輕重失衡；一為律令蕪雜繁瑣，亟待刪定。東漢以來，議復肉刑的呼聲，從未稍竭。漢末魏晉二百多年間，朝廷為了恢復肉刑一事，竟曾先後五次激辯。<sup>64</sup>另外，西晉武帝泰始制律，將漢律一萬三千四百七十三條，刪定為《泰始律》六百二十條，世稱《泰始律》「蠲其苛穢，存其清約」，<sup>65</sup>評價極高。因此，不論從刑罰抑或律令的角度審視，晉代的地位都異常突出。誠如魏收所言「理切必在甄明，事重尤應標著」，若不別立〈刑法志〉，將無法做到「片文隻事，鴻纖備舉」。<sup>66</sup>是故唐前諸家舊晉史，如王隱、臧榮緒、何法盛等書都有類似〈刑法志〉的篇章。況且，《泰始律》一直為東晉南朝二百多年所繼承，而北魏晚年制定的《正始律》堪稱北魏律的定本，但學者以為仍是以晉《泰始律》為底本修訂而成的，<sup>67</sup>可見晉律影響南北超過三百年，其律令史上的地位相當隆崇。唐初史臣以今視昔，自然深明晉律的重要意義，故設立〈刑法志〉應是理所當然。

正如前述，《隋志》的任務是敘明唐代律令的淵源脈絡，建構一套典章制度的發展系譜。那麼，稍晚成立的《晉志》是否也扮演相同的角色？個人以為的確不無可能。最值得注意的

<sup>64</sup> 參看拙著，〈漢末魏晉肉刑爭議析論〉，《中國史學》，14（京都，2004.9），頁71-85。

<sup>65</sup> 唐·房玄齡，《晉書》（新點校本）（北京：中華書局，1974），卷30，〈刑法志〉，頁927。

<sup>66</sup> 《宋書》，卷11，〈志·序〉，頁203。

<sup>67</sup> 劉俊文撰，《唐律疏議箋解》（北京：中華書局，1996），〈序論〉，頁7。

證據，應該就是《晉志》關於李悝《法經》的記載。李悝著《法經》一事以及今本《法經》的真偽，向來頗有爭議。<sup>68</sup>最早提到《法經》的史料是三國時期陳群、劉邵《魏律·序略》文字，云：

舊律因秦《法經》就增三篇，而具律不移，因在第六。<sup>69</sup>

這裡的「舊律」是指漢的《九章律》，而《九章律》是據秦的《法經》增修的。另一處提到《法經》的史料，就是《魏志》。魏收述戰國的法制概況時，云

商君以《法經》六篇，入說於秦，議參夷之誅，連相坐之法。

可見《法經》並非秦固有之制，是商鞅自外帶來的。這二條史料都沒有提到《法經》的作者和內容。首先清楚指出李悝與《法經》關係以及《法經》內容的，就是《晉志》。《晉志》述曹魏律令制定前的狀況時，云：

是時承用秦漢舊律，其文起自魏文侯師李悝。悝撰次諸國法，著法經。以為王者之政，莫急於盜賊，故其律始於盜賊。盜賊須劾捕，故著囚捕二篇。其輕狡、越城、博戲、借假不廉、淫侈、踰制以為雜律一篇，又以具律具其加減。是故所著六篇而已，然皆罪名之制也。商君受之以相秦。

這段文字有幾個重點，第一，明白指出李悝著《法經》；第二，說明《法經》有盜、賊、囚、捕、雜、具等六篇及其意旨；第三，《法經》是「以罪統刑」的；第四，商鞅將《法經》傳入秦國。

李悝《法經》真偽非本文能夠辨證，但唐初史臣對李悝

<sup>68</sup> 關於《法經》真偽的討論，可參看何勤華，〈《法經》論考〉，收入氏著，《中國法學史》（北京：法律出版社，2007），頁58-72。

<sup>69</sup> 《晉書》，卷30，〈刑法志〉，頁924。

《法經》的「新發現」，在唐代建立律令制度發展系譜而言是深具意義的。唐人在縷述律令發展時，固然可以遠宗古典所載的「禹刑」、「湯刑」、「周刑」等，但一方面這些遠古刑典早已湮沒無聞，對其內容無片言隻字的認識。另一方面，這些刑典看來都是「以刑統罪」而非「以罪統刑」，與秦漢以降刑律法典形式不同。後世律典最直接和具體的祖源，無疑就是漢初蕭何所制《九章律》。但《九章律》不是憑空創制，《漢志》云「於是相國蕭何攬摭秦法，取其宜於時者，作律九章。」可見《九章律》是根據秦法為底本制定的。而不管是《漢志》或是《魏志》，都特別標出商鞅作為秦代律典的奠基者。然而秦的暴虐和商鞅的酷烈，自漢代以來早已被定性作為負面的對象來表述。倘若唐人真要建構一個完整的律令發展系譜，這個系譜的源頭是暴虐的秦朝，其奠基者是酷烈的商鞅，顯然並不恰當。在這樣的狀況下，李悝的《法經》就非常重要了。

李悝或作里悝、李克，是孔子再傳弟子，為戰國魏文侯師，主張「盡地力之教」，使魏國走上富強之路。《法經》有盜、賊、囚、捕、雜、具等六篇，都是「以罪統刑」，符合戰國以降法典的形式。《晉志》對李悝《法經》的論述，無疑是以李悝取代商鞅作為律典奠基者的角色，並以《法經》淡化秦法的色彩，取代秦律成為中國律令系統的源頭。律令系譜為之源清本正，整個系譜於焉建構完成。<sup>70</sup>《晉志》提出李悝《法經》以明唐代典章法度之「源」，《隋志》縷述唐前法制以釐清唐代典章法度之「流」，從而標榜唐制淵源流長且集其大成。自《晉志》提出李悝《法經》的論述後，《法經》的地位在唐代基本上就定調了。唐代的政書，諸如高宗朝的《唐律疏議》、玄宗朝的《唐六典》、德宗朝杜佑的《通典》等，在論

<sup>70</sup> 簡而言之，律典的發展脈絡是法經—秦律—漢九章律—魏律十八篇—晉泰始律。晉亡後，南方繼承晉律而有梁律和陳律；北魏則吸收漢律和晉律而有正始律。正始律影響而有北齊的河清律和北周的大律，河清律和大律為隋吸收而有開皇律，開皇律為唐吸收而有武德律和貞觀律。

及律令編纂的歷史時，無不奉行《晉志》的說法，以《法經》作為中國律令法典的始祖。

## （二）《晉志》和《隋志》的結構

### 1. 《晉志》的結構

（1）總論刑法。《晉志》一仍舊來〈刑法志〉的書寫方式，開頭先總論刑法。關於刑法的根本原則，《晉志》提到幾點重要主張：一）先禮後刑，禮刑並重；二）人有善惡既是自然之理，則禮刑有其必要性；三）君主不應率意干預刑獄和法律。

#### （2）先晉的刑法變遷：

《晉志》撰修之時，鑑於《漢書·刑法志》只記載東漢初年之事，《後漢書》又沒有〈刑法志〉，所以在敘述晉朝概況之前，《晉志》花了很大篇幅補充東漢以迄魏末的法制變遷。東漢以來刑法的改革和議論，賴《晉志》得以保存。茲簡列如下：

- I · 上古之世：上古的象刑。舜造五刑。夏朝五刑三千。周的五刑二千五百條。李悝著《法經》六篇。
- II · 東漢之世：光武帝朝，梁統論改訂刑律。章帝朝，陳寵奏請決罪行刑，務存寬厚，和帝朝，陳寵蠲革舊律。獻帝朝，應劭刪定律令。朝廷議復肉刑，孔融議其不可。
- III · 曹魏之世：魏文帝朝，又議肉刑。明帝朝，以漢律蕪雜，下詔但用鄭氏章句。衛覬奏置律博士。命陳群制魏律十八篇。

#### （3）晉代的概況：

晉代法制的概況，是《晉志》的核心部分，約占一半篇幅，除了記載《晉律》修撰的經緯和內容外，也保留了大臣對刑制改革的主張以及君臣應守文奉法的議論。茲簡列如下：

- I · 曹魏司馬師輔政時，改定婦女緣坐規定。司馬昭輔政時，令賈充訂律令。

- II · 晉武帝泰始四年，頒定新律。《晉律》篇名、刑種和等級。張斐注律。廷尉劉頌議復肉刑。
- III · 惠帝朝，裴頠議刑獄當依準常刑。劉頌論大小官吏應守文奉法。
- IV · 元帝朝，熊遠議請依準律令經傳。衛展議蠲除詔書不可用者。衛展等復肉刑之爭議。
- V · 安帝朝，桓玄議復肉刑。

## 2. 《隋志》的結構

(1) 總論刑法。《隋志》與《晉志》相同，都在開頭先總論刑法。關於刑法的根本原則，《隋志》提到幾點重要主張：(一) 聖人法象宇宙四時，制定刑法；(二) 養化爲先，明刑爲助；(三) 理想的法律，應是輕平簡易。

(2) 概述上古以迄南朝前期的刑法發展。〈刑法志〉是通史形式的書寫，在敘述「五代」刑法之前，先概述上古以迄南朝前期部分，以作背景交代。藉著敘述歷代的概況的同時，《隋志》指出人君不能背棄正道，憑著喜怒任意頒佈嚴法，制定酷刑。這些肆意的行爲，只能是匹夫報私讎，不能視作一國之法典。

(3) 梁朝的刑法概況：

梁武帝朝：蔡法度制《梁律》二十篇。《梁律》篇名、刑種和等級。測囚法。恢復流徙之罪。除贖罪之科。武帝用法急於黎庶，緩於權貴。太子論刑徒優劇不均。梁之王侯驕橫。

(4) 陳朝的刑法概況：

武帝朝：命范泉制《陳律》三十卷。測囚法。

文帝朝：留心刑政。

宣帝朝：優借文武之士。

後主朝：信任讒邪，群下縱恣。

(5) 北齊的刑法概況：

文宣帝：天保元年刊定《麟趾格》。天保六年以後，恣行酷暴。

武成帝：河清三年，制《齊律》十二篇。《齊律》的篇名、刑種、等級、施行細則。定重罪十。

後主：權幸用事，綱紀紊亂。

(6) 北周的刑法概況：

武帝朝：保定三年制《大律》二十五篇。《大律》的篇名、刑種、等級、施行細則。除復讎之法。放雜戶爲平民。制《刑書要制》。

宣帝朝：初行寬法，除《刑書要制》。又制《刑經聖制》，行酷法。

(7) 隋朝的刑法概況：

文帝朝：開皇元年，制《開皇律》。《開皇律》的篇名、刑種、等級、施行細則。開皇三年，制《開皇新律》。高祖用法峻急，晚年不復依準律令。

煬帝朝：除十惡之條。下詔罪不及嗣。大業三年，成大業律，刑寬於舊。後以群盜起，更立嚴刑。

《隋志》雖記載唐前的五代法制概況，要之以隋的部分篇幅較大，敘事也較詳盡深入。故以「五代史志」原先即規劃在《隋書》中，不是沒有道理的。五代中以陳的記事最簡略，蓋國祚短促，而且法令也沒有重大更作之故也。

(三) 初唐刑法志的歷史地位

《隋志》和《晉志》完成時間相隔不到十年，監修者包括房玄齡、魏徵、長孫無忌、令狐德棻、李延壽等，都曾同朝爲臣。因此，二志無疑代表了初唐特別是太宗朝法律學者的法律觀點，可視作同一文本來檢討。

1. 刑法志的確立

班固雖創設〈刑法志〉，但〈刑法志〉在史書中的地位並未立即確立。司馬彪的《續漢書》、沈約的《宋書》、蕭子顯的《南齊書》諸志都沒有〈刑法志〉。及至唐初修撰《晉書》、《隋書》，皆有〈刑法志〉，自此以後，歷代正史大體都設此一篇章（唯一例外是歐陽修的《新五代史》），而且皆

作〈刑法志〉而非〈刑罰志〉，可見〈刑法志〉在正史的地位是唐初才奠定的。〈刑法志〉的確立，當然與唐初正史內涵和地位的確立密切相關。<sup>71</sup>但〈刑法志〉的確立，不僅是其在正史中成爲必備篇章，更重要是其書寫形式似乎也在唐初確立下來。在〈刑法志〉的開頭總論刑法的起源和作用，固然是承襲《漢志》和《魏志》的風格，但是不再敘述陳諸原野的大刑。另外，除了記述刑罰的種類和獄訟以外，更著重記載法典的制定、篇名、修纂經緯等，甚至《晉志》更收錄了劉頌的〈法論〉和張斐的〈律注表〉，涉及法的確定性和靈活性的主張以及法律名詞的釋義等，<sup>72</sup>〈刑法志〉逐漸擺脫以刑爲主的論述，具有較爲濃厚的法學色彩。這樣的內容爲後世繼承，是故，筆者以爲〈刑法志〉的地位是在初唐奠定的。〈刑法志〉的書寫，自《漢志》的「刑主法從」變爲《魏志》的「詳刑略法」，再變爲《晉志》《隋志》的「刑法並重」，名符其實的刑法志於焉確立。

## 2. 刑法的起源

自漢代獨尊儒術後，德禮爲本，政刑爲末之類的「禮主刑輔」思想，已成爲《漢志》以來歷代〈刑法志〉的基調，此毋庸煩言。但有關刑罰的起源，則初唐的刑法志頗有值得注意的地方。《晉志》云：

若夫穹圓肇判，宵貌攸分，流形播其喜怒，稟氣彰其善惡，則有自然之理焉。

<sup>71</sup> 「正史」作爲史籍的分類，首見於初唐所修《隋書》。按《隋書·經籍志二》將史籍分成正史、古史、雜史等十三類，「正史」敘云：「自是世有著述，皆擬班、馬，以爲正史，作者尤廣，一代之史，至數十家。」則所謂正史泛指紀傳體史書。參看唐·魏徵，《隋書》，卷33，〈經籍志二·史部·正史〉，頁1594。邱添生據《四庫全書總目提要》的說明，進一步指出必須經過官方核定的正統國史，才能登列正史之林。參看邱添生前揭，〈唐初纂修前代正史析論〉，頁362。

<sup>72</sup> 華志強，〈《晉書·刑法志》述評〉，《皖西學院學報》，22:6（合肥，2006.12），頁32-35。作者以爲劉頌和張斐的主張呈現鮮明的對照，甚至很類似於大陸法系和普通法系在衡平與自由裁量權上的不同態度。

以爲天地開始形成的時候，人與人之間的相貌就有所區分。從人的外表形態可見其喜怒，自天地承受的元氣，展現出人的善良或邪惡的本性。人的外貌有分別，本性有善惡，都是自然之理。人性之有惡才需要外在的制約，因此刑罰是必須的。而人的善惡來自於氣，這樣的觀點應與「氣化宇宙觀」有關。<sup>73</sup>所謂「氣化宇宙觀」，大致主張宇宙由氣所形成，然後分化爲天地人以及萬物。人是秉氣而生，同時也分化出善惡之性。《晉志》從氣的角度說明人的善惡是自然的，那麼，制約人類行爲的刑罰是否自然呢？試看《隋志》的說法：

夫刑者，制死生之命，詳善惡之源，翦亂誅暴，禁人爲非者也。聖王仰視法星，旁觀習坎，彌縫五氣，取則四時，莫不先春風以播恩，後秋霜而動憲。是以宣慈惠愛，導其萌芽，刑罰威怒，隨其肅殺。

即刑的作用是翦除暴亂，禁止人民爲非作歹。刑的來源是聖王仰視代表刑罰的「法星」，研讀載有治獄觸法爻辭的「坎卦」，協調雨、晴、暖、寒、風的五氣，汲取四時的法則來制成。聖王是根據宇宙四時的法則制作刑法，如此說來，刑法當然是自然的，是宇宙秩序的一部分。漢魏以來，人倫「名教」或視爲「自然」的對立面，但初唐的法律學者似乎把二者統合起來，認爲人之善惡皆稟天地之氣而生，是自然的，而外在的束縛不論是禮抑或刑，都是聖人法象天地四時而創制，同樣也是自然的。關於法律與宇宙秩序關係的文字，在古代並不多見，故《晉志》和《隋志》的觀點，不宜忽視。

### 3.理想的法典

初唐法律學者心中理想的法律是怎麼的？據《隋志》云：

歲布平典，年垂簡憲。昭然如日月，望之者不迷，曠乎如大路，行之者不惑。

<sup>73</sup> 楊儒賓，《中國思想中的氣論與身體觀》（台北：巨流，1993），〈導論〉。

「平典」應指《周禮·秋官·大司寇》「刑平國用中典」之意，即寬平精神的法典；而「簡憲」，意指法條應當簡明。如此，法律有如日月明亮，讓人不致迷失；仿如大路般寬廣，使行人不會困惑。《隋志》以為理想的法典最重要的精神就是寬平簡易，以此標準衡諸《隋志》中各朝的法典，可以發現法「簡」是好的，刑「輕」是好的；法「煩」是不好的，刑「重」是不好的。《隋志》在談到晉的《泰始律》時，以「實曰輕平，稱為簡易」來形容，可知《晉律》在唐人眼中的評價是很高的。對於北齊的《河清律》，則曰「是後法令明審，科條簡要。」隋文帝訂《開皇新律》後，云「自是刑網簡要，疎而不失。」被讚賞的法典一律都有「簡」的優點。相反的，不好的法典通常都是因為「冗雜」、「苛密」。在描述《陳律》時，云「條流冗雜，綱目雖多，博而非要」。對於周的《大律》，則說「其大略滋章，條流苛密，比於齊法，煩而不要。」

其實，《漢志》即一再提及漢代律令煩冗，亟需刪訂，班固追求的是《呂刑》三千的理想，以為漢律應仿古制刪為三千條。若以初唐法律學者的看法，三千毋寧是「苛密」的，是「煩而不要」的。唐初的法律學者正面肯定簡要的法典，譴責苛密，是值得注意的現象。事實上，隋唐的法典正是朝著「簡」的方向修訂。譬如，北周的《大律》有1537條，北齊《河清律》有949條，隋初的《開皇律》原是以《大律》為底本修撰而成，計1700多條。及至開皇三年（583），再據《河清律》為本予以刪訂，最後剩下500條。我們沒有辦法在律令減省的客觀事實背後，知道修訂《隋律》的法律學者對於法條數字的想法，但可以透過《隋志》瞭解處於同樣時代氛圍下的唐初法律專家的價值。筆者甚至以為《隋志》對於法條多寡的觀點可能影響到後世，法律條文自唐代以降的確持續減省，《大明律》剩下460條，及至《大清律》更只有433條而已。《隋志》在這方面是很有意義的。

#### 4. 君臣都應奉文守法

徒法不足以自立，仍需君臣恪守規章，才能維持綱紀。《晉志》和《隋志》都主張君臣應奉文守法，尤其是君主不應率意干預刑獄和法律。《晉志》云：

犴逐情遷，科隨意往，獻瓊杯於闕下，徙青衣於蜀路，覆醢裁刑，傾宗致獄。……而將亡之國，典刑咸棄，刊章以急其憲，適意以寬其網，桓靈之季，不其然歟！

漢文帝時雖有「刑措」之美名，但其實仍是「犴逐情遷，科隨意往」，即刑獄之嚴寬和法律的改動，往往隨人主情意而變易。這裡應指文帝一念之間廢肉刑，卻導致刑罰輕重失衡。漢文盛世況且會「科隨意往」，更不用說即將滅亡的國家，行事往往不依舊法規章，完全取決於人主個人喜怒。故云「將亡之國，典刑咸棄。」《晉志》除了舉漢桓、靈之末世外，也譴責魏明帝率意生殺，遂有王肅的諫言，希望明帝能「下之於吏而暴其罪」。在敘述有晉一代的法制概況時，特別保留了裴頠、劉頌、熊遠、衛展等人的奏議，其內容或有小異，但大致都是呼籲君臣應守文奉法。

類似反對君主以個人喜怒，率意干涉刑獄和法律的觀點，也見於《隋志》，云：

若乃刑隨喜怒，道睽正直，布憲擬於秋荼，設網踰於朝脛，恣興夷翦，取快情靈。若隋高祖之揮刃無辜，齊文宣之輕刀鬻割，此所謂匹夫私讎，非關國典。

指出人君不能背棄正道，憑著喜怒任意頒佈嚴法，制定酷刑。這些肆意的行爲，在隋文帝、齊文宣帝統治時都發生過，只能算是匹夫報私讎，不能視作一國之法典。除了二人以外，《隋志》亦借秣陵老人之口，譴責梁武帝用法不公，云「優借朝士，有犯罪者，皆諷群下，屈法申之。百姓有罪，皆案之以法。」陳後主則「性猜忍疾忌，威令不行，左右有忤意者，動至夷戮。百姓怨叛，以至於滅。」

《晉志》和《隋志》的有志一同，是不是有現實用意？細檢兩《唐書》〈刑法志〉，貞觀朝「狂逐情遷，科隨意往」，甚至「刑隨喜怒」的事，並不少見。譬如，貞觀初一度恢復刑，貞觀五年（631）錯殺大理丞張蘊古，十六年（642）執意縱放廣州都督党仁弘等。<sup>74</sup>貞觀朝臣是否藉二志規諫太宗？此外，貞觀十一年（637）頒定《貞觀律》和《貞觀令》，律令粲然大備。李唐才逐漸擺脫楊隋色彩，建立起具有自身風格的法律體系。<sup>75</sup>不僅從王公貴族到奴婢賤民的定罪科刑，都律有明文，甚至上自皇帝祭祀，下及庶民的婚姻求學，都有相關章程。從政治機構到社會活動，一切都明文規範，井然有序。國家走向規範化的同時，皇帝也受到相當制約。門閥貴族制定律令的同時，當然要求君主依法而行。關於這方面，恐怕還需要進一步思考。

## 五、結論

拙稿旨在以漢唐間正史中的〈刑法（罰）志〉為對象，考察此一篇章創設、變化和確立的過程，進而分析其書寫的方式和呈現的法制思想，試圖從另一角度探討漢唐法制史。綜合前文，歸納以下各點：

一、〈刑法志〉的淵源和創設的目的。《漢志》的名稱和內容固然有班固獨創之處，但也不宜忽略與《史記·律書》的淵源關係。《漢志》撰寫的目的，不僅在述古，更重要是論今。班固透過歷史的陳述，指出漢代未能臻於至治的癥結所在，藉以寄託其救世致治的主張。《漢志》記載太古至東漢的刑法發展，篇幅甚大，約可分成三個部分：（一）刑的由來和作用；（二）陳諸原野的大刑；（三）致諸朝市的小刑。班固首先從「動緣民情」和「則天象地」二個角度，說明「刑」的由來和作用。嗣後，班固縷述上古至漢興以來「陳諸原野的大

<sup>74</sup> 《新唐書》，卷56，〈刑法志〉，頁1409、1412。

<sup>75</sup> 劉俊文撰，《唐律疏議箋解》，〈序論〉，頁16。

刑」——兵事，藉以說明其大刑的觀點：一是文德爲本，威武爲末；一爲仁義綏民，不尚權詐。對於施諸朝市的小刑，班固以爲漢興以來最大的弊病，一爲武帝以來法條微細煩多，一爲文帝廢肉刑以來造成「死刑過重，生刑易犯」，刑制輕重失衡的窘境。正本清源之道，即是效法周的《呂刑》，蠲除微細煩冗之律，簡約法條爲三千，並且恢復肉刑，使刑制輕重有差。法令和刑制的問題，沉疴已久，班固企盼主政者能勇於改作，革除弊端。整體而言，《漢志》的論述是「刑先法後」、「刑主法從」的。

二、刑法志的演變。《魏志》應是魏收根據國史舊稿而成，爲魏晉六朝唯一完整流傳的〈刑法志〉。《魏書》有別於其他各史，是將十志置於紀傳之後，應是魏收原先的規劃，藉以囊括天道與人道的發展概況。《魏書》設立〈刑罰志〉之因，既是師法班固《漢志》，也因北魏刑罰律令屢有更改，若不別立〈刑罰志〉將使脈絡不明以及重要性無從突顯。《魏志》繼承了《漢志》書寫的結構，但也有創新之處。魏收改易〈刑法志〉爲〈刑罰志〉，純論狹義的刑罰，不談兵事。而且，論述焦點都圍繞著刑罰和獄訟而不是律令，明顯把敘事角度自《漢志》的「刑主法從」轉變爲「詳刑略法」。因爲重視獄訟，遂以相當篇幅記載幾件重大的司法案件。在總序刑罰起源部分，強調人的性情和聖人率神意制定刑罰。

三、刑法志的確立。《隋志》和《晉志》都完成於唐太宗貞觀中晚期，《晉志》成於貞觀二十年（646）至二十二年（648）間，《隋志》完成時間較早，約在貞觀十五年（641）至二十二年（648）間。唐初修撰《晉書》、《隋書》皆設〈刑法志〉，一方面是由於史學淵源上，唐初史臣遠宗班固，近師魏收之故。另一方面，二志的成立確有實質的需要。《隋志》的目的是記載梁、陳、北齊、北周、隋五代法制變遷以及藉前史作爲君王龜鑑，而《晉志》的成立則因晉代在律令和刑法上都有顯著的地位。此外，筆者以爲二志的成立與貞觀朝建立律

令系譜有著密切關係。《晉志》提出李悝《法經》以明唐代典章法度之「源」，《隋志》縷述唐前法制以釐清唐代典章法度之「流」，從而標榜唐制淵源流長且集其大成。

班固雖創設〈刑法志〉，但〈刑法志〉在史書中的地位並未立即確立。及至《晉志》、《隋志》以後，歷代正史大體都設立此一篇章。〈刑法志〉的書寫形式似乎也在唐初確立下來。二志繼承《魏志》的變革，只論刑和法，不談兵事。另外，除了記述刑罰的種類和獄訟以外，更著重記載法典的制定、篇名、修纂經緯等，逐漸擺脫以「刑」為主的論述，具有較濃厚「法」的色彩。〈刑法志〉的書寫，自《漢志》的「刑主法從」變為《魏志》的「詳刑略法」，再變為《晉志》《隋志》的「刑法並重」，名符其實的〈刑法志〉於焉確立，並為後世繼承。是故，筆者以為〈刑法志〉的地位是在初唐奠定的。

此外，唐初的〈刑法志〉尚有幾點值得注意之處：其一，刑法與宇宙秩序的關係。以為人之善惡皆稟天地之氣而生，是自然的；而外在的束縛不論是禮抑或刑，都是聖人法象天地四時而創制，同樣也是自然的。其二，塑造了理想性法典的條件——寬平簡約，這既反映了當時法律修訂的實況，也影響後世的法律觀。其三，強調君臣應奉文守法，尤其是君主不應率意干預刑獄和法律，這或許與客觀的時代背景有關。

要而言之，漢唐間的刑法志發展，可謂《漢書》創其例，《魏書》變其體，《晉書》、《隋書》定其制。

結束本文以前，再說幾句研究〈刑法志〉的感想。中國古代雖是刑法並稱，但必定是刑在法前，重視的是刑而不是法。在〈刑法志〉總論刑法時，往往強調刑不可廢，而不是法不可廢。不管是德主刑輔，抑或是禮主刑輔，重點都是刑而不是法。調整人民及人民團體的生活和活動的是禮，而不是法，讓這種調整有秩序而且永續運作的，是外在的強制力，就是刑。甚至時代愈晚近，社會應當愈是複雜，但法條的數目竟是愈趨

減省。如此，法就更不可能取代禮肩負調整人民秩序的全部功能。魏收乾脆將〈刑法志〉改稱為〈刑罰志〉，正突顯刑罰而不是法律在統治的作用。同樣的，翻開《唐律》等律典，首先告訴讀者的就是五刑，律典的編排明顯是刑先法後的。此外，〈刑法志〉要討論的法制發展，是施於天下、朝市的刑罰，至於用在家內的薄刑就不在討論範圍之內。古代法律專家只有興趣於公法的領域，而非私法的領域。這些現象都值得進一步思考的。

附表：漢唐間正史書志表

史記	1 禮	2 樂	3 律	4 曆	5 天官	6 封禪	7 河渠	8 平準						
漢書	2 禮 樂		1 律 曆	6 天文	5 郊祀	9 溝洫	4 食貨	3 刑法	7 五行	8 地理	10 藝文			
後漢書	2 禮 儀	8 輿服		1 律 曆	4 天文	3 祭祀			5 五行	6 郡國		7 百官		
宋書	2 禮		3 樂	1 律 曆	4 天文				5 符瑞	6 五行	7 州郡		8 百官	
南齊書	1 禮	6 輿服	2 樂		3 天文				7 祥瑞	8 五行	4 州郡		5 百官	
魏書	4 禮		5 樂	3 律 曆	1 天象			6 食貨	7 刑罰	8 靈徵	2 地形		9 官氏	10 釋老
晉書	4 禮	7 輿服	5 樂	3 律 曆	1 天文			8 食貨	10 刑法		9 五行	2 地理		6 職官
隋書	1 禮 儀	2 音樂	3 律 曆	4 天文				6 食貨	7 刑法		5 五行	9 地理	10 經籍	8 百官

說明：一、各欄之數字係表示該篇在該正史書志中的排序。

二、本表據林晉士〈論《魏書》十志〉附表改編而成。

# The formation and evolution of Monograph of Law in the Han & Tang's Historiographies

Chan Chun-keung

## The Abstract

The purpose of this article is to examine the formation, evolution and establishment of the Monograph of Law [MoL] and analyze its writing style and legal thought based on the historiographies of Han & Tang dynasties.

### 1. MoL: The origin and purpose

The MoL in Han Shu recorded the evolution of legal system from Ancient China to the Eastern Han Dynasty. Its title and content consisted some distinct thinking of the author - Ban Gu, however, one should also note its relationship with another article – The Law Book in Shih Chi. The purpose of this MoL in Han Shu was not only focus in recording the historical events, but also analyzing the present situation. Based on the classical concept ,military was kind of penalty,therefore, MoL in Han Shu consisted the histoy of military.Followings are the viewpoint of Ban Gu towards military:

Virtue and morality were the fundamentals, and military force was the end. Treat people with humanity, and discourage unethical behavior.

On penalty system, there are 2 major loopholes in Han Dynasty as stated by Ban Gu:

- i. Too many rules and regulations since Emperor Wu
- ii. The quandary imbalance of legal system resulted from the abolition of corporal punishment since Emperor Wen

The remedial actions were to simplify the clauses to 3000 as stated in Sheng Shu and the resumption of corporal punishment.

### 2. MoL: Its evolution

The MoL in Wei Shu, composed by Wei Shou base on the ancient

historical facts, was the only full circulation from the Southern & Northern of Wei & Jun dynasties. The birth of this article in Wei Shu was learnt from the Han Shu by Ban Gu, as well as to keep trace of the legal development and highlight its importance due to the frequent amendments in the Northern Wei dynasty. However, Wei Xi changed the name from The Monograph of Law to The Monograph of Penalty. The big difference between Wei Zhi and Han Zhi is the former's solely coverage in legal including several critical cases but not the military aspect. Also, The Monograph of Penalty focused on the history of penalty rather than the codification.

### 3. MoL – its establishment

The MoLs in Jin Shu and Sui Shu was the result of following the footsteps of Masters Ban Gu & Wei Shou when composed them in the early stage of Tang Dynasty. In addition to the general information covering the origins and role at the beginning, it also documented the codification as well as the types and levels of penalty. It exerted tremendous influence in style and legal view points on the forthcoming MoLs, and established a formal status in the annals. Besides, there are special points worth noting in the MoL at the early Tang period:

- a. The relationship between criminal law and order in the universe – pointed out that humanity and rites are natural.
- b. Conditions of an ideal Legal System – Wide coverage, fair & simplicity.
- c. The emphasis of equality – Emperor & government officials must abide by the law.

To conclude the development of MoL in the Han & Tang dynasties - The MoL in Han Shu set the scene, the MoL in Wei Shu evolved its style, and the MoL of Jin Shu and Sui Shu fixed the content.

**Keywords:** Han Shu, Wei Shu, Jin Shu, Sui Shu, Monograph of Law