

論法律之價值精神

——《史記》「張釋之執法」意旨新探

許惠琪

臺灣師範大學兼任助理教授

提 要

關於《史記·張釋之馮唐列傳》中張釋之執法事蹟的詮釋，不少研究都略去「秦漢之間」的歷史背景，以法國大革命時期「法律之前人人平等」的簡略口號解讀之。本文首先從漢律、《史記》原典、漢初文化思想等背景掌握確切歷史知識，之後詳細梳理西方自然法（Natural law）發展進程，探究平等權的由來、「現實」（reality）規範與「價值」（value）理想的辯證、「形式合法」（Formal Legality）與「實質正義」（Substantive Justice）的關連，而後指出張釋之所以折服文帝者，除了法規範的公正執行等形式層面外，更深遠的意涵，落在現實秩序之上的「價值訴求」，以此作為專制時代對君權的道德拘束。最後並從西方「司法獨立」之後，仍不可避免的困境，探究司馬遷為張釋之作傳之寓意於當代社會所透顯的理想精神。

關鍵詞：《史記》 張釋之 法律 平等 價值

論法律之價值精神

——《史記》「張釋之執法」意旨新探

許惠琪

臺灣師範大學兼任助理教授

一、前言

清代學者錢大昕（1728-1804）說：「太史公修《史記》……意在尊漢，近黜暴秦，遠承三代，於諸表微見其旨。秦雖併天下，無德以延其祚，不過與楚項等，表不稱『秦漢之際』，而稱『秦楚之際』，不以漢承秦也。」^①他認為《史記·秦楚之際月表》之所以稱「秦楚」而不稱「秦漢」，關鍵在於「修德」與否。秦代任法而治，「無德以延其祚」，與項羽（232B.C.-202B.C.）尚力稱霸等同，而漢朝「遠承三代」，以德化民，故不與秦並稱。「德化天下」乃《史記》通貫全書的思想，漢初君臣相當重視秦亡之教訓，陸賈（240B.C.-170B.C.）《新語》、賈誼（200B.C.-168 B.C.）《過秦論》都將秦亡之原因歸於仁義不施、專任刑罰。

《史記·張釋之馮唐列傳》亦屢屢言及「秦漢之間事」。但目前研究，對於此一篇章中張釋之（?-?，事文帝、景帝兩朝）執法相關情節的解讀，卻經常略去「秦漢之間」的歷史殷鑑，跳躍性地接合當代法治思想，離開文本的歷史情境，而有過度詮釋的疑慮。

在臺灣，作為教科書的國文課本節取《史記·張釋之馮唐列傳》中「縣人犯

① （清）錢大昕：〈《史記志疑》序〉，《潛研堂文集》（上海：上海古籍出版社，2009年），頁396。

蹕」一段，而成〈張釋之執法〉一課，康軒版課本指出「作者（司馬遷）把文帝前後的心情、釋之的堅守法律寫得合情入理，也由此揭示『法律之前人人平等』的法治觀念。」^②南一版課本將此段文章的學習重點歸納為「體會『法律之前人人平等』的真諦。」^③對岸的研究也有類似傾向：或有從張釋之所言之「法者，天子所與天下公共也。」推論出「法權大於君權」^④。也有梳理《史記·張釋之馮唐列傳》中張釋之斷案的幾個情節，而後說：「這都充分體現了張釋之斷案公正，堅持『法律面前人人平等原則』。」^⑤又或者指出：「張釋之畢生努力實踐『法律面前人人平等』、『法比天大』的真理。」^⑥類似的說法也不少見。^⑦但這樣的解讀恐有可商榷之空間。蓋「法律之前人人平等」是法國大革命時期的口號，^⑧其所謂之「法」乃班迪克斯（Bendix, 1916-1991）所說的「爲了對抗絕對君權」^⑨之「法」。如此方可以說法具有絕對權威性，君與民在法律上立足平等地位，同受法效力之拘束。而這背後的思想基礎是西方 18、19 世紀啓蒙運動時期的「自然法學派」，以人人均有平等的天賦人權爲論述基點。略去深遠的歷史、文化背景，逕取「法律之前人人平等」這樣簡單的標語，詮釋兩千多年前的《史記》篇章，恐怕有過度誇大之虞。

-
- ② 李癸雲、王敏鋒等編：〈張釋之執法〉，《國中國文課本》第四冊（新北：康軒文教事業股份有限公司，2015 年），頁 47。
- ③ 李欣宜、林明進等編：〈張釋之執法〉，《國中國文課本》第四冊（臺南：南一書局企業股份有限公司，2014 年），頁 136。
- ④ 胡仁智：〈西漢中央司法官張釋之的法律觀芻議〉，《重慶師範大學學報（哲學社會科學版）》第 2 期（2007 年），頁 48。
- ⑤ 趙天寶、毋愛斌：〈探尋古代法律的公正與權威——從張釋之判案說起〉，《社會科學論壇》第 9 期（2009 年 8 月），頁 42。
- ⑥ 邱新：〈法比天大——西漢良臣張釋之〉，《文史天地》第 3 期（2014 年），頁 41。
- ⑦ 如：趙曉耕：〈張釋之判案〉，《古案今品》第 9 期（2006 年 5 月），頁 53。趙天寶：〈張釋之斷案的理性思考〉，《社科縱橫》第 23 卷第 2 期（2008 年 2 月），頁 101-104。張穎：〈從張釋之判案看西漢法律的權威性〉，《蘭臺世界》第 24 期（2013 年 8 月），頁 5-6。李景虞：〈張釋之斷案依法不依勢〉，《檔案時空》第 5 期（2018 年），頁 1。
- ⑧ 許育典：《憲法》（臺北：元照出版，2006 年），頁 173。
- ⑨ Richard Bendix, Max Weber: *An Intellectual Portrait* (Berkeley: University of California Press, 1977), p.422。

研究《史記》的專家當然較無浮誇之弊，韓兆琦指出《史記·張釋之馮唐列傳》中張釋之執法部分，其意旨在表彰「張釋之身為廷尉，忠於法律，不隨皇帝意志定罪，不因人廢法，不因言改法。」¹⁰李長之認為：張釋之不阿奉文帝，「這是難得的守法精神。」¹¹楊燕起說：此乃稱揚張釋之「守法不阿意」，「表彰直諫，批評恭謹、阿諛之臣。」¹²。周先民說：「張釋之嚴格按法律辦事，……並且在文帝因此而怒的情況下，仍然堅持原則，以堂堂道理，懇懇言辭，說服並教育了文帝。」¹³這些評論可謂中肯允實，但或可再注意的是：除了形式的、事實層面的「公正執法」之外，作者司馬遷（145B.C.-86B.C.）有無藉張釋之傳記，表達法律之上的價值訴求？在「法」出於「君」的時代，張釋之據以折服文帝者，除了法律的執行應具通案性、普遍性，不可因個案而有所輕重等「形式合法」的考量以外，司馬遷有無對法律的「實質正義」有所建構？

中國經典詮釋有所謂「互為主體性」的方法，解經者以自己的時代意識、實踐感受契入經典思想世界，在不斷對話、交融的過程中，經典中的「道」也隨之更新其內容，獲得「超時間性」。¹⁴但這樣的詮釋也容易「以今律古」，尤其引借西方理論頗陳經典內蘊時，更要避免「理論先行」、「框架先立」的弊病，才能在自己的文化主體性當中獲得新見。¹⁵西方詮釋學家 Schleiermacher（1768-1834）認為經典「復建式」的理解以及「意義再生」的認識，兩者之間並非不可調和，詮釋者的任務是「比原來的講話者更好地理解他所講的話」。¹⁶也就是說詮釋者不能放棄依據正確、客觀的歷史知識，探索經典作者之原意，但相較於原作者，詮

¹⁰ 韓兆琦：《史記選注》（臺北：里仁書局，2000年），頁952。

¹¹ 李長之：《司馬遷之人格與風格》（臺北：里仁書局，1997年），頁232。

¹² 楊燕起：《〈史記〉的學術成就》（北京：北京師範大學出版社，1996年），頁234。

¹³ 周先民：《司馬遷的史傳文學世界》（臺北：文津出版社，1995年），頁260。

¹⁴ 黃俊傑：〈儒家論述中的歷史敘述與普遍理則〉，《中國經典詮釋傳統（一）通論篇》（臺北：喜瑪拉雅基金會，2002年），頁423。

¹⁵ 顏崑陽：〈漢代經學所開顯二種「詮釋典範」及其在現代人文學的應用〉，《東華漢學》第29期（2019年6月），頁7。

¹⁶ 張鼎國：〈「較好地」還是「不同地」理解：從詮釋學論爭看經典註疏中的詮釋定位與取向問題〉，《中國經典詮釋傳統（一）通論篇》（臺北：喜瑪拉雅基金會，2002年），頁27。

釋者不論是就知識的累積、語言的使用、論述的依據，都處於後來居上的位置，擁有更多參照的資源，所以能夠比原作者更充分地詮釋其意。換言之，經典詮釋不能「驅逐作者」、「割離歷史」，而是使用更多元的面向、參照更豐富的資源，對文本做更充足的理解。¹⁷

本文不敢說比作者司馬遷更好地理解自身，僅是希望理解的過程不是僅「複製」文本的工具性活動，更非漫無邊際地妄出己意，且極力避免套用西方理論，框架式拆解經典。期能較紮實地以西方法學發展、法律概念等更多當代資源，以比對、參照文本，以便更清楚、完整地詮釋作者之意。也就是說「意義再生」須要當代視域的融入，但「當代視域」不是建立在一己主觀的體悟之上，而是 Schleiermacher 所提出的：詮釋者因時代的積澱，而累積豐厚的論述資源，因而可用更清晰的語言，從更寬廣的面向，將作者之意「由隱而顯」，充分表達。

另外，必須先說明的是：本文以《史記·張釋之馮唐列傳》為主要文本，張釋之任漢初廷尉，乃中央司法官。而馮唐（?-?）乃「中郎署長」，屬皇帝侍從人員，與法律較無關連。為集中討論範疇以見深度，本文僅以傳中張釋之的事蹟為主。另參酌《史記》其他篇章，期能闡發《史記·張釋之馮唐列傳》中，司馬遷對張釋之執法斷案所欲表達之意涵，最後並稍指出其時代意義。

二、「法律之前人人平等」嗎？——論「漢初法律」

《史記》文本的解讀，必須置於漢代社會背景下，方可貼近歷史真實。《史記·張釋之馮唐列傳》就張釋之執法相關情節，並未標明具體年代。僅能知發生在文帝時代（180B.C.-157 B.C.在位），因而漢初法律，是解讀「張釋之執法」不可或缺的历史文獻。

漢代法律有「律」、「令」、「科」、「比」四種，「律」是國家依照法定程序，預先設定的規範。通常是臣下草擬、皇帝批准，頒布施行。「令」乃皇帝

¹⁷ 張鼎國：〈「較好地」還是「不同地」理解：從詮釋學論爭看經典註疏中的詮釋定位與取向問題〉，頁 23。

詔令，相對於「律」之預先制定，「『令』大部分是因人因事而發，涉及具體的案件和事件，皇帝一時的喜怒可能就會發出不同尋常的詔令，並且很可能是與既定的律條相左的。」¹⁸詔令的絕對效力，來自皇權的至高無上，因此《史記·酷吏列傳》中法吏杜周（?-94B.C.）說：「三尺安出哉？前主所是，著爲律，後主所是，疏爲令，當時爲是，何古之法乎？」¹⁹「科」乃單行法規，多用於規定刑罰及官吏之處分。「比」即援引判決先例以爲斷案依據。²⁰皇帝因人設事而發的「令」，早在漢初便已廣泛使用，令有前後，故曰令甲、令乙。²¹可以見得在《史記·張釋之馮唐列傳》所記載的文帝時代，皇帝已可採「詔令」方式破除「律」之拘束力。漢代法律效力來自皇帝核可，且皇帝尚可發布與既有法規範相違之詔令，則「君」高於「法」，「君」與「民」在法律地位上並不平等。

除了皇帝之外，漢代貴族官僚犯罪，亦享有特權。依漢律，凡宗室或六百石以上官員犯罪，司法官不得逕自宣判，須上請皇帝恩免。若未得恩免而入監服刑，不進一般監獄，亦免受黥、劓等肉刑。²²漢代法律自漢初即嚴格遵守等級貴賤。賈誼《新書·階級》指出：「王侯三公」乃天子禮遇之貴戚近臣，若王公貴臣與平民同處「黥劓髡笞偶棄市之法」，有傷天子尊嚴，如同「投鼠忌器」般，擲中老鼠卻反傷了器物。²³漢代法律以身份等級論罪，更無君、民同居法律之下的想法。

漢代法律自漢初即有明顯的貴賤之分、尊卑之別。但並非以貴凌賤，以尊侮

¹⁸ 黃源盛：《中國法史導論》（臺北：犁齋社有限公司，2016年），頁184-185。。

¹⁹ （漢）司馬遷著，（唐）司馬貞索隱，（唐）張守節正義，（日）瀧川龜太郎考證：《酷吏列傳》，《史記會注考證》（臺北：唐山出版社，2007年），頁1271。以下簡稱（漢）司馬遷著，（日）瀧川龜太郎考證：《史記會注考證》，並標明引文所屬篇章。

²⁰ 張晉藩：《中國法制史》（臺北：五南書局，1992年），頁139-140。黃源盛：《中國法史導論》，頁184-186。

²¹ 張晉藩：《中國法制史》，頁139-140。楊鴻烈：《中國法律發達史（上）》（上海：上海書店，1990年），頁98。

²² 張晉藩：《中國法制史》，頁176。

²³ （漢）賈誼著，（清）盧文弨校：《階級》，《新書》（上海：上海商務印書館，1937年），頁21。

卑，而是充滿仁惠寬厚的精神。漢初總結秦代「專任刑罰」²⁴、「仁義不施」的歷史教訓，配合無為而治的黃老思想，採「約法省刑」²⁵的寬厚政策。司馬談〈論六家要旨〉當中的道家乃吸納百家之長的黃老之學，兼融先秦儒家德化愛民的思想，及墨家簡約尚樸的主張，以慈惠、清簡、省刑之德政，適應、調節久經戰亂後的社會。²⁶漢高祖（256B.C.-195B.C.）初入咸陽時，即「召諸縣父老豪桀曰：『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，傷人及盜抵罪。餘悉除去秦法。』」²⁷秦法苛酷，非但奴役人民身體性命，甚且「誹謗者族，偶語者棄市」，高祖劉邦為順應民心「悉除去秦法」。陸賈在《新語》中對劉邦說：「蒙恬討亂於外，李斯治法於內，事愈繁，天下愈亂；法愈茲，而奸愈熾，……秦非不欲為治，然失之者，乃舉措暴眾而用刑太極故也。」²⁸秦之敗亡，在「事藩」、「法滋」，「用刑太極」反治絲益棼。高祖逝後，惠帝（210B.C.-188B.C.）垂拱，呂后（?-180B.C.）主政，呂后亦寬仁為治，「刑罰罕用，罪人是希」²⁹，並重用提倡「黃老之治」的曹參（?-190B.C.），「參為漢相國，清靜極言合道。然百姓離秦之酷後，參與休息無為，故天下俱稱其美矣。」³⁰漢初名臣賈誼認為：「秦王置天下於法令刑罰，德澤亡一有。」³¹不出二世而亡，「人主胡不引殷、周、秦事以觀之也。」³²，因此人君當「以禮義治之者，積禮義。」不當「以刑罰治之者，積刑罰。」³³因為

²⁴ （漢）班固著，江建忠標點：〈刑法志〉，《漢書》（上海：上海古籍出版社，2003年），頁726。

²⁵ （漢）賈誼著，（清）盧文弨校：〈過秦（中）〉，《新書》，頁4。

²⁶ 張晉藩：《中國法制史》，頁159-161。陳麗桂：〈〈論六家要旨〉的思想傾向〉，《紀實與浪漫：《史記》國際學術研討會論文》（臺北：洪葉文化，2002年），頁402。

²⁷ （漢）司馬遷著，（日）瀧川龜太郎考證：〈高祖本紀〉，《史記會注考證》，頁162。

²⁸ （漢）陸賈：〈無為〉，《新語》（上海：上海商務印書館，1939年），頁15。

²⁹ （漢）司馬遷著，（日）瀧川龜太郎考證：〈呂太后本紀〉，《史記會注考證》，頁186。

³⁰ （漢）司馬遷著，（日）瀧川龜太郎考證：〈曹相國世家〉，《史記會注考證》，頁783。

³¹ （漢）班固著，江建忠標點：〈賈誼傳〉，《漢書》，頁1578。

³² 同前註，頁1579。

³³ 同前註，頁1578。

「道之以德教者，德教洽而民氣樂；毆之以法令者，法令極而民風哀。」³⁴文帝（202B.C.-157B.C.）時「諸法令所更定，及列侯就國，其說皆誼發之。」³⁵任命賈誼定制立法。可見漢初法律之意旨，在矯正秦法苛酷之失，出以寬厚精神，重視的，是法條背後寬惠慈愛的精神。至於「法律之前人人平等」、「法」高於「君」的理念，非當時可想像。

三、法律之上的價值訴求——《史記》文本解讀

詮釋者懷抱自身時代的感受契入經典，這可以開發經典中潛藏的意蘊，但也可能膨脹主觀解讀，造成過度理解的疑慮。所以說「回歸原典」是詮釋過程不可不做的基礎功夫。³⁶因此，本文先就《史記·張釋之馮唐列傳》中關於張釋之的部分，以及《史記》相關篇章之意旨作梳理。

（一）〈張釋之馮唐列傳〉中「張釋之執法」事例

秦亡於「專任刑罰」，此乃漢初君臣深引為鑑者。因此〈張釋之馮唐列傳〉中關於張釋之的敘述，屢以「秦亡漢興」之殷鑑連貫其間。張釋之首次得到文帝另眼相看，正是「言秦漢之間事」：

……釋之既朝畢……言秦漢之間事，秦所以失而漢所以興者。久之，文帝稱善，乃拜釋之為謁者僕射。³⁷

西漢初年採黃老之言，以清靜寬厚矯正秦朝任法專斷之失，出以寬厚愛民思想，成就文景之治。所以司馬遷說張釋之得到袁盎（200B.C.-150B.C.）舉薦，朝見文

³⁴ （漢）班固著，江建忠標點：〈賈誼傳〉，《漢書》，頁1578。

³⁵ 同前註，頁1556。

³⁶ 黃俊傑：〈從儒家經典詮釋史觀點論解經者的「歷史性」及其相關問題〉，《中國經典詮釋傳統（一）通論篇》（臺北：喜瑪拉雅基金會，2002年），頁355-358。

³⁷ （漢）司馬遷著，（日）瀧川龜太郎考證：〈張釋之馮唐列傳〉，《史記會注考證》，頁1098。

帝之後，因言秦衰漢興之事，深得文帝激賞，拔擢為謁者僕射。

之後，張釋之隨文帝同遊上林苑，文帝問起苑中禽獸之數目，執掌的上林尉顧左右不能對答。反倒是虎圈管理員嗇夫（?-?）不問自答，話鋒凌健、應對如流。文帝於是命張釋之封之為「上林令」。³⁸此時，張釋之再度以「秦漢間事」勸諫文帝：

釋之久之前曰：「陛下以絳侯周勃何如人也？」上曰：「長者也。」又復問：「東陽侯張相如何如人也？」上復曰：「長者。」釋之曰：「夫絳侯、東陽侯稱為長者，此兩人言事曾不能出口，豈毀此嗇夫謀謀利口捷給哉！且秦以任刀筆之吏，吏爭以亟疾苛察相高，然其敝徒文具耳，無惻隱之實。以故不聞其過，陵遲而至於二世，天下土崩。今陛下以嗇夫口辯而超遷之，臣恐天下隨風靡靡，爭為口辯而無其實。且下之化上疾於景響，舉錯不可不審也。」文帝曰：「善」，乃止不拜嗇夫。³⁹

張釋之認為秦法在形式上「徒文具耳」，但實質上「無惻隱之實」，僅具形式科條，精神上卻不符實質正義，欠缺理想的價值訴求。張釋之以此否定其統治的正當性，並以此為秦朝敗亡之因，勸諫文帝用法執政務求寬簡。他以周勃（?-169B.C）為例，周勃非但是漢初開國功臣，更誅滅諸呂，擁護文帝入承大統。〈絳侯周勃世家〉說：「勃為人木彊敦厚，高帝以為可囑大事。」⁴⁰周勃雖功勳彪炳，為人卻「木彊敦厚」，口才木訥，處事寬厚。東陽侯張相如（?-?）於高祖時為河間守，擊退陳豨（?-196B.C.）有功，文帝時又擊退匈奴立軍功。⁴¹張釋之亦以之為剛毅木訥，寬厚仁惠之「長者」。對比之下，嗇夫口才便給，若舉用之，恐蹈秦時「刀筆吏」深文周納、「亟疾苛察」之弊。秦之敗亡，不在法律不嚴明，而在執法失

³⁸ （漢）司馬遷著，（日）瀧川龜太郎考證：〈張釋之馮唐列傳〉，《史記會注考證》，頁1098。

³⁹ 同前註，頁1099。

⁴⁰ （漢）司馬遷著，（日）瀧川龜太郎考證：〈絳侯周勃世家〉，《史記會注考證》，頁800。

⁴¹ （漢）司馬遷著，（日）瀧川龜太郎考證：〈孝文本紀〉，《史記會注考證》，頁194；〈高祖功臣侯者年表〉，頁351。

卻惻隱仁恕之心。文帝懲於秦朝任法尚刑之病，乃不用嗇夫。明人鍾惺（1581-1624）評點此段時說：「嗇夫對禽獸簿，亦是執掌，文帝拜爲令，原自不錯。而釋之力諫，非謂其言之非也，必察其口頰眉宇之間，有一種浮詐慘刻之氣，知其非端人耳。觀其言曰：『秦以任刀筆之吏』云云，由嗇夫說到吏治，由吏治說到『不聞其過』，則不用嗇夫一事，其失自小矣。此大臣深識遠慮之言，不當在一人事看之也。」⁴²此段情節看似用人任官的小事，實則隱含漢初約法省刑，吏治務求寬厚的整體施政方針。張釋之所以勸諫文帝者，不僅在於官吏是否有「守法」之品行或「執法」之能力，而在法律背後的價值訴求——敦厚寬宏之精神，並以此爲秦亡漢興之關鍵。

秦法「徒文具耳，無惻隱之實」，形式法律與實質正義脫鉤，此乃漢初君臣戒慎之事。司馬遷也屢屢強調秦法徒具虛文，喪失價值訴求。《史記·高祖本紀》說：

周秦之間，可謂文敝矣。秦政不改，反酷刑法，豈不繆乎？故漢興，承敝易變，使人不倦，得天統矣。⁴³

周秦之間「文敝」之極，禮節儀文、科條律令等形式性的規範繁雜至極，此時應以「質」救「文」，講求實質上寬厚仁惠的治國之道，不料秦代揚湯止沸，再次以深文周納之酷法爲治。漢興方矯秦之「文敝」，在形式的法律條文之上，強調價值訴求——黃老思想的寬仁精神。蕭何（257B.C.-193B.C.）、曹參爲相時「天下既定，因民之疾秦法，順流與之更始，二人同心，遂安海內。」⁴⁴「疾秦法」乃漢初省刑寬典政策的歷史借鑑。所以張釋之評斷完嗇夫之事後，上車與文帝繼續遊賞上林苑，再次言「秦之弊」：

⁴² （明）凌稚龍輯校，李光縉增補，（日）有井範平補標：〈張釋之馮唐列傳〉，《史記評林》（臺北：蘭臺出版社，1968年），頁5。

⁴³ （漢）司馬遷著，（日）瀧川龜太郎考證：〈高祖本紀〉，《史記會注考證》，頁175。

⁴⁴ （漢）班固著，江建忠標點：〈蕭何曹參傳〉，《漢書》，頁1408。

上就車，召釋之參乘，徐行，問釋之秦之敝，具以質言。至宮，上拜釋之為公車令。⁴⁵

漢初治國立法之規模格局，皆得自於對「秦之弊」的檢討，因此張釋之再次陳說歷史興亡教訓時，甚得文帝之意，拜為「公車令」。公車令乃執掌皇室公門之警衛事務。⁴⁶

就在張釋之任公車令後不久，便發生太子挑戰法律之事：

頃之，太子與梁王共車入朝，不下司馬門，於是釋之追止，太子、梁王無得入殿門。遂劾不下公門不敬，奏之。薄太后聞之，文帝免冠謝曰：「教兒子不謹。」薄太后乃使使承詔赦太子、梁王，然後得入。文帝由是奇釋之，拜為中大夫。⁴⁷

不久，太子劉啓（188B.C.-141 B.C.）與梁王劉武（?-144 B.C.）乘車至司馬門不下，依據漢律此乃干犯皇帝人身安全的「大不敬」之罪，⁴⁸身為公車令的張釋之「遂劾不下公門不敬，奏之」，文帝自愧「教兒子不謹」，並稱賞張釋之執法勇氣，拜為中大夫。張釋之所以能追訴太子，憑藉的或許可說是法律的權威性、公正性，但法律之所以保有權威與公正，得力於文帝的支持。這不同於近代西方人所說的「法的自主性」（Automony）⁴⁹。因此以「法律之前人人平等」、「王子犯法與庶民同罪」評價此事，不如以文帝善於納諫解讀之。司馬遷所欲表彰的，除了張釋之的直言彈劾外，更在於文帝虛心仁惠的為君之道。畢竟「法」出於

⁴⁵ （漢）司馬遷著，（日）瀧川龜太郎考證：〈張釋之馮唐列傳〉，《史記會注考證》，頁1099。

⁴⁶ 韓兆琦：《史記選注》，頁937。

⁴⁷ （漢）司馬遷著，（日）瀧川龜太郎考證：〈張釋之馮唐列傳〉，《史記會注考證》，頁1099。

⁴⁸ 張晉藩：《中國法制史》，頁165。

⁴⁹ 「法的自主性」（Automony）意即法律效力源自自身，而非外部的政治權力、經濟趨勢等。參見博登海默（Bodenheimer）著，鄧正來譯：《法理學：法哲學與法學方法》（臺北：漢興書局，1999年），頁290-293。

「君」的時代，「良法」或「苛刑」一定程度上取決於「明君」或「暴君」。

後張釋之因勸諫文帝薄葬以免擾民，而受拔擢為中央司法官——廷尉。⁵⁰張釋之為廷尉時，某次文帝出巡，有一縣人冒失驚動皇輿，依據漢律如屬故意犯按「大不敬罪」處以極刑，如屬過失犯，僅「罰金四兩」。⁵¹因此廷尉張釋之僅論以罰金。但這卻引起文帝大怒：

文帝怒曰：「此人親驚吾馬，吾馬賴柔和，令他馬，固不敗傷我乎？而廷尉乃當之罰金！」釋之曰：「法者，天子所與天下公共也。今法如此而更重之，是法不信於民也。且方其時，上使立誅之則已。今既下廷尉，廷尉，天下之平也，一傾而天下用法皆為輕重，民安所措其手足？唯陛下察之。」良久，上曰：「廷尉當是也。」⁵²

盛怒的文帝欲在法定刑之外再加重，張釋之從「法律條文上的明確規定」以及「法條文義背後的價值訴求」，這兩個方面勸諫文帝。就「法律條文上的明確規定」而言，張釋之指出：「法者，天子所與天下公共也。」法律是天子與天下之人均應共同遵守的秩序準則。從立法層面來看，法律固然是天子所核可、制定的。但從執法層面來看，法律之所以能夠維繫天下秩序，在於其具恆常性、穩定性，因此使人民信賴信法律秩序，並用以指導自身行為。一旦因天子喜怒愛憎而判決有所輕重，則「民安所措其手足？」所以，既然依漢初白紙黑字之法律條文，過失驚動皇輿，僅應處罰金，「今法如此而更重之」，便破壞法律秩序的穩定性，「是法不信於民也」則人民進退失據，國家難以治平。就「法條文義背後的價值訴求」而言：如前述，漢代皇帝因人設事所發布之「令」可突破既有的、穩固的法條規範。且皇權至高無上的漢代，張釋之不可能將「法權」置於「君權」之上，而產

⁵⁰ （漢）司馬遷著，（日）瀧川龜太郎考證：〈張釋之馮唐列傳〉，《史記會注考證》，頁1099。

⁵¹ 張晉藩：《中國法制史》，頁166。

⁵² （漢）司馬遷著，（日）瀧川龜太郎考證：〈張釋之馮唐列傳〉，《史記會注考證》，頁1099-1100。

生「法律之前人人平等」的觀念。「法者，天子所與天下公共也。」並非指「天子」與「天下之人」同樣平等地屈服於法律之下，而是期許文帝以「法」為天下「公器」，勿因私人怨怒任意加重其刑，當以天下百姓為念，執法寬厚。換言之，在未有獨立司法權的歷史條件下，張釋之責求文帝遵守白紙黑字的法律規定，所憑藉的不是足以壓制文帝「君權」的「法權」，而是法條背後的價值訴求——「民安所措其手足」的愛民之心，以及勿在既有規定之外「更重之」的寬厚精神，以此契符漢初「約法省刑」的黃老思想。張釋之表象之意，在冀望天子守法，更深之意，是訴求「法」之上更高的價值：寬厚仁惠之君道。文帝果然恪守君道，對於張釋之形式「合法」且實質上「合理」（黃老寬簡省刑之道理）的判決，許以「廷尉當是也」的肯定。

張釋之為廷尉時，還發生高祖之墓被盜一事：

其後有人盜高廟坐前玉環，捕得，文帝怒下廷尉治。釋之案律盜宗廟服御物者為奏，奏當棄市。上大怒曰：「人之無道，乃盜先帝廟器，吾屬廷尉者，欲致之族，而君以法奏之，非吾所以共承宗廟意也。」釋之免冠頓首謝曰：「法如是足也。且罪等，然以逆順為差。今盜宗廟器而族之，有如萬分之一，假令愚民取長陵一抔土，陛下何以加其法乎？」久之，文帝與太后言之，乃許廷尉當。⁵³

依據漢律，死刑有「棄市」、「腰斬」、「梟首」、「族刑」，前三者僅及個人，而「族刑」則是滅三族。⁵⁴盜皇家陵園之物，當處「棄市」，當時有人盜高祖廟前玉環，張釋之據法處以「棄市」，但文帝欲誅滅親族。張釋之抗顏直諫說：同樣是死罪，因情節而有「棄市」、「族刑」等輕重之分，若盜高祖廟前器物即誅滅三族，則「假令愚民取長陵一抔土」當再處以何種更重之罪呢？「假令愚民取長

⁵³ （漢）司馬遷著，（日）瀧川龜太郎考證：〈張釋之馮唐列傳〉，《史記會注考證》，頁1100。

⁵⁴ 楊鴻烈：《中國法律發達史（上）》，頁109-110。

陵一抔土」是婉曲說法，暗指盜掘高祖陵墓。文帝聽了張釋之的論斷之後，向太后稟報，同意張釋之的判決。張釋之維護平民權利之依據，表象是法律，但更進一步者：是法律之上的價值訴求——仁厚之道。在那樣的時代下，並無足以對抗執政權的司法權，不可能要求皇帝與平民同樣立基平等地位，服從法律。因此，張釋之據以責求文帝守法者，並非帶有強制性質、足以對抗行政權的司法權，而是法律之上的道德精神。而文帝也虛心納諫，「許廷尉當。」

張釋之執法寬平，漸爲人所知，「是時，中尉條侯周亞夫與梁相山都侯王恬開見釋之持議平，乃結爲親友。張廷尉由此天下稱之。」⁵⁵周亞夫（?-143B.C.）乃張釋之先前稱有長者仁厚之風的絳侯周勃（?-169B.C.）之子。一時之間，天下以寬厚的「長者」之風相尚。但不久：

文帝崩，景帝立，釋之恐，稱病。欲免去，懼大誅至；欲見謝，則未知何如。用王生計，卒見謝，景帝不過也。⁵⁶

景帝即當年張釋之在司馬門外所彈劾的太子劉啓。張釋之當初所以據法裁判，訴諸的不是法律的絕對效力，而是文帝的支持。因此景帝即位後，張釋之用「善爲黃老言」之「處士」王生（?-?）之計，爲當年彈劾案道歉，稱病罷官歸隱，逃過景帝的報復。⁵⁷王生早先爲磨練張釋之心性，故意要求張釋之爲其跪膝結襪，看似侮辱之舉，實則以黃老道家柔弱退隱之術點化之。⁵⁸在欠缺獨立司法權的年代，法律的效力有賴帝王的支持，一旦帝位更替，則人亡政息。張釋之之進退乃無奈之事。

與張釋之合傳之馮唐，亦以善諫見稱，其所諫者仍在執法務求仁恕。當時雲

⁵⁵ （漢）司馬遷著，（日）瀧川龜太郎考證：〈張釋之馮唐列傳〉，《史記會注考證》，頁1100。

⁵⁶ 同前註。

⁵⁷ 同前註。

⁵⁸ 同前註。

中守魏尚（?-157B.C.）寬厚御下，經常以個人官俸犒賞士卒。治軍有方，守備嚴密，「匈奴遠避，不近雲中之塞。」⁵⁹但其所率領之部眾均平民子弟，不通法條文墨，以致上報斬首數目時，與實際稍有出入，於是「文吏以法繩之」。⁶⁰文帝對於魏尚從前所立軍功，「其賞不行而吏奉法必用」，⁶¹任憑魏尚受盡刀筆吏之苛刑酷法，馮唐勇於諫諍文帝曰：

臣愚以為陛下法太明，賞太輕，罰太重。⁶²

就法論法而言，「法太明」並無可非議。魏尚陳報軍功與實際有所出入，本應受處罰。但司馬遷所關注的重點，不僅是法律條文明確、執行嚴明等形式層面，而是法律背後的價值精神：「賞太輕，罰太重」，流於苛刻，違背漢初寬簡省刑的方針。最後文帝虛心納諫，令馮唐持符節赦免魏尚，復任為雲中守，並拜馮唐為車騎都尉。這段情節與張釋之事蹟合併觀之，可見法律之嚴明公正與否等形式層面，雖是司馬遷所重視者，但他最深層的關懷，在於更根源的、法律背後的價值訴求——寬厚精神。

司馬遷在〈張釋之馮唐列傳〉最後的論贊中說：

太史公曰：張季之言長者，守法不阿意；馮公之論將率⁶³，有味哉！有味哉！語曰：「不知其人，視其友。」二君之所稱誦，可著廊廟。書曰「不偏不黨，王道蕩蕩；不黨不偏，王道便便。」張季、馮公近之矣。⁶⁴

⁵⁹ （漢）司馬遷著，（日）瀧川龜太郎考證：〈張釋之馮唐列傳〉，《史記會注考證》，頁1101。

⁶⁰ 同前註。

⁶¹ 同前註。

⁶² 同前註。

⁶³ 《史記》原文作「將率」，應是「將帥」之意，指馮唐勸諫文帝應禮敬將領。

⁶⁴ （漢）司馬遷著，（日）瀧川龜太郎考證：〈張釋之馮唐列傳〉，《史記會注考證》，頁1101。

太史公讚揚張釋之寬厚的風範，以及其守法不曲徇文帝的風骨，並賞識馮唐君主應禮敬將帥的言論。君子善與人交，二君之友亦俱仁惠之風。《尚書》所謂不偏私、不營黨，則王道隆盛，政通人和，張、馮二君，正得其意。

從論贊中可知：司馬遷對張釋之的稱揚有兩個層面，其一，其論絳侯周勃、東陽侯張相如寬厚的長者風範。並以此警戒文帝勿用嗇夫，以免蹈秦時吏酷法苛之惡。其二，其正言直諫，依法斷案，不阿奉文帝之意。此兩者正一體兩面，張釋之所守之「法」乃漢初黃老思想指導下寬厚仁惠之法，其所以勸諫文帝者非僅「法」之權威性，更重在法的背後「寬厚」、「仁恕」的價值訴求。蓋當時人鑑於秦亡於苛刑酷吏之教訓，特崇寬仁的「長者」風範。若僅論「法」之公正、權威，則秦代奉為儀範的法家思想已足，⁶⁵司馬遷何必特意標舉「長者」風範，又何須於傳中屢言「秦漢間事」，以秦代「任法」之弊為鑑，可見司馬遷稱揚張釋之者，固在執法之公正，但更在法律背後所代表的「仁厚」價值。「法」出於「君」的時代，惟有在法律之上預設更高的道德訴求，方可節制君權。

〈太史公自序〉說：「守法不失大理，言古賢人，增主之明。作張釋之馮唐列傳第四十二。」⁶⁶張釋之所以得司馬遷讚賞，不僅因其「守法」，更在於其所守之法「不失大理」合理合情，不流苛刻，貼近寬厚的古賢人之風。在「法」出於「君」的時代，無所謂「法律之前人人平等」，君、民不可能無差別地屈服於法律之下。法之寬厚出於君之仁惠，所以司馬遷讚賞張釋之直言力諫的氣節，恰足以「增主之明」，與文帝之雅量仁惠，君臣相得益彰。司馬遷在《史記》張釋之執法相關事例所訴求的，不獨是法律形式上的公正平等，更是背後的價值精神——仁惠寬厚。法權與君權之高下，非當時人可想見之問題。

⁶⁵ 法家固然要求君主「能去私曲就公法」捨棄個人好惡一從於法。陳奇猷：〈有度〉，《韓非子集釋》（臺北：華正書局，1982年），頁86。但責求君主守法未必等同「法」高於「君」，因為不論法之立與廢仍操諸於君，此乃法家理論未能正本清源之問題。參見梁啟超：《先秦政治思想史》（臺北：中華書局，1959年），頁148。

⁶⁶ （漢）司馬遷著，（日）瀧川龜太郎考證：〈太史公自序〉，《史記會注考證》，頁1101。

（二）《史記》其他篇章

參照《史記》其他篇章，或許更能從人物、事件彼此間的反襯、正襯、互見等角度，整體觀察〈張釋之馮唐列傳〉中張釋之執法事蹟之宏旨所在。

韓兆琦指出，司馬遷欲藉〈張釋之馮唐列傳〉與〈酷吏列傳〉互相參照，以文帝之寬厚凸顯武帝（156B.C.-87B.C.）之殘暴。⁶⁷〈酷吏列傳〉所撰之酷吏何嘗無剛正守法者。司馬遷在該篇論贊中說：「太史公曰：『自郅都、杜周十人者，此皆以酷烈為聲。然郅都伉直，引是非，爭天下大體。』」⁶⁸郅都（?-?）「伉直」，「問遺無所受，請寄無所聽」⁶⁹，不接受賄賂請託，「行法不避貴戚」⁷⁰執法公正，不畏權勢，但司馬遷所以不予讚許，乃因其「獨先嚴酷」，人號曰「蒼鷹」⁷¹。張湯（155B.C.-115B.C.）廉潔，死時家產不過五百金，但司馬遷所以不予褒獎，乃因其「知陰陽，人主與俱上下」⁷²。仰承上意，制定、執行武帝以來日益苛酷之法，如「算緡令」、「告緡令」⁷³、「見知故縱罪」⁷⁴。至於趙禹（?-?），司馬遷於論贊中以「據法守正」概括其言行，但稱之為酷吏而非賢吏，乃因其奉行武帝苛刑政策。⁷⁵早先其於丞相府事太尉周亞夫時，即便「府中皆稱其廉平」

⁶⁷ 韓兆琦：《史記選注》，頁 952。

⁶⁸ （漢）司馬遷著，（日）瀧川龜太郎考證：〈酷吏列傳〉，《史記會注考證》，頁 1271。

⁶⁹ 同前註，頁 1262。

⁷⁰ 同前註。

⁷¹ 同前註。

⁷² 同前註，1271-1272。

⁷³ 「算緡令」乃國家向商人徵稅以充實國庫，擴張武力。商人報稅不實，告發者賞予應沒收財產之一半，此稱「告緡令」。（張晉藩：《中國法制史》，頁 157。）《史記》〈平準書〉以張湯作「算緡令」，楊可作「告緡令」。（《史記會注考證》，頁 517）《史記》〈酷吏列傳〉瀧川龜太郎之考證引何焯曰：「鹽鐵出於弘羊，告緡出於楊可，然非倚湯不能取於天子，以酷虐助而成之，故惡皆歸之湯。」（《史記會注考證》，頁 1265。）

⁷⁴ 官員緝盜不力、或故縱盜賊，與盜賊同罪。（張晉藩：《中國法制史》，頁 164。）

⁷⁵ 呂世浩：《從〈史記〉到〈漢書〉——轉折過程與歷史意義》（臺北：臺灣大學出版中心，2009 年），頁 77-79。DOI 10.6327/NTUPRS-9789860219661

76，但周亞夫便以其「文深，不可以居大府。」77，恐其蹈秦時「刀筆吏」之覆轍。果然「今上時，禹以刀筆吏積勞，稍遷爲御史。」78後來又受拔擢爲太中大夫，從此朝廷「用法益刻」79。「據法守正」僅是遵守符合立法程序、具備法律形式之規範。但「用法益刻」涉及法律實質內涵是否符合正義（寬厚仁惠之精神），這是更高層次的價值訴求。司馬遷稱趙禹爲酷吏，顯然從法律的實質意涵著眼。

〈平準書〉指出：武帝即位之初，經過七十年的休養生息，省刑輕罰，「故人人自愛而重犯法，先行義而後紂恥辱焉。」80。但武帝大幅擴張國勢，搜刮民財，社會智巧牟利之徒益多，「百姓抗弊以巧法，財賂衰耗而不贍。」81不得不用公孫弘（199B.C.-121B.C.）、張湯等酷吏，於是「法既益嚴，吏多廢免」82，「法嚴令具」83反而官逼民反，奸盜益生。司馬遷於〈酷吏列傳〉開篇之首即引孔子、老子之語說：「孔子曰：『導之以政，齊之以刑，民免而無恥。導之以德，齊之以禮，有恥且格。』」老氏稱：『上德不德，是以有德；下德不失德，是以無德。法令滋章，盜賊多有。』」84教化是國君治國根源，法令乃輔助教化之一環，因此君主寬簡執法方屬可大可久之正道。司馬遷又說：「法令者治之具，而非制治清濁之源也。」85法律乃「治之具」，治理國家不得不立法定制，但「非制治清濁之源也」，在法律形式之上仍有更高的價值訴求——寬厚愛民的精神，此方爲政治清濁之根本。因此司馬遷作〈酷吏列傳〉旨在控訴武帝時候法律徒有形式，失去寬厚的價值訴求，此肇因武帝多欲殘酷，有失君德。

法律是形式上具有拘束力的規範，執法之公正固屬必要，但法之實質正義更

76 （漢）司馬遷著，（日）瀧川龜太郎考證：〈酷吏列傳〉，《史記會注考證》，頁1263。

77 同前註。

78 同前註。

79 同前註。

80 （漢）司馬遷著，（日）瀧川龜太郎考證：〈平準書〉，《史記會注考證》，頁511。

81 同前註，頁512。

82 同前註，頁515。

83 同前註，頁512。

84 （漢）司馬遷著，（日）瀧川龜太郎考證：〈酷吏列傳〉，《史記會注考證》，頁1261。

85 同前註。

應優先考量。所以酷吏即便守法，仍不得司馬遷讚賞。相反地，〈遊俠列傳〉中郭解（?-?）、朱家（?-?）等人雖「扞當世之文網」⁸⁶、「以武犯禁」⁸⁷，卻得司馬遷景仰。因為此時諸種「文網」、「法禁」乃苛酷殘虐之法，徒有法律之形式意義，卻已失去法律的實質正當性。在「竊鉤者誅，竊國者侯，侯之門，仁義存焉」⁸⁸的情形下，法律的價值已被抽空，徒具形式虛文。遊俠行為「不軌於正義」⁸⁹，雖違反統治者所謂之「正義」⁹⁰，但反而是另一種實質上符合「聖人之道」的正義。⁹¹〈遊俠列傳〉以公孫弘藉酷法打擊遊俠，諷刺武帝苛酷濫刑。相反地，〈循吏列傳〉所載均先秦官吏，意在反襯武帝之殘暴不仁。⁹²〈循吏列傳〉載孫叔敖（630B.C.-593B.C.）等人「政緩禁止」之德治事蹟。開宗明義即言：「法令所以導民也，刑罰所以禁姦也。文武不備，良民懼然身修者，官未曾亂也。奉職循理，亦可以為治，何必威嚴哉？」⁹³這段話從法律的目的與達成之手段檢討法律之實質正當性。「法令所以導民也」，法律的目的在於輔助禮樂教化疏導民情，則在手段的選擇上，若「良民懼然身修者，官未曾亂也」，則輕罰省刑已能達目的，要是仍採「威嚴」之法，則違背目的，淪為「為處罰而處罰」，則此一法律失卻實質正當性。

〈張釋之馮唐列傳〉中，張釋之所以能據法力爭，拒絕法外再施重刑，關鍵在於文帝善於納諫、寬厚治國。這也見於〈孝文本紀〉，當中將文帝即位二十三

⁸⁶ （漢）司馬遷著，（日）瀧川龜太郎考證：〈遊俠列傳〉，《史記會注考證》，頁1286。

⁸⁷ 同前註，頁1285。

⁸⁸ 同前註。

⁸⁹ 同前註。

⁹⁰ 此處之正義與西方法學之「正義」有別。此處之正義，乃指統治階層認可的行為標準。西方法學上所謂的正義（英文稱justice，來自拉丁文jus）指法律背後公平、理性、人道精神等價值，這些價值可能來自於天地間自然之理、上帝的意旨等等。（博登海默（Bodenheimer）著，鄧正來譯：《法理學：法哲學與法學方法》，頁327-336。）

⁹¹ 林聰舜：《史記的人物世界》（臺北：三民書局，2003年），頁210-222。

⁹² 李偉泰：〈《史記·循吏列傳》的批判藝術〉，《司馬遷與《史記》論集》第8輯（陝西：司馬遷研究會編，2008年），頁34-52。

⁹³ （漢）司馬遷著，（日）瀧川龜太郎考證：〈循吏列傳〉，《史記會注考證》，頁1246。

年來從民生疲弊到「海內殷富，興於禮樂」，歸功於其「專務以德化民」⁹⁴。文帝時廢除連坐法、誹謗律及肉刑，並下詔曰：「今法有肉刑三，而姦不止，其咎安在？非乃朕德薄而教不明歟？吾甚自愧。故夫馴道不純而愚民陷焉。《詩》曰：『愷悌君子，民之父母』。今人有過，教未施而刑加焉？或欲改行為善而道毋由也。朕甚憐之。夫刑至斷肢體，刻肌膚，終身不息，何其楚痛而不德也，豈稱為民父母之意哉！其除肉刑。」⁹⁵治國之道，必先施教化，「教未施而刑加焉」，無異陷民於罪。姦邪不止，並非法令不夠嚴密，而是「朕德薄而教不明」。文帝以寬簡省刑治國甚得司馬遷賞識，〈孝文本紀〉最後論贊說：「太史公曰：孔子言：『必世然後仁。善人之治國百年，亦可以勝殘去殺。』誠哉是言！漢興，至孝文四十有餘載，德至盛也。廩廩鄉改正服封禪矣，謙讓未成於今。嗚呼，豈不仁哉！」⁹⁶文帝以仁治國，漢興四十年，德化天下，至隆至盛，本可改曆易服，舉行封禪大典，文帝卻屢屢謙稱自身德行不足，這正是仁君之風。司馬遷在此凸顯漢初政治清明不在「法」而在「人」，君之仁暴，關乎天下治亂。

《史記》在寫作技巧上經常使用「對照律」，⁹⁷以不同人物、事件彼此映襯，〈酷吏列傳〉、〈遊俠列傳〉反襯〈張釋之馮唐列傳〉，⁹⁸前者批判武帝時代的司法官，執法雖嚴明公正，卻曲徇上意，流於苛刻。那麼反義推知，更可見〈張釋之馮唐列傳〉中張釋之執法部分，表象之意在凸顯張釋之執法公正，但更深的意涵，在彰顯漢初法令寬厚，張釋之善諫、文帝雅納之風範。公正執法固是司馬遷所稱揚者，但所執之法是否符合實質正義、體順人情，則更是其關注所在。〈循吏列傳〉則以「正襯」的方式與〈張釋之馮唐列傳〉彼此輝映，表達法律的終極追求，在於寬厚仁惠的價值。⁹⁹同時《史記》還採「互見法」，同一人、事分散於

⁹⁴ (漢)司馬遷著，(日)瀧川龜太郎考證：〈孝文本紀〉，《史記會注考證》，頁196。

⁹⁵ 同前註，頁194。

⁹⁶ 同前註，頁198。

⁹⁷ 李長之：《司馬遷之人格與風格》，頁275-279。

⁹⁸ 呂世浩：《從《史記》到《漢書》——轉折過程與歷史意義》，頁78。

⁹⁹ 李偉泰：〈《史記·循吏列傳》的批判藝術〉，頁40。

數篇當中，以為詳略調配或使傳主人物形象完整，¹⁰⁰文帝事蹟除見於〈張釋之馮唐列傳〉外，〈孝文本紀〉有更詳細之敘述。兩者並觀，可知「法」出於「君」的時代，形式上的法律固然重要，但在法之上建立更高的價值理想——仁惠寬厚的「君道」方是根本，這也是漢初黃老思想的精神所在。

四、節制君權之道——與西方自然法學派之參照

〈張釋之馮唐列傳〉中，文帝頻頻「問釋之秦之敝」，張釋之也屢屢向文帝言「秦漢之間事」，提醒文帝勿重蹈秦時法律「徒文具耳，無惻隱之實」的弊端，法律的形式固然重要，但「惻隱之實」方是治亂所在。張釋之用以勸諫文帝者，非僅表象的、形式面的法律規定，而是法律背後所代表的價值——仁厚省刑的治國精神。在皇權絕對化的時代，法律的有效性須要君主的支持，因此有理想的士人約束君權的方式不可能以「法」制「君」，而是在君主所頒布的、形式層面的法律之上，預設更高的、實質層面的價值訴求。所以與張釋之合傳的馮唐，其所以勸諫文帝者在於「陛下法太明，賞太輕，罰太重。」「法太明」固非弊病所在，但形式上可明確執行的法律，若其背後的精神是「賞太輕，罰太重」，則失去法律之實質正當性，由此更可見司馬遷所著重的，除了公正執法之外，更強調法律背後更高層次的價值訴求。

茅坤（1512-1601）《史記鈔》說：「張釋之學問作用，大略從黃老中來。」¹⁰¹這有兩層意涵：第一，張釋之在漢代尚無獨立司法權的無奈下，於景帝即位後，用「善言黃老」之「處士」王生之計，為當年依法彈劾太子一事，向景帝謝罪，終於謙退全身。第二，張釋之寬厚執法的思想背景，源自漢初黃老學派「約法省刑」的主張。西漢初年盛行的黃老思想，企圖在形式的、現行的「法」之上安置更高的「道」。《經法·道法》開宗明義即曰：「道生法。法者，引得失以繩而

¹⁰⁰ 楊燕起：《《史記》的學術成就》，頁 68-70。

¹⁰¹ （明）凌稚龍輯校、李光縉增補，（日）有井範平補標：〈張釋之馮唐列傳〉，《史記評林》，頁 1。

明曲直者也。」¹⁰²具有強制效力之「法」，其正當性來源，並非僅出於有權立法之君主，更是因其本於「道」而生。「法」之所以能作為曲直得失之準據，是因其符合「道」。《十大經·成法》載黃帝問其臣力黑曰：「請問天下有成法可以正民者？」力黑曰：「吾聞天下成法，故曰不多，一言而止。循名復一，民無亂紀。」¹⁰³「法」可以廣布四海，通達天下，乃因其「一言而止」、「循名復一」，此「一」即貫通天地之「道」。因此，人君所制定之「法」亦須依「道」而行，「天地有恒常，萬民有恒事，貴賤有恒位，畜臣有恒道，使民有恒度。」¹⁰⁴君主「畜臣」、「使民」均須遵守天地間恆常之道。天地之道者為何？一言以蔽之，「慈惠以愛人」¹⁰⁵，因此，人君治國，亦當「先德後刑，順於天。」¹⁰⁶「因天之生也以養生，謂之文。」、「因天之殺也以伐死，謂之武。」¹⁰⁷「文武并立，命之曰上同。」¹⁰⁸人間法律亦應依循天地之道，有生養之「文」與殺伐之「武」，且以生養之德為主，殺伐之刑為輔，君主順應天地之理，應以德化為先，勿流殘酷刑殺。所以說：「刑無罪，禍皆反自及也。」¹⁰⁹、「禁誅不當，反受其殃。」¹¹⁰國君理當慎刑愛民。黃老學派在君主頒布的法律之外，提供一套代表正義的價值，去評論、批判現實政治、法律，並以「天」、「道」拘束統治者權力，這很接近西方早期的「自然法」學派。

西方法學上有所謂「實證法」（Positive law）與「自然法」（Natural law）之分。「實證法」又稱「實定法」，屬於人為的、後天的，是國家公權力依據特定立法程序而制定的具體規範。再依據法學解釋方法，推導入個案的適用當中。而

¹⁰² 陳鼓應注譯：《黃帝四經今注今譯：馬王堆漢墓出土帛書》（北京：北京商務印書館，2007年），頁2。

¹⁰³ 同前註，頁286。

¹⁰⁴ 同前註，頁25。

¹⁰⁵ 同前註，頁326。

¹⁰⁶ 同前註，頁223。

¹⁰⁷ 同前註，頁65。

¹⁰⁸ 同前註，頁103。

¹⁰⁹ 同前註，頁152。

¹¹⁰ 同前註，頁35。

自然法乃先於、高於實證法之原理，是一種普遍、客觀的原則，例如：平等、正義、和平、寬厚等價值，可作為實證法合理與否的判準。¹¹¹實證法重視的是「形式合法」（Formal Legality），自然法尚講求「實質正義」（Substantive Justice），「實證法」談的是「現實」（reality）的問題，只要合乎現實上的立法程序及法律強制效力之規範，即屬合法。但「自然法」更在乎「現實」（reality）之上的「價值」（value）層次。自然法存在的目的，是為批判實證法，給予握有權力者若干道德上的限制。要求法律不僅在「形式」上出自有權者「合法」的立法程序，更應在「實質」上符合「正義」。¹¹²但「自然法」與「實證法」並非絕對對立，最理想的狀態，是「自然法」與「實證法」契合，握有「立法權」者（在古代是皇帝、國王）能貫徹價值理想，制定出符合人道精神、公平正義的法律，如此則良法善政自可以德化民。一旦「實證法」背離「自然法」，「惡法亦法」下，法律成為執政者虐民的工具，極端的「自然法」思想主張此種法律應歸無效，以此從道德上節制執政者權力。¹¹³《史記》或許未如西方法學明確使用「自然法」與「實證法」兩個概念闡揚其意，但卻屢屢措意於兩者之辯證關係，而後訴求最高的價值理想。

西方自然法的發展，大體可分為三個時期：第一，古希臘時期「哲學的自然法」。第二，中世紀興盛的「宗教的自然法」。第三，18、19世紀「啓蒙時期自然法」，¹¹⁴此一時期才有「法高於君」的思想，並經政治革命產生獨立司法權，而有「法律之前人人平等」的觀念。司馬遷所以肯定張釋之，並非其以「法權」壓制「君權」，而是張釋之堅守黃老學派「約法省刑」的價值理想，這很類似「哲學的自然法」、「宗教的自然法」給予執政者「道德」上限制，當時中西均無以獨立「司法權」限制執政者的歷史條件。

古希臘時期「哲學的自然法」認為人類基於理性，可認識最高的自然秩序，

¹¹¹ 楊日然：《法理學》（臺北：三民書局，2011年），頁29。

¹¹² 沈宗靈著，林文雄校訂：《法理學》（臺北：五南出版社，1994年），頁45-61。

¹¹³ 陳清秀：《法理學》（臺北：元照出版，2018年），頁54。

¹¹⁴ 同前註，頁37-43。

此一自然秩序是人為的、君主所制定的法律之正當性依據。柏拉圖（Plato, 429B.C.-347B.C.）主張獨立於現實法律、統治權力之外，尚有一客觀價值存在，此一價值乃不可變更、具有普遍意義的。他並要求統治者必須服從此一價值。¹¹⁵ 亞里士多德（Aristotle, 384B.C.-322B.C.）將體現正義的法律與現實存在的法律區分開來，而主張「已成立的法律獲得普遍的服從，而大家所服從的法律又應該本身是制定得良好的法律。」¹¹⁶ 唯有符合公理與正義的「良好法律」，才具有要求人民服從的正當性。「宗教的自然法」盛行於中世紀，其以為法律乃上帝意志之展現，例如：聖湯瑪斯·阿奎那（Thomas Aquinas, 1225-1274）將法律區別為三層：第一「永恆法」：即上帝意志所支配的宇宙規則。第二「自然法」即人能認識宇宙規則的理性。因人之存在（Sein）乃上帝意志的一部份，故通過人之理性可認識「永恆法」。第三，「人定法」即統治者實際施行之法律。其乃最低位階，必須從永恆法導出，受自然法之指導。如此，則人間的君王即便擁有立法權力，卻仍受到限制。¹¹⁷

18、19 世紀西方在經歷文藝復興、宗教改革之後，乃有注重天賦人權的「啓蒙運動」。當時思想家洛克（Locke, 1632-1704）、盧梭（Rousseau, 1712-1778）從「自然法」的觀點，提出「社會契約論」，至此才完整建立起「法」高於「君」，「法律之前人人平等」的論述。洛克認為自然狀態下「人們既然都是平等和獨立的，任何人都不得侵害他人的生命、健康、自由和財產。」¹¹⁸ 天賦人權，人人均享有平等的生命權、財產權等，「人人同他都是平等的」¹¹⁹，但未必人人均遵守公道、正義，彼此侵奪的情形所在多有，於是人們為了永久的幸福和平，乃

¹¹⁵ 陳清秀：《法理學》，頁 37。

¹¹⁶ 亞里士多德（Aristoteles）著，吳壽彭譯：《政治學》（北京：商務印書館，1983 年），頁 199。

¹¹⁷ 聖湯瑪斯·阿奎那（Thomas Aquinas）著，馬青槐譯：《神學大全》，收於《阿奎那政治著作選》（北京：商務印書館，2009 年），頁 109-120。

¹¹⁸ 洛克（Locke）著，葉啟芳、瞿菊農譯：《政府論》下篇（北京：商務印書館，2009 年），頁 4。

¹¹⁹ 同前註，頁 77。

協調彼此權利而定立契約、達成協議，各自讓渡一部分的天賦人權而組成國家，將自然狀態下不穩定的權利，轉為社會規範下更廣泛、更長久的權利。這個契約、協議便是法律的原初型態。但國家畢竟只是一個抽象的概念，尚須有人代表執行契約（即法律之原型），此人即執政者。執政者的權力來自人民之委託，因此其行為也須按照「社會一致同意的」¹²⁰ 契約、協議（法律的根源）之精神而行。其權力「應該根據既定的和公布的法律來行使」，「這樣，一方面使人民可以知道他們的責任並在法律範圍內得到安全和保障；另一方面，也使統治者被限制在適當的範圍之內，不致為他們所擁有的權力所誘惑。」¹²¹ 法律出自人類為謀永久幸福而定立之公約，執政者的權力源自人民授予，因此其權力亦不得超過為人民謀幸福所必要範圍之內（即法律之限度內）。所以說「法」高於「君」，君主與人民均須守法，地位對等。如此方可說是「法律之前人人平等」。

盧梭也指出「社會契約」是「公平的約定」，因為它是人類共同將平等的天賦人權協調、讓渡一部分給國家，目的是為謀求「公共的幸福」，使自然狀態下隨時可能被侵奪的權利，因為有了國家的保障而獲得更廣大、永久的利益。國家以「公共的力量」和「最高權力」維繫的「約定」、「契約」，便是法律的根源。¹²² 既然國家及其代表人（君主）之存在，乃為執行人類為謀共同幸福而定立的「契約」，則國家及君主的權力必須侷限在契約（也就是法律）的範疇之內。「所以君主的統治意志就只是，或者只應該是公意識或法律。」¹²³ 君主的統治意志，必須限定在全民之「公意識」或「法律」之內。由此推論，則「法」高於「君」乃理所當然，君主與人民在法律上立基平等地位，同樣須遵守法律。

自然狀態下人人有平等的財產權、生命權等，進入國家組織後，此種權利並不因此消失，反而更具體落實，所以盧梭又說：

¹²⁰ 洛克（Locke）著，葉啟芳、瞿菊農譯：《政府論》下篇，頁 10。

¹²¹ 同前註，頁 87。

¹²² 盧梭（Rousseau）著，何兆武譯：《社會契約論》（北京：商務印書館，1997 年），頁 44。

¹²³ 同前註，頁 80。

基本公約並沒有摧毀自然的平等，反而是以道德的與法律的平等來代替自然所造成的人與人之間身體上的不平等。從而，人們儘可以在力量上和才智上不平等，但是由於約定並且根據權利，他們卻是人人平等的。¹²⁴

自然狀態下，凡人均有天賦之自由、權利，因此人人平等。但就力量與智慧而言，人有強弱智愚之分，在欠缺社群秩序的規範下，財產侵奪、生命殘殺等現象，造成了強弱眾寡的不平等，人類定立契約組成國家，終止野蠻戰亂狀態後，反而使天賦之平等得以實踐，這便是「法律之前人人平等」的理論依據。

社會契約出自自然狀態下，擁有平等的天賦人權之人類所定立，此一約契約進入國家後，轉化為法律的型態，則人人之法律地位理當平等。君主權力既限縮在法律範圍之內，自然無權對個別人民予以不平等待遇。因此，盧梭說：「因而主權者就只認得國家這個共同體，而並不區別對待構成國家的任何人。」¹²⁵

哈特（H. L. A. Hart, 1907-1992）說：「最基礎的自然法內容」便是「人類彼此平等。」¹²⁶ 啓蒙時期洛克、盧梭的自然法思想認為平等是上帝賦予每個人的自然權利（natural equality）。人民彼此之間、君與民之間，在法律地位上一律平等。但現實層面，君主仍有強大的權力，如何要求其遵守自然法，與人民平等屈服於法律之下？孟德斯鳩（Montesquieu, 1689-1755）進一步將以「法」制「君」的理念制度化，設計「以權力對抗權力」的三權分立憲政體制。孟德斯鳩說：「從事務的性質來說，要防止濫用權力，就必須以權力約束權力。」¹²⁷ 也就是用憲法設計出行政、立法、司法三權彼此制衡（check and balance）的國家組織模式。由人民選出代表組成國會，負責法規範的制定；法規範的執行則委由行政機關，「依法行政」原則要求行政機關必須受制於立法者之意。司法權則獨立於行政權之外，

¹²⁴ 盧梭（Rousseau）著，何兆武譯：《社會契約論》，頁 34。

¹²⁵ 同前註，頁 44。

¹²⁶ H. L. A. Hart: *The Concept of Law* (New York: Oxford University Press, 1994), p194-198.

¹²⁷ 孟德斯鳩（Montesquieu）著，張雁深譯：《論法的精神》上冊（北京：商務印書館，1997年），頁 154。

其所裁判之案件，除了中國傳統已有的民事、刑事訴訟之外，更有行政訴訟，於政府行政機關權力過度擴張時，加以制裁。「司法權主要還是定位在對抗專制君主恣意的審判，故司法權作為國家權力，乃具有獨立不受干擾的本質。」¹²⁸ 甚且「因行政訴訟亦列入司法權的範圍，使司法權對行政權有一定程度的合法性審查權，更形強化。」¹²⁹ 司法權獨立於行政權之外，其審判不受執政者意志之拘束，且「行政訴訟」制度，使得行政權的行使，亦受司法權的監督，如此則最高執政者的權力仍受司法制衡。「從西方司法獨立的發展歷程來看，真正首要的獨立對象乃是行政權。」¹³⁰ 司法權的獨立，主要是獨立於行政權之外，不依執政者意志為裁判，且對執政者權力形成制衡、限制。以「法」制「君」通過此一權力分立的制度設計，方才可能落實。這種強調以法律（尤其憲法）節制國家及執政者權力的思想，即是所謂的「法治國原則」（英文稱“Rule of Law”德文稱“Rechtsstaat”）、「憲政主義」（Constitutionalism）。

「君」、「民」對等居於法律之下，這是西方近代經過文藝復興、宗教改革，最後於啓蒙時代方才醞釀成熟的思想。¹³¹ 司馬遷所處之西漢時期，恐怕沒有這樣的歷史條件。〈張釋之馮唐列傳〉固然讚揚張釋之公正執法的態度，但其所表彰者更在法律背後的價值訴求——仁惠愛民的精神。張釋之所以折服文帝者，並非僅現行的實證法當一體適用、公正執行，而是實證法之上更本原的「約法省刑」的黃老思想。否則依據漢律，所有實證法事前均出自皇帝核可，皇帝更能隨時因人設事，頒布「詔令」破除既有之「律」，則從實證法的層次，恐無從發揮拘束君權之效果。張釋之以黃老「約法省刑」精神，拘束文帝遂行私意，這接近古希臘時期「哲學的自然法」、盛行於中世紀的「宗教的自然法」以超越實證法上的價值約束執政者。類似柏拉圖所說的：為了人類的永久安寧，「國王必須在引導之下成為哲學家」。¹³² 也近似阿奎那所說的：「一旦統治者因背叛教義而被開除

¹²⁸ 李惠宗：《憲法要義》（臺北：元照出版，2001年），頁538。

¹²⁹ 同前註。

¹³⁰ 吳庚，陳淳文：《憲法理論與政府體制》（臺北：三民書局，2013年），頁486。

¹³¹ 汪太賢：《西方法治主義的源與流》（北京：法律出版社，2001年），頁167-297。

¹³² 柏拉圖（Plato）著，郭斌和等譯：《理想國》（北京：商務印書館，1996年），頁214-215。

教籍，他的臣民依據這一事實便可不受他的統治，並解除約束他們的效忠宣示。」¹⁸³。所以說〈張釋之馮唐列傳〉中，司馬遷固然肯定張釋之據法判決，但最終意旨還是落在法律背後的價值——仁惠之「君道」。參照〈酷吏列傳〉、〈遊俠列傳〉可知，形式上之守法，並非司馬遷首要關注者，超越實證法的價值訴求，才是其精神所在。

這種價值訴求，雖與啓蒙時期自然法思想產生的「法治國原則」、「憲政主義」仍有數步之遙，且與古希臘時期「哲學的自然法」、盛行於中世紀的「宗教的自然法」面臨相同的理論困境——道德制裁無法發揮徹底的拘束力。但考量時代背景，此已屬難能可貴的理想精神，自不必附會西方近代始有的「法律之前人人平等」的觀念。

五、《史記》「張釋之執法」之時代意義

《史記·張釋馮唐列傳》中張釋之因無近現代所謂的「獨立司法權」，而無能徹底制衡行政權，以致景帝即位，即退隱全身。但該篇所表彰的漢初黃老學派「約法省刑」的精神，所追求的法律背後的價值理想，仍具時代意義。18、19世紀啓蒙時期自然法學派，在君主仍握有立法權的背景下，以天賦人權作為實證法之上的價值訴求，以「社會契約論」開展出「法」高於「君」的主張，經過法國大革命、美國獨立運動等實際的政治革命，終於從價值理想，落實為現實政治制度。三權分立，成為西方國家主要的憲政運作模式，我國即便採五權憲法，但也以三權彼此制衡（check and balance）為核心。一方面，立法權歸於人民，「依法行政」原則，讓執政者的權力被限縮在法律的限度之內。另一方面，司法權乃獨立於行政權之外，同樣具有權力的性質，對於執政者的限制，不僅是寬厚慈惠的道德上訴求，更是在行政權違法時，予以法律制裁。「用權力對抗權力」似乎較價值的、道德的訴求更容易落實。但是否代表法律之上的價值訴求已可有可無？

¹⁸³ 卡爾·弗里德里希（Carl J. Friedrich）著，周勇、王麗芝譯：《超驗正義——憲政的宗教之維》（北京：生活、讀書、新知三聯書店，1997年），頁20。

二次世界大戰時納粹德國違反人道的法律，是國會經合法程序所制定，程序合法、形式合法的法律，但卻高度違反實質正義。¹³⁴可見三權分立下，「用權力節制衡權力」的運作方式，亦非萬靈丹，訴諸權力彼此間的抗衡，將如同連環一般，制衡了此項權力卻膨脹了另一權力，循環無窮，欲求金椎破之，唯有理想上的、道德上的價值訴求，才能防止法律的墮落。所以，二戰後，西方法學家出於對納粹德國「惡法亦法」的教訓，又開始注重價值理念、實質正義的層次。科殷（Helmut Coing, 1912-2000）在其《法哲學綱要》一書中指出：法律是一種規範社會的制度，但制度的設計必須根源於社會道德（包括人權、和平、理性、平等及人性尊嚴等等）。¹³⁵德國法理學者古斯塔夫·拉德布魯赫（Gustav Radbruch, 1878-1949）指出為維繫社會秩序，「以實證的、透過法規和權力所確保的法律」仍應居於優先地位，但若「實證法違反正義的程度已達至無可忍受」時，則實質正義的要求高於形式上的惡法。¹³⁶即便西方對三權分立的運作已臻成熟，但同樣不可忽視法律之上的價值訴求。

張釋之屢屢折服文帝者，是漢初「約法省刑」的黃老思想，這是指導實證法的價值精神。張釋之頻頻對文帝言「秦漢之間事」、「秦所以失而漢所以興」之由，他頗陳「徒文具耳，無惻隱之實」的秦法之失，目的正在警醒文帝，除了條文形式之外，更應把握「惻隱之實」的實質正義。其勸禁文帝勿在「法定刑」之上更加重之，表象上談的是法律之公正執行，更深的含意，在寬恕仁惠的價值精神。從秦法苛酷，失民心者失天下的殷鑑可知，法律固為治國不可或缺之憑藉，但背後的價值精神必須貼合民心，足以喚起全民的共同信仰，方屬可大可久之道。美國法學家伯爾曼（Harold J. Berman, 1918-2007）在《法律與宗教》一書中說：「一種不可能喚起民眾對法律不可動搖的忠誠的東西，怎麼可能又有能力使民眾

¹³⁴ 許育典：《憲法》，頁 56-57。

¹³⁵ 科殷（Coing）著，林榮遠譯：《法哲學》（北京：華夏出版社，2004 年），頁 154-165。

¹³⁶ 考夫曼（Kaufman）著，劉幸義等譯：《法律哲學》（臺北：五南圖書出版有限公司，2000 年），頁 194。

普遍願意遵從法律？」¹³⁷「法律只在受到信任，……才是有效的，……法律不僅是世俗政策的工具，而且還是生活終極目的和意義的一部分。」¹³⁸又說：「法律都須要藉助人關於神聖事物的觀念，其目的部分是為了使人具有為正義觀念而獻身的激情。」¹³⁹法律不能被「工具化」為統治者執行政策的利器，它必須引起人民的「忠誠」、「受到信任」，不違背「生活終極目的和意義」，貼合「人關於神聖事物的觀念」。如此才讓人願意「為正義觀念而獻身」，願意遵守服從。法理學家博登海默（Bodenheimer, 1908-1991）說：「一個法律制度若不能滿足正義的要求，那麼從長遠的角度看，它就無力為政治實體提供秩序與和平。但在另一方面，如果沒有一個有序的司法執行制度來確保相同情況獲得相同待遇，那麼正義也不可能實現。……而正義則須要秩序的幫助才能發揮它的一些基本作用。為人們要求的這兩個價值的綜合體，可以用這句話加以概括，即法律旨在創設一種正義的社會秩序。」¹⁴⁰法律之所以能維繫人群秩序，不獨因其在形式上具備強制力，更因其實質內涵符合正義，人們在精神上信仰它，出於「為正義觀念而獻身的激情」，才願自發性遵守法律。這種兼具形式合法與實質合理的法律，方可長久施行。《史記·張釋馮唐列傳》中，司馬遷為漢代中央司法官張釋之立傳，著眼點除了法律是否公正執行的「現實」層面外，更深刻的關懷在於「價值」層面，他企求一種貼切人情、寬順仁惠的理想精神，並以此為秦亡漢興之由，屢屢折服文帝。這種道德上訴求固然不如「獨立的司法權」得以徹底制衡執政者。但西方法學在訴諸權力抗衡之後，又重新注重價值理想，畢竟權力彼此的制衡也有窮盡之時，法律之上的價值訴求，仍有其永恆的、無可捨棄的意義。由此可見得《史記·張釋之馮唐列傳》中張釋之執法所追求的價值，仍深具時代精神。

¹³⁷ 伯爾曼（Berman）著，梁治平譯：《法律與宗教》（北京：生活、讀書、新知三聯書店，1991年），頁43。

¹³⁸ 同前註。

¹³⁹ 同前註，頁62。

¹⁴⁰ 博登海默（Bodenheimer）著，鄧正來譯：《法理學：法哲學與法學方法》，頁382。

六、結語

余英時說：「所謂『中國文化的危機』是指知識人在『向西方尋找真理』的心態之下，無法處理中國文化的傳統。」¹⁴¹ 面對西方文化，五四時期急於「向西方尋找真理」，展開對傳統文化的嚴厲批判甚至全面揚棄。之後，學界心態逐漸沈澱，從否定自身歷史轉向尋求中西對話。對文化的態度，也由「全面批判」轉向「價值重估」，企圖以「創造性」（而非「復建式」、「還原式」）的文化修復工程，重新給予傳統新的「意義」。然而正如余英時所指出的：中國知識份子對新文化的追求，固然修正了「舊學術的革命」這種偏激路數，逐步醞釀「文化認同」的共識，但「文化認同」還僅停留在一個模糊的、意義尚待填充的尷尬格局之下，「很少從內部對於自己文化傳統的價值作出令人信服的新理解與新闡發。」¹⁴²

這種既懷抱「文化認同」，又期待與西方展開對話的立場，在經典詮釋上，稍一不慎，便會落入挪借西方理論，搬套他人格局，而做出與經典內蘊結構、肌理脈絡，無法契符的解釋。《史記》「張釋之執法」的相關詮釋，便面臨這樣的疑慮。法理學家王伯琦（1909-1961）說：「吾國採納西洋文化，未有如法制方面之徹底者。」¹⁴³ 近代中國大幅「繼受」¹⁴⁴ 西方法學，18、19 世紀「啓蒙時期自然法學派」所倡導的「以法制君」，最終演變為法國大革命時期「法律之前人人平等」的主張，也成為我國憲法上的「法治國原則」、「憲政主義」（Constitutionalism）。但以此詮釋兩千多年前的《史記》，非但有「以今釋古」的疑慮，且這

¹⁴¹ 余英時：〈中國文化危機及其思想史的背景〉，《歷史人物與文化危機》（臺北：東大圖書公司，1995 年），頁 192。

¹⁴² 余英時：〈自序〉，《歷史人物與文化危機》，頁 9。

¹⁴³ 王伯琦：〈法治與德治〉，《王伯琦法學論著集》（臺北：三民書局，1999 年），頁 114。

¹⁴⁴ 「繼受」是法律名詞，指模仿甚至移植外國法。相對的名詞是「固有法」，指植根於自己民族的風俗、文化、歷史而制定的法律。關於外國法繼受之理論，可參見（日）伊藤正己編：《外國法と日本法》（東京：岩波書社，1973 年）。

種似顯粗略地「以西解中」的方式，也頗有令人遺憾之處。因為跳脫《史記》的歷史時空，使經典脫離其成書的歷史條件，「外燦」上近代西方「法治主義」，未必就能證明《史記》的現代價值。更別說與西方平等對話，在當代得到「意義再生」。

因此，本文從經典成書年代的時空背景，以及文本自身的敘述脈絡，兩個向度，如實呈現《史記》「張釋之執法」之意旨所在。本文首先提出「約法省刑」是漢初法律在黃老思想指導下呈現的價值精神。之後，就《史記》原典作分析梳理。司馬遷在《史記·張釋之馮唐列傳》最末之論贊中，除稱揚張釋之「守法」外，更嘉許其寬厚執法的「長者」風範。在〈太史公自序〉中給予張釋之「守法而不失大理」的評價，也是就「形式」「合法」而且「實質」「合理」兩者兼具褒揚之。張釋之所以頻頻向文帝「言秦漢之間事」，也正是因秦代法律形式上「徒文具耳」，卻乏「惻隱之實」。可知司馬遷記載「張釋之執法」一事，不僅只是表象的、形式的「守法」與否，更推崇法律背後仁惠寬恕的價值理想。參照《史記》其他篇章，司馬遷在〈酷吏列傳〉之論贊中，指酷吏之中未嘗無「據法守正」之士，其雖「守法」卻不得嘉勉，乃因其實質精神違背正義。反之，〈遊俠列傳〉卻對郭解等人「以文亂法」之行爲給予同情。這都可見，法律背後的價值理想（「自然法」）方是司馬遷終極關懷所在。文帝時代，「實證法」受「自然法」指導，遵從黃老學派運生的「自然法」思想，是司馬遷理想的盛世。武帝時代，流於酷法，守法未必爲是，亂法未必爲非。司馬遷或許沒有使用西方「自然法」、「實證法」這樣的概念表達其立場，但在貼合文本的前提下，使用現代化的學術語彙卻更能揭明經典作者之意。同時，本文也極度避免粗糙的中西比附，因而參照西方法理學著作，較細膩地梳理西方「自然法」發展的三個時期，並估量司馬遷法律意識的價值所在。也就是說：「張釋之」所執之「法」，雖非「啓蒙時期自然法學派」所倡導的足以抗衡君權的「獨立」「司法權」，與當代「法治主義」更有千里之遙，這自是其侷限，無須諱言。但其對價值理想的追求，也接近希臘時期「哲學的自然法」、中世紀盛行的「宗教的自然法」，雖然都僅有道德批判力，而無實際抗衡行政權的「權力」。但西方二戰後，對於訴諸權力抗衡的法律運作模式，亦有所反省，重新強調價值精神的無可替代性，這又可見《史記》「張

釋之執法」仍有切於當代的永恆意義。

中國人文學的經典詮釋，是一種懷抱「文化認同」尋找「意義再生」的過程，而非單純地「復原」、「重建」過去，更是企圖「再發現」對當代有益的精神內涵。但必須回歸自己文化的脈絡，在文本的尺度之內，以著作的整體思想為主，以作者當時文化背景為準，較細密地參照西方法學概念，捨棄套用西學的「外造建築」，回歸自身文化的「內層視域」重構具有民族特質的詮釋意蘊，才能使中國人文學與西學平等對話。¹⁴⁵

徵引文獻

一、傳統文獻

（漢）陸賈：《新語》（上海：上海商務印書館，1939年）。

（漢）賈誼著，（清）盧文弨校：《新書》（上海：上海商務印書館，1937年）。

（漢）司馬遷著，（唐）司馬貞索隱，（唐）張守節正義，（日）瀧川龜太郎考證：《史記會注考證》（臺北：唐山出版社，2007年）。

（漢）班固著，江建忠標點：《漢書》（上海：上海古籍出版社，2003年）。

（明）凌稚龍輯校，李光縉增補，（日）有井範平補標：《史記評林》（臺北：蘭臺出版社，1968年）。

（清）錢大昕：《潛研堂文集》（上海：上海古籍出版社，2009年）。

二、專書

（日）伊藤正己編：《外國法と日本法》（東京：岩波書社，1973年）。

李癸雲、王敏鋒等編：〈張釋之執法〉，《國中國文課本》第四冊（新北：康軒文教事業股份有限公司，2015年）。

李欣宜、林明進等編：〈張釋之執法〉，《國中國文課本》第四冊（臺南：南一書局企業股份有限公司，2014年）。

王伯琦：《王伯琦法學論著集》（臺北：三民書局，1999年）。

卡爾·弗里德里希（Carl J. Friedrich）著，周勇、王麗芝譯：《超驗正義——憲政

¹⁴⁵ 顏崑陽：〈漢代經學所開顯二種「詮釋典範」及其在現代人文學的應用〉，頁1、36-41。

- 的宗教之維》（北京：生活、讀書、新知三聯書店，1997 年）。
- 考夫曼（Kaufman）著，劉幸義等譯：《法律哲學》（臺北：五南圖書出版有限公司，2000 年）。
- 伯爾曼（Berman）著，梁治平譯：《法律與宗教》（北京：生活、讀書、新知三聯書店，1991 年）。
- 余英時：《歷史人物與文化危機》（臺北：東大圖書公司，1995 年）。
- 吳庚，陳淳文：《憲法理論與政府體制》（臺北：三民書局，2013 年）。
- 呂世浩：《從《史記》到《漢書》——轉折過程與歷史意義》（臺北：臺灣大學出版中心，2009 年）。DOI：10.6327/NTUPRS-9789860219661
- 李長之：《司馬遷之人格與風格》（臺北：里仁書局，1997 年）。
- 李惠宗：《憲法要義》（臺北：元照出版，2001 年）
- 汪太賢：《西方法治主義的源與流》（北京：法律出版社，2001 年）。
- 沈宗靈著，林文雄校訂：《法理學》（臺北：五南出版社，1994 年）。
- 亞里士多德（Aristoteles）著，吳壽彭譯：《政治學》（北京：商務印書館，1983 年）。
- 周先民：《司馬遷的史傳文學世界》（臺北：文津出版社，1995 年）。
- 孟德斯鳩（Montesquieu）著，張雁深譯：《論法的精神》上冊（北京：商務印書館，1997 年）。
- 林聰舜：《史記的人物世界》（臺北：三民書局，2003 年）。
- 柏拉圖（Plato）著，郭斌和等譯：《理想國》（北京：商務印書館，1996 年）。
- 洛克（Locke）著，葉啟芳、瞿菊農譯：《政府論》下篇（北京：商務印書館，2009 年）。
- 科殷（Coing）著，林榮遠譯：《法哲學》（北京：華夏出版社，2004 年）。
- 張晉藩：《中國法制史》（臺北：五南書局，1992 年）。
- 梁啟超：《先秦政治思想史》（臺北：中華書局，1959 年）。
- 許育典：《憲法》（臺北：元照出版，2006 年）。
- 陳奇猷：《韓非子集釋》（臺北：華正書局，1982 年）。
- 陳清秀：《法理學》（臺北：元照出版，2018 年）。

陳鼓應注譯：《黃帝四經今注今譯：馬王堆漢墓出土帛書》（北京：北京商務印書館，2007 年）。

博登海默（Bodenheimer）著，鄧正來譯：《法理學：法哲學與法學方法》（臺北：漢興書局，1999 年）。

黃源盛：《中國法史導論》（臺北：犁齋社有限公司，2016 年）。

楊日然：《法理學》（臺北：三民書局，2011 年）。

楊燕起：《《史記》的學術成就》（北京：北京師範大學出版社，1996 年）。

楊鴻烈：《中國法律發達史（上）》（上海：上海書店，1990 年）。

聖湯瑪斯·阿奎那（Thomas Aquinas）著，馬青槐譯：《神學大全》，《阿奎那政治著作選》（北京：商務印書館，2013 年）。

盧梭（Rousseau）著，何兆武譯：《社會契約論》（北京：商務印書館，1997 年）。

韓兆琦：《史記選注》（臺北：里仁書局，2000 年）。

H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (New York: Oxford University Press, 1994)。

Richard Bendix, Max Weber: *An Intellectual Portrait* (Berkeley: University of California Press, 1977)。

三、論文

（一）期刊論文

李景虞：〈張釋之斷案依法不依勢〉，《檔案時空》第 5 期（2018 年），頁 1。

邱新：〈法比天大——西漢良臣張釋之〉，《文史天地》第 3 期（2014 年），頁 38-41。

胡仁智：〈西漢中央司法官張釋之的法律觀芻議〉，《重慶師範大學學報（哲學社會科學版）》第 2 期（2007 年），頁 47-52。

張穎：〈從張釋之判案看西漢法律的權威性〉，《蘭臺世界》第 24 期（2013 年 8 月），頁 5-6。

趙天寶、毋愛斌：〈探尋古代法律的公正與權威——從張釋之判案說起〉，《社會科學論壇》第 9 期（2009 年 8 月），頁 39-43。

趙天寶：〈張釋之斷案的理性思考〉，《社科縱橫》第 23 卷第 2 期（2008 年 2

月)，頁 101-104。

趙曉耕：〈張釋之判案〉，《古案今品》第 9 期（2006 年 5 月），頁 53。

顏崑陽：〈漢代經學所開顯二種「詮釋典範」及其在現代人文學的應用〉，《東華漢學》第 29 期（2019 年 6 月），頁 1-48。

（二）論文集論文

李偉泰：〈《史記·循吏列傳》的批判藝術〉，《司馬遷與《史記》論集》第 8 輯（陝西：司馬遷研究會編，2008 年），頁 34-52。

張鼎國：〈「較好地」還是「不同地」理解：從詮釋學論爭看經典註疏中的詮釋定位與取向問題〉，《中國經典詮釋傳統（一）通論篇》（臺北：喜瑪拉雅基金會，2002 年），頁 15-50。

陳麗桂：〈〈論六家要旨〉的思想傾向〉，《紀實與浪漫：《史記》國際學術研討會論文》（臺北：洪葉文化，2002 年），頁 387-408。

黃俊傑：〈儒家論述中的歷史敘述與普遍理則〉，《中國經典詮釋傳統（一）通論篇》（臺北：喜瑪拉雅基金會，2002 年），頁 403-431。

黃俊傑：〈從儒家經典詮釋史觀點論解經者的「歷史性」及其相關問題〉，《中國經典詮釋傳統（一）通論篇》（臺北：喜瑪拉雅基金會，2002 年），頁 355-358。

The Value above the Law: New interpretation on “Application of Law by Zhang Shizhi in *Shiji*”

Hsu, Hui-Chi

Assistant Professor, Department of Chinese Literature,
National Taiwan Normal University

Abstract

Existing researchs interpreted the topic “Application of Law by Zhang Shizhi in *Shiji*” as “All People are Entitled Equal Before the Law” which was the slogan of the French Revolution and then ignored the historical background between the Qin Dynasty and the Han Dynasty. First of all, this essay masters historical knowledge from the original text of *Shiji*, Han Dynasty legal and thoughts of the early Han Dynasty. Then explores the following topics: the development of “Natural law”, Source of equal rights, difference between “reality” and “value” and relationship “Formal Legality” and “Substantive Justice”. Then points out the reason why Zhang Shizhi can convinced Wendi is that it’s not so much “Law enforcement justice” is worse than recourse to “The Value above the Law”. And in this way to bind the power of the monarch. Finally, this essay explores the contemporary meaning of “Application of Law by Zhang Shizhi in *Shiji*” from difficulties that cannot be avoided even if the judiciary is independent.

Keywords: Shizhi, Zhang Shizhi, Law, Equal, Value