

日本東方學

京都大學人文科學研究所 主辦

目 錄

- 秦漢的刑罰——其性質和特徵 富谷至(1)
- 雲岡石窟寺的考古學研究 岡村秀典 向井佑介(23)
- 20世紀中國發現拜占廷金幣的再考察 秋山進午(39)
- 梁天監十八年紀年有銘墓磚和天監年間的陶弘景 麥谷邦夫(80)
- 《海空智藏經》與《涅槃經》
- 唐初道教經典的佛教受容 神塚淑子(98)
- 相同相異——皎然《詩式》與唐代的文學理論 永田知之(133)
- 《太上說玄天大聖真武本傳神咒妙經》
- 以及陳公注思想淺析 山田俊(165)
- 巡撫朱紉與嘉靖“海寇” 山崎岳(181)
- 《嘉靖四十一年浙江嚴州府遂安縣十八都下一圖賦役黃冊殘本》
- 的發現與初步考析 岩井茂樹(206)
- 十九世紀廈門的歸國華僑 村上衛(222)
- 劉名瑞與趙避塵——近代北京的兩位內丹家 橫手裕(236)
- 金楷理傳略 高田時雄(260)
- 日本和中國近代化過程中的國教問題 森紀子(277)
- 清末的小說觀和對日本明治時期科學小說的轉譯
- 從魯迅的《月界旅行》和《地底旅行》來考察 森岡優紀(293)
- 清末“革命”再考——以1900年代初的“革命”論
- 為中心 川尻文彥(307)
- 近代中國的“文明”與“文化” 石川禎浩(322)
- 中國棉紡織業近代化的動態結構 森時彥(338)
- 畚語調類的來源及其相關問題 中西裕樹(356)

《日本東方學》發刊詞

值此《日本東方學》創刊之際，有必要說幾句話。何謂“東方學”？自古以來，日本積極地吸收中國文化，並以自己的方式加以實質性地消化，進而開展了大量學術研究活動。近代以前的這種傳統學術，在日本習慣地稱之為“漢學”。應當承認，作為國家統治意識形態一部分的學術活動，這個詞有著濃厚的教條色彩。

據此，用過去的漢學名稱來概括以客觀科學的研究方法、追求開拓新的學術視野的現代中國學，就顯得不太恰當。另外，為了從更廣闊的視野上根本性地探求中國歷史和文化等問題，不應只侷限於中國內地。考慮到在中國發生的各種各樣的文化事象與外來文明是如何緊密聯繫的等問題，毫無疑問，無論在資料方面、還是方法論上，都不得不將目光投向臨近的週邊地區。因此，《日本東方學》也將考慮刊發部分以中亞沙漠、蒙古草原以及東南亞海洋等廣闊的地域為研究對象的成果。

本刊作為用漢語公開發表日本東方學最新成果的專業雜誌，是一種新的嘗試。雖由京都大學人文科學研究所主辦，但絕非一家所內刊物，而是希望為日本相關學術成果的刊布提供一塊園地。為了日本東方學健康茁壯地成長，期盼學界同仁大力協作，共襄此舉。

編 委 會

池田 巧	IKEDA Takumi
石川禎浩	ISHIKAWA Yoshihiro
岩井茂樹	IWAI Shigeki
森 時彦	MORI Tokihiko
麥谷邦夫	MUGITANI Kunio
岡村秀典	OKAMURA Hidenori
高田時雄	TAKATA Tokio
富谷 至	TOMIYA Itaru

秦漢的刑罰

——其性質和特徵

富谷至*

一 約和律

漢高祖劉邦進軍關中後，與關中諸縣的父老及豪傑曾約“法三章”：

召諸縣父老豪傑曰：父老苦秦苛法久已，誹謗者族，偶語者棄市，吾與諸侯曰：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。

《史記·高帝本紀》

《漢書》刑法志中也有有關這個法三章的記載，不通刑法志常在其後緊接著記述了相國蕭何制定律九章的內容：

三章之法，不足以禦姦，於是相國蕭何，摭摭秦法，取其宜於時者，作律九章。

按法三章、九章律及漢律的順序逐步完善是歷代刑法志中隨處可見的事情。但是，這裏想要探討的是“約法三章”的“約”即“約束”這種行爲。引用過的《史記·高祖本紀》中，除了與父老相約的“法三章”之外，還有與諸侯相約的“入關約”，共有兩個約。確實，“約”“約束”在戰國秦漢時代的史料中多處可見。那麼，所謂“約”，究竟是甚麼樣的法律規範？是具有法律強制力的規定嗎？約和律令之間究竟有何關係？之所以要重新探討約和律的關係問題，是因為《史記》中有如下史料：

何守關中，待太子，治櫟陽，爲法令約束。《史記·蕭相國世家》

在對蕭何的政績進行表彰的上文中，記有“法令約束”的文字。另外，在

* 富谷至 TOMIYA Itaru 京都大學人文科學研究所教授

《史記·汲黯列傳》中記載有汲黯對張湯改定律令一事的批評文字，其中也有涉及到約。

張湯方以更定律令為廷尉，黯數質責湯於上，曰公為正卿，上不能褒先帝之功業，下不能抑天下之邪心，安國富民，使囹圄空虛，二者無一焉，非苦就行，放析就功，何乃取高皇帝約束粉更之為。

《史記·汲黯列傳》

應該注意的是，在上文中“更定律令”是於“高皇帝約束”一語相互對應。對戰國秦漢時期的這個約，已經有增淵龍夫先生的著名論考《關於戰國秦漢集團的“約”》^①。它是諸家對戰國以降社會人的結合。集團的支配關係進行考察時，必須參考的巨作。有關它的概要在這裏或許已沒有重新介紹的必要，但出於行文的關係，簡要概括如下：

春秋時期，君與臣，個人與個人以信維繫，作為其形式的“盟”和“誓”是通過保證神明的力量來維持其拘束力的。但這種拘束最終失去了力量，代替神明所具的巫術拘束力的是對新的人的組合關係中神的維繫作用的追求。這樣，戰國、秦漢乃至於後漢時期，保持法的拘束力，從內部支撐集團的求心力，發揮強化功能的是集團中締結的，依靠從傳統習慣中產生的情感結合維繫的“約”“約束”。

增淵氏所說的集團的代表是劉邦集團，另外還有戰國時期的幾個戰鬥集團、東漢末的赤眉集團及田疇率領的集團。這些集團都無一例外的締結約，作為“具有強制力的法規範”(增淵 182 頁)，並“用法以外的其它強制力從外部對人們進行約束”而發揮其職能。

不過，增淵氏在對這個約的解釋中，把集團內部締結的“約束”和“律令”統括為具有法律強制力的法規範，並未做嚴格的區分，有的時候約與律同義，有的時候律是約的發展。也就是說，增淵說給人一種約為法源的印象。話雖如此，但他並沒有從正面對約和律的關係進行過論述。他認為前面引用的《史記·蕭相國世家》中蕭何所制定的“法令約束”是事律三篇；解釋《史記·曹相國世家》下文中的“約束”為蕭何制定的律令(九章律)；

參代何為漢相國，舉事無所變更，一遵蕭何約束。

《史記·曹相國世家》

並認為《史記·汲黯列傳》中記載的對張湯進行非難的汲黯語“何乃取高皇帝約束紛更之為”中的“約束”是高祖劉邦制定的律令，國家的法令。可見，增淵

氏對“約”和“律”並沒有做明顯區分。果真“約束”和“律令”在有些場合是一致的，“約”是秦漢帝國的法源嗎？

有關律令和約束，大庭脩先生已經做過考察^②，他認為實際上應該把國家統治的律和集團間締結的只在其內部發生效用的約區分開來。

確實兩者都是具有拘束力的強制裝置，但我還是比較贊同增淵氏律是約的延伸，約是法之源頭的觀點。下面，就這一問題之私見加以展開論述，這裏需要申明的是在一些觀點上與大庭說有所重複。

作為反映約和律之關係的資料，先前引用過的《史記》中的兩則記事這裏有必要重複引用。首先是《史記·蕭相國世家》中的那一段，對留守關中，建都櫟陽的蕭何的“為法令約束”部分，增淵氏認為這個約束的具體內容是指九章律中的興律、廩律和戶律，即所謂的事律三篇（增淵 178 頁）。

作為根據，他援引了貝塚茂樹先生的因為事律三篇是蕭何從後方向楚漢戰線補充兵力物資所必要的，當時制定的是其原形的見解^③。另外還根據荀悅《前漢紀》的“蕭何守關中，治櫟陽宮，定約束，轉漕給軍，專任關中事”進行了推測。只看《前漢紀》，“定約束”和“轉漕給軍”確實直接關聯，約束的內容是“轉漕給軍”即補充軍資。但其實那只是對《史記》蕭相國世家的概括，《史記》中原有的記事如下：

為法令約束，立宗廟社稷宮室縣邑，輒奏上，可，許以從事；即不及奏上，輒以便宜施行，上來以聞。關中事，計戶口，轉漕給軍，漢王數失軍遁去，何常與關中卒，輒補缺。

可見，“約束”和“轉漕給軍”沒有直接關係，也不是對約束內容的具體表述。

另外，戶、興、廩三律雖然確實可以看作是有關對戶口、兵役和力役進行徵發、驛傳的規定，但怎麼能說它與楚漢戰線有直接的因果關係呢？貝塚氏所謂的“作為治國之法，制定了法律”（著作集三卷，299 頁）和“當時制定的是其原形”（同上，299 頁）具體是指甚麼？對此，我不是很清楚。總之，從現有的史料無法證明蕭何制定的約束就是事律三篇。

另外一個記事即《史記·汲黯列傳》中針對張湯的“更定律令”，汲黯有過“取高皇帝約束紛更之為”的非難，其中的“高皇帝約束”，增淵氏認為是高祖制定的律令。

對此，大庭氏有極富啟發性的反論。他認為從傳統型的重臣張湯來看，律令甚至約束都是相似的，而從法的角度來看，對傳統型重臣和酷吏的對立，實

實際上是集團約束和國家律令的對立。認為高祖集團在向漢帝國轉換的過程中，律令優先，甚至凌駕於約束之上的該說，應該說是正中要害。

只是在汲黯的意識中，並沒有集團的約束和國家的法律一樣是集團內規律的意思，實際上確實也可以做如斯解。不過，《史記·汲黯列傳》“何乃取高皇帝約束紛更之為”的“約束”即使不做“高祖制定的律令”解，這裏的意思也完全可以理解。武帝時期，張湯曾使好幾項律令得以立案並使之立法化，因此受到了汲黯的非難。但非難並不能理解為“為何要把劉邦時期的法三章等約束追加為實定法律，進行粉飾從而遍撒法網嗎”，另外，把高祖時制定的“九章律”看做是“高祖約束”也顯武斷。

史料所見“約”，一般都會有以下幾個共同特徵。

第一，如“與諸侯約”“與父老約”，一般要說明締結約束的對方，即使是一方的強制，形式上也要表現為是在當事者共同協商的基礎上締結的。而且按照正規方式締結的約，不只是單純的口頭約定，還要互換文書^④。

具有很大強制力并發揮過作用的是戰國到統一秦的軍事集團之間的約束。當時，執行者要在士卒面前宣讀形式書面文書的約束，以致“三令五申”，這是締結約束後一種形式性的儀式，通過它只是為了在軍隊中得到認同^⑤。

第二個特徵如大庭氏所言，約束完全是在集團內部發揮作用的規則。由於是集團首長與集團成員之間的締結物，只在相應的環境下有效。也就是說，國家和人民，皇帝和臣下之間不存在類似約或約束的東西。

需要指出的是第三個特徵是約中不具備罰則規定。說“沒有罰則”，會招致“法三章”和“軍法”該是甚麼的反駁，會被問法三章中的“殺人者死”“傷人及盜抵罪”難道不是罰則嗎？

它們確實給人一種諸如對違反者進行懲罰的印象。但是，在其之前有秦律。針對秦律中規定的違法行為的制裁（刑罰），其具體情況在本書中有過係統介紹，雖然當時沒有明示，但刑罰是經過階段性多重性的整合後有機組合的，與之相比，可以說法三章中的“死”“罪”，幾乎具有強制措施的效果，約束締結的當事人是否把它當做罰則規定，我覺得值得懷疑。

殺人者死，傷人者刑，是百王之所同也，未有知其所有來者也。

《荀子·正論》

墨者之法曰：殺人老死，此所以禁殺傷人者也。夫禁殺傷人者，天下之大義也。

《呂氏春秋·去死》

由上可見，“殺人者死，傷人者刑”並未因為是劉邦和關中父老之間締結的約而變得特別，如上面列舉兩則所示，是“百王之法”“天下之大義”，是習慣法，不，甚至也可以說是“危害人者當罰”這一習慣句的展現，不能說它是刑罰規定的代替物吧。

另一方面，由於軍隊中的制裁極為嚴格，也有人認為它不是習俗、道德的規定。但是，軍約中並沒有設有針對違約的詳細而又固定的罰則規定。在這種情況下，處罰僅僅是因為沒有服從命令而執行，保證制裁有效性的並不是約，而是由皇帝下放給指揮官的指揮權。

根據約束進行的強制是建立在個人信賴關係之上的增淵說值得肯定。因為有很大的習俗的道德倫理的成分，所以律所具備的，作為明確而又固定的強制裝置的成分就相對較少。由於不固定，強制力因此也就被減弱。

約並不單是戰國到漢初，以及東漢末的赤眉集團為了銜耀其隆盛而存在，而是整個漢代乃至以後的社會各階層為了發揮維持集團秩序的作用而締結的，而且以與律不同的次元方式存在過^⑥。邊境出土的簡牘中，各烽燧間為了傳遞信號而締結的約束“塞上烽火品約”(EPT16·1—17 及其它斷片)，或許可以說就是軍事集團內部的約即軍約的一種。另外還有關於買賣方面的約(錢約)。

建昭二年閏月丙戌，甲渠令史董子方，買鄯卒口威裘一領直七百五十，約至春錢畢已，旁人杜君儻。
居延漢簡 26·1

像這樣的買賣契約居延漢簡中還有 262·29, EPT52·323, EPT57·72, EPT59·555, EPT22·419A·B 等簡，另外敦煌漢簡中的 D846A, D1149A, D1702A 等也屬其類。在這種被稱做“錢約”的約中，沒有假設違約的罰則條款。

那麼，如果出現違約的行為又該如何呢？下面所舉簡文是有關方面的內容：

貸甲渠侯史張廣德錢二千，責不可責，得書到驗問審如猛言，為收責言。謹問廣德對曰：迺廣元康四年四月中，德從西河虎猛都里趙武取谷錢千九百五十，約至秋予。
EPT59·8

上簡是對不履行錢約進行申訴的證書(爰書)的一部分，不過，在這裏是由官方代替契約對違約進行督催的。雖然不清楚官方為何要在這裏介入^⑦，但至少有一點是清楚的，即約中沒有針對違約的規定，約不能保證債權者對債務的

強制處理。因此，官方根據情況，按照法律規定進行定罪量刑。《建武三年候粟君責寇恩事》為標題的三十六枚居延漢簡(EPF22·1—36)正好反映了這一史實。

三十六枚簡是關於甲渠候粟君沒有履行雇用寇恩前往鱒得縣，用通行錢四十萬買魚五千頭之約的爰書。這裏不打算對有不同說法的訴訟的詳細內容進行考證。而只是想指出在這裏，有關違約的法律處置被委與官方。具體做法是：

証財物，故不實，贓五百以上，辭已定，漫三日不更請者，以辭所出入罪反罪。

即以有關偽証的律令及最終以“政不直者之法”的適用來確定粟君罪行就是說，有關違約的處罰或強行處理完全是由官方根據律文規定的處罰進行的。沒有罰則規定的約，雖然不能稱做強制法規，但由於和其它法規有關連，可以說其規定本身從一開始就有效。約和律不存在交叉，充其量只是律的外緣，律的補充，因此不可能變成法之源。

約和律的不同處可用表列如下：

律	約 束
帝國的法規範，在國家組織存在的社會中，國家是維持和實施法的基礎。	特定集團內有效的規範。通過集團協議和集團人的結合和維持。
法的強制是自立的，在有一定的必要條件時，自身具有一種強制裝置。	由於直接或間接的與自立法規範連接，具有法規範的意思。但其本身屬於非自立的規範。
作為法規範，具有強制力，而且也一定伴隨有使之有效的制裁(刑罰)規定，而且是定型的。	由於有習俗規範和道德規範的性質，未必一定伴隨有制裁的規定，即使有制裁規定，也不定型。
依賴于主權者單方面的命令成立並得以實施。	在集團的構成成員和集團首長之間成立，為此兩者通常都採取哪怕是形式的甚麼也好的協議締結方式。

上面，對約和律分屬不同範疇的事實進行了陳述。總而言之，在律中，並不認可集團間根據協議達成的“約”的屬性。律完全是一種由主權者一方制定的自上而下的法規，在秦漢帝國中，立法權不用說是屬於皇帝，皇帝的制詔會被作為律或者令增補到正式法規中去。這讓人想起秦帝國成立之際即皇帝誕生之際的如下著名記載：

臣等昧死上尊號，王爲秦皇，命爲制，令爲詔，天子自稱曰朕……王曰：去泰，著皇，采上古帝位號，號曰皇帝，他如議，制曰可。

《史記·始皇本紀》

對看法未必一致的皇帝稱號的由來及其含意這裏不做探究。需要注意的是在決定皇帝稱號時，命和令分別變成制和詔的意圖。上義下達被叫做“命令”與被稱做“制詔”不就是一回事嗎？那麼，名稱變更的原因又是甚麼呢？我認爲，隨著皇帝這一主權者的誕生，其下達的命令的稱謂也被置換成“制”“詔”的做法說明，皇帝的命令比以前的國王的命令提高了一個檔次，從而確立了它是與有絕對權威的律相同的被立法化的規範。另外，同時期進行的統一文字的規定也不僅僅是書體上的統一，而是爲了提高文書的權威給各種文書使用的書體賦予的一種等級區分^⑧。

與由集團間的協議達成的約或盟完全不同的，絕封的主權者制定的，具有法的強制力的律在這裏成立了。而刑罰也就是這個律規定的強制裝置，定型制裁。它是約中所沒有的，也不是從的中產生的。

行文至此，對約與律的考察就暫告一段落。相關問題在本論三“秦漢的刑罰”中將重新討論。

二 罪與罰

這裏想就秦漢時期的罪與罰的問題進行探討。

關於作爲違法行爲的罪和對違法行爲進行制裁的罰，在秦律和漢律中沒有區別。至少在秦漢時期沒有罪與罰是一對不同概念的認識。對此，本書中已有多處提到。雖稍嫌重複，這裏仍想就這一問題再做一次概述。

“罪”，《說文解字》七篇下做捕魚之網義解。在統一秦以前，這個字是以“辜”爲正字的。睡虎地秦簡中確實用的是“辜”字，而在統一秦以後的簡牘雲夢龍崗秦簡中就變成了“罪”字，居延、敦煌等地出土的漢簡中“罪”字的使用就已經普遍化了。

關於“辜”字的含義，《說文解字》做如下解：

辜，犯灋也，從辛自，言辜人戚鼻，苦辛之憂，秦以辜似皇字，改爲罪。

《說文解字》十四編下

在《說文解字》中，罪確實是“犯法（犯辜）”即違法行爲的意思？但在緊接着的

說明，中，卻由違法行為的罪傾斜到被科處刑罰的痛苦方面去了。

有關“罰”字本身的解釋，見于《說文解字》四篇下，“罪之小者也”，即不屬於肉刑“臯”的“小罪”。總之，即使在《說文解字》中，雖然罪是作為違法行為定義的，但很難說罪只限定於加害者的行為，而罰就是指對加害者進行的制裁或非難，不能否認兩者的意思接近甚至有交叉的傾向。

在睡虎地秦律中，“罰”只有廩苑律一例可以確定：

以四月七月十月正月膚田牛，卒歲，以正月大課之，最賜田畜夫壺西束脯，為早者除一更，賜牛長日三旬，殿者 八〇

評田畜夫，罰冗皂者，二月，其以牛田，牛減絮，治主者寸十，有里課之，最者，賜田典日旬，殿治卅。廩苑律 八一

“廩苑律”規定中的這個“罰”不是刑罰的意思，而是指對牛的餵養的品評中，相對於優秀者的“賞”的“叱責”或“譴責”。確實可以說是“罪之小者也”。

秦簡中也有“罪(臯)”字，確實作為違法行為的意思使用的例子不是沒有：

夫有臯，妻先告，不收，妻贖臣妾衣器當收不當。不當收。

但是在下面數例中，“罪”都不是指犯罪行為，而是指對犯罪進行的制裁的意思。

●葆子獄未斷而誣告人其臯當刑為隸臣，勿刑其耐，有數城旦六歲。

●可謂刑為隸臣。●葆子□□未斷而 四七九

甲徙居，從數謁吏，吏環，弗為更籍，今甲有耐貲臯，問吏可論，耐以上，當貲二甲。 五一七

害盜別徼而盜，駕臯之，可謂駕臯，五人盜臧一錢以上，斬左止有為城旦，不盈五人盜過六百六十錢， 三七一

伍人相告，且以辟臯，不審，以所辟臯臯之，有曰不能定臯人，而他人，為告不審…… 四六六

雖然這幾條資料在本論中都曾援引過，但四七九簡中“臯當刑為隸臣”的表現，即“罪當(刑罰名)”是其它睡虎地秦簡中常見的量定刑罰時用的常用套語。這裏的“罪”，因為“當”一詞不是對罪的認定，而是對刑的量定的意思，所以“罪當”就應該做當科刑罰解釋。

五一二簡中有“耐罪”“貲罪”等術語。“耐”和“貲”是本論中曾不止一次提到的刑罰名，但在刑罰名下綴有“罪”字的還有“死罪”“刑罪”等。這些術語或許可以做“罪當死刑”“罪當肉刑”等犯罪的意思解釋，但做死刑、肉刑、耐刑等

刑罰解釋對整個條文更易於理解。“耐以上”一語是指重于耐刑的意思，“耐以上”的“耐”承接前面的“耐罪”，而“耐罪”就是“耐刑”的意思。

“有耐贖罪”如果做“當處耐刑贖刑”解，則前面五四〇簡中的“夫有罪”有重新考慮的必要。剛纔曾做“夫犯有違法行為”解，但如果“有耐罪”和“有罪”的表現方式相同的話，則應該理解為“夫被刑罰適用”吧。

“罪”被做刑罰的意思使用的情況從其後的三一七簡可以得到進一步證實。其中“駕罪”的具體內容是指給斬左趾刑附加城旦刑，城旦刑是原有基礎的刑罰，“駕罪”的“罪”是刑罰的意思，駕(加)罪就是所謂的“附加刑”。

關於四六六簡，如已經進行過討論那樣，“以辟罪”所要回避的不是罪，“罪之”也不是“所辟罪”中所謂的犯了罪的意思。完全是同伍者爲了回避刑罰適用之舉，在這種情況下，有用準備回避的刑罰適用之(以所辟罪罪之)的規定。條文中所見的“罪”應該做刑罰解，要說罪名則應是告不審罪。

以上，是對睡虎地秦簡中所見罪的考察，有關情況在漢代也是一樣：

□罪司寇以上各以期□ 457·2

駕罪一等其爲□ EPT22·162

□其減罪一等當安世以重罪完爲城旦制曰以贖論●神□
EPT52·280A

□言何罪耐司 EPT68·519A

以上都是居延出土的漢簡。其中，457·2 中的“罪司寇以上”和前面睡虎地五二二號秦簡的表現方法相同，是司寇刑以上刑罰的意思。EPT68·519A 的“言何罪耐司”雖爲斷簡殘文，但應該說這裏表述的是罪等於耐司寇刑的意思。EPT22·162 中的“駕罪一等”是睡虎地三一七號秦簡所謂的附加刑一等的意思。相反，表現一等減刑意思的則是 EPT52·280A 中的“減罪一等”，具體地說，就是一個叫安世的人雖被論處爲完城旦的重罪，但據制詔卻應減罪一等爲贖刑。這裏的“減罪”“重罪”毫無疑問都是刑罰的意思。

從上面數例可知，漢簡與秦律一樣，“罪”一詞不是被作爲 crime 而是被作爲 punishment 也就是刑罰的意思使用的。

雖說是對罪與罰含義的考證，但本文卻是主要圍遶秦簡及漢簡等簡牘資料來進行展開的。《史記》《漢書》等文獻史料中所見的“罪”“罰”雖然情況與之相同，可以列舉的例子也不勝枚舉。之所以僅限於簡牘資料，是因為這些資料都是司法、行政關係的原始文書、律文，記錄于其中的術語都是當時司法、行政

上通行的法律術語。也是因為它與司馬遷、班固等人個人主觀的語義不同，是秦漢時期普遍解釋的真實反映。

不過，由於我在考證過程中，極力否定把“罪”限定為違法行為 crime 的解釋的同時，又過分強調了“罪”作為處罰 punishment 意思的用法，也許會導致“罪”在秦漢時期只做處罰、制裁之義使用的誤解。那麼，就讓我們在以上考察的基礎上對罪與罰的含義做個總結吧。

是不是在中國古代的法律及法律家那裏，違法行為的罪和針對這種罪的進行的處罰之間根本就沒有區別，或者說“罪”一詞被混淆使用為“刑罰”的意思呢？不是。例如，《荀子·正論篇》在對“象刑”的解釋中，有關刑罰和罪的均衡論述如下：

凡爵列官職賞慶刑罰，皆報也，以類相從者也。一物失稱，亂之端也。夫德不稱位，能不稱官，賞不當功，罰不當罪，不祥莫大也……殺人者死，傷人者刑，是百王之所同也。未有知其所由來者也，刑稱罪則治，不稱罪則亂，故治則刑重，亂則刑輕。

《荀子·正論篇》

在同書《君子篇》中也有類似論述：

故刑當罪則威，不當罪則侮。爵當賢則貴，不當賢則賤。古者刑不過罪，爵不踰德，故殺其父而臣其子，殺其兄而臣其弟，刑罰不怒罪，爵賞不踰德，分然各以其誠通。

《荀子·君子篇》

在這裏，“刑當罪”“刑不當罪”“罰不當罪”“刑不過罪”中的“刑”“罰”和“罪”是與“功”和“賞”的關係相對應的，也就是說，對功績這種善的行為進行褒賞的“賞”、“爵”與封犯罪這種惡的行為進行制裁的“罰”是一種對應關係。

除了《荀子》外，在法家思想的代表作《韓非子》中，對罪與罰也有清楚的認識：

古秦之俗，群臣廢法而服私，是以國亂兵弱而主卑，商君說秦孝公以變法移俗，而明公道，賞告姦，困未作而利本事。當此之時，秦民習故俗之有罪可以得免，無功可以得尊顯也，故輕犯新法，於是犯之者其誅重而必，告之者共賞厚而信，故姦莫不得而被刑者衆，民疾怨而衆過日聞，孝公不聽，遂行商君之法，民後知有罪之必誅，而告姦者衆也。故民莫犯，其刑無所加，是以國治而兵強，地廣而主尊，此其所以然者，匿罪之罰重，而告姦之賞厚也。

《韓非子·姦劫弑君》

和《荀子》一樣，認為罪與罰的關係和功與賞的關係一致，即罪和功是行為，而

罰和賞則是根據對行為者的處分。

在《荀子》和《韓非子》中刑罰和犯罪均屬不同概念。但是漸漸地，兩者之間概念混淆，語義錯雜，明顯的區別不復存在，說到“罪”，卻總是彼當做含有“罰”的意思的詞語使用。秦漢法律、司法及行政文書中所見的“罪”可以說就是這一現象的具體反映。正確地說，就是“罪”在殘留有違法行為意思的同時，也含有對這一違法行為進行處罰的含義。秦律中所謂的“有罪”“有耐罪”，就是“犯有違法行為應該使其得到處罰”的意思。而“罪之”則應該解釋做“確認其違法行為並進行處罰”，就是說有 CRIME 與 PUNISHMENT 兩重含意。

那麼，罪與罰為何會出現這種錯綜複雜的關係呢？有關問題將在第三節中論述。

三 秦漢的刑罰

刑罰具有甚麼樣的起源，被出於何種目的執行的等問題，無論是東洋還是西洋的法制史上都是被經常探求的課題。

刑罰是指在共同社會裏，當有人對其構成員加害時，共同體將代替被害者的自力救濟，按照一定標準進行的制裁。一般認為，刑罰的起源就是這種復仇的法的制裁化和秩序化。但也有在此基礎上進行進一步分析提出的刑罰二次起源論。

所謂刑罰的二元性，是指族外制裁（外部刑罰）和族內制裁（內部刑罰）。前者是指被害集團對外部的加害集團的制裁，這種制裁通常采取血腥報復的形式。與此相反，後者的族內制裁是以集團內部發生的侵犯行為，集團成員對集團的禁忌、神聖的侵犯行為，如近親相姦、性的禁忌的侵犯等集團內的宗教罪為對象。其制裁是作為和平喪失者將失去法的保護而遭放逐。這種二元制裁是古代日爾曼社會作為 feti 事件和 ahat 事件的延續，一時間使外部制裁和內部制裁出現融合，在通過政治權力進行統括干預，向強制性的司法手續轉變的過程中，出現由復仇向賠償，靠支付贖罪金向 feti 的和解的轉換，ahat 事件除了極為重大的情況外，贖罪也變得有了可能^⑤。總而言之，從形式化的司法手續和刑罰體系的角度來看，後來刑罰發展的主要源泉是外部刑罰。

通過復仇向賠償，外部制裁對內部制裁的吸收形成刑罰體系的基本型的看法，主要是以西洋法制史家為首的理論，不過也有認為古代中國刑罰的起源

基於二元論的觀點。即小島祐馬《關於支那刑罰的起源》^⑩。小島氏也認為中國古代刑罰的起源不是一元，而是族外制裁和族內制裁的二元。就是說，生命刑和身體刑源於族外制裁，而自由刑和財產刑源於內部制裁。不過，中國古代即使同樣有二元性，也具有與歐洲不同的緣由，並沒有外部制裁的復仇向賠償轉換的過程。所謂罪，一般是指宗教意義上的罪，贖罪也是發端於宗教意義上的贖罪。於是，贖罪作為族內制裁的替代物出現，從起源來說確實與以五刑為代表的外部制裁二元對立，但與西洋社會不同，內部制裁的體系逐漸發展形成公刑的基礎。這可以算做是對小島氏的觀點的概括吧^⑪。

對日爾曼法的分析以及西洋刑罰史我沒有發言的資格，但對中國刑罰史，至少圍繞小島氏的論點，我有許多不能苟同之處。

小島氏在考證時主要援引的是《周禮》、《尚書》和《禮記》等經書。在這種情況下，如果經書不是用來解析儒家的刑罰思想，而是用來考證現實刑罰制度及刑罰起源的話，究竟含有多大的可信度？對此，我一直都很擔心。為了避免發生誤會，我們換個說法，那就是有關經書的史料性，即成書時間是何時？記載的可信性並不等於歷史研究上的史料價值。實際施行的刑罰是以何種基本觀念為依據的所謂法制史料的有效性，其前提必須是實際實行過。同時還有，它是公的刑罰還是私的制裁，以及官是在何種法體系的基礎上構成的等等。在這個意義上來說，經書裏所記載的刑罰，作為第一條件其實效性應該是很值得懷疑。

例如，小島氏認為贖刑不是對刑罰的抵贖，而是對犯罪本身的抵贖，可以追溯到宗教意義上的贖罪。其依據就是《尚書》的呂刑和堯典。宗教意義上的罪向法律意義上的罪的轉化過程求證於《周禮》秋官。但是，如本書業已論述的那樣，漢代的贖刑是對刑罰的抵贖。它不是小島氏所說的由抵贖犯罪的贖罪的轉化。至於現實中是否存有宗教意義上的贖罪，秦律中的貲罪，貲刑是不是它的延伸等，我認為缺乏實證性。

經書中所見的刑罰制度以及刑罰思想只不過是從儒家立場上發明的作為儒家理念的刑罰、刑罰思想。在考察其與秦律的關係時，儒家的理念在秦的現實政治中究竟有多大程度的反映？把漢代特別武帝以後儒學變成國家意識形態時的儒家思想和刑罰的關係與先秦及統一秦時的同等對待，顯然很困難。應該說，與同樣是思想論著的《韓非子》《商君書》（雖然作為史料有不少問題）給秦律直接的影響力有很大不同。

在考察刑罰制度時，把這種史料為依據來論說刑罰的二元性，以及結合宗教性進行的討論，其結果會如何呢？

把刑罰二元論援引到中國古代刑罰上正確真否暫且放在一邊，僅限於以外部制裁為特徵的應報、同害復仇來說，把它作為中國古代刑罰的原始形態的觀點，不能說有甚麼特別。

刑罰是天意的一種必然反映，不可帶有半點私義恣情，是神聖的絕對的。而且，如前所述，因為天意具有西歐自然法的屬性，所以不妨把中國古代刑罰觀念看作是以這個自然法為基準實施的。果真如此，則中國古代刑罰的目的不言自明。可以說，它就是相當於西歐所謂的應報主義。因為，應報主義源於心理學意義上的復仇的本能，雖然不能說沒有賠償意識，但從本質來看，其重心主要表現在正義遭受侵犯時的必然反應。（根本誠《上代支那法制的研究·刑事編》1938有斐閣）

另外，仁井田陞氏也在《中國舊法的同害刑和反映刑》一文的論考中，引用相關文獻史料對應報主義的基礎同害刑(talio)和反映刑進行了考證^⑩。

應該說，在認為中國古代刑罰中存在應報主義的諸位先輩的觀點中，都一致認為應報。同害復仇並不是刑罰的唯一起源，另外還有刑罰觀念。但應報主義在中國古代刑罰（沒有確切的時代概念）具體中佔有相當比重。

那麼，應報主義、同害復仇以及反映刑等刑罰的基本觀念是不是果真存在於古代中國的刑罰中呢？答案並不是簡單的。因為“古代中國”不但時代概念模糊，而且公的制裁和私的制裁的界限也很曖昧。具體地說，在秦漢帝國刑法典（秦律、漢律）所規定的法定正刑中有同害復仇、反映刑的因素，應報也作為刑罰的目的而存在。但是能說這是當時有意識的行為嗎？

把被害者所受的傷害作為刑罰同樣施加給加害者的所謂同害復仇刑在文獻史料中很難找到。稍有關聯的可以說就是《孟子·盡心篇》中的如下條文：

孟子曰：吾今而後知殺人親之重也。殺人之父，亦殺其父；殺人之兄，亦殺其兄。然則非自殺之也，一間也。

這只不過是對復仇的反復敘述，在這裏孟子不但沒有考慮刑罰和法定正刑的意思，也沒有提及復仇的進一步延伸就是刑罰^⑪。

一方面，反映刑的又如何呢？包括先秦文獻，作為反映刑的史料而受到注目的是《尚書大傳》中的如下記載：

決關梁，踰城郭，而略盜者，其刑臚，男女不以義交者，其刑宮。