



法律史译评

周东平 朱腾 / 主编

Legal History Studies

- 汉时代的刑罚与爵制性身份序列 [日] 鹰取祐司 著
- 杖的变迁——从汉的督笞至唐的笞杖刑 [日] 富谷至 著
- 唐代城市乡里与坊的关系 [日] 坂上康俊 著
- 朝法规范中“财产关系图像”——以住房及田土为例 陈惠馨 著
- 论中国法中的“戏杀”与“疏忽” [英] 马若斐 著
- “淆乱视听”：西方人的中国法律观——源于鸦片战争之前的错误认知 [美] 步德茂 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法律史译评

主编 周东平 朱 腾

编 委 (按姓氏拼音排列)

(美) 步德茂 陈惠馨 (日) 宫宅潔

黄源盛 (日) 铃木秀光 (美) 欧中坦

邱澎生 (日) 辻正博 周东平 朱 腾



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法律史译评/周东平,朱腾主编. —北京:北京大学出版社,2013.9
ISBN 978-7-301-22767-1

I. ①法… II. ①周… ②朱… III. ①法制史-研究-中国
IV. ①D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 148194 号

书 名: 法律史译评

著作责任者: 周东平 朱 腾 主编

责任编辑: 陈 康

标准书号: ISBN 978-7-301-22767-1/D·3369

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

新浪微博: @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱: yandayuanzhao@163.com

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 三河市北燕印装有限公司

经 销 者: 新华书店

965 毫米×1300 毫米 16 开本 22.25 印张 380 千字

2013 年 9 月第 1 版 2013 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 45.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

序 一

杨一凡*

厦门大学法学院周东平君、朱腾君主编的《法律史译评》即将推出,这是一部有益于推动国内外法律史学交流的学术成果。二君嘱我作序,我欣然领命。这里结合当代中国法律史研究的基本状况,以及编辑出版《法律史译评》的现实意义,谈一点粗浅的想法。

中华民族在漫长的历史发展过程中,创造了博大精深的法律文化,形成了相当完善的法律制度。中国法律史学是研究中国历史上法律制度和法律文化的产生、发展、功能、特色及其演变规律的一门古老而年轻的学科,从先秦至明清,不少古人已在研究它,但是用现代法学观点研究中国法律史还只有一百多年的历史。中国大陆学界在这一领域取得丰硕成果则是20世纪80年代初才开始的,从那时到现在,经过三十多年的探讨,中国法律史学出现了前所未有的繁荣,出版了上千部著作和教材,发表了两万余篇论文。但从总体上看,这门学科的研究仍处于开拓阶段,大量的基本法律文献还未来得及整理和研究,法史研究的不少领域也只是初步

* 中国社会科学院法学研究所研究员、学部委员,中国法律史学会会长。

的探讨。因此,不断开拓法律史研究,推动学科走向科学,是当代和今后学者肩负的责任。

回顾多年来法史研究走过的路程,法史研究中还存在一些有待克服的缺陷:一是混淆古今法制的概念、内容及产生的历史条件的差别,不加分析地用现代法律术语和法律体系套用古代法制,得出了一些与历史实际不相符合的、似是而非的结论;或是以现代西方法治理念为坐标评析古代法制,贬低中国传统法制及法律文化在世界文明发展史中的地位和作用。二是忽视了中华法系“多种法律形式并存,中央立法与地方立法并存”的史实,局限于国家立法研究而不及于地方法制研究,按照“以刑为主”的模式描绘古代法制,在许多方面用刑律编纂史代替法律史。三是过于注重法在政治方面的功能,忽视其经济和社会功能,将丰富多彩的、复杂纷繁的法律运作与演进史,简化成统治阶级的工具史。四是法律思想与法律制度、立法与司法割裂研究,用静态的法律史代替动态的法律史,未能全面揭示中国古代法制实施、运作和演变的真相,对于一些多代相承的基本法律制度和被君主奉为立法、司法指导原则的法律思想在不同历史时期发生的变化,尚未予以更深入的剖析。

当前,法律史学研究正处在一个重要的发展和转折时期。为了推动这门学科持续繁荣和走向科学,我们在充分肯定学界多年来取得的重要进展的同时,必须针对法史研究的缺陷和薄弱环节,拓宽研究领域,探讨尚未涉及或存有疑义的新问题,注重提高学术水平;必须坚持实事求是的认识论,改进研究方法;必须进一步加强与国内外法学界、历史学界、考古学界特别是法史学界的学术交流,吸收他们的学术创见,以开阔学术视野,更加全面、科学地认识和阐述中国法律发展史。因此,《法律史译评》的推出,可谓适当其时。古人说“不识庐山真面目,只缘身在此山中”,学术研究有时也难免陷入类似的困境。只熟悉自己从事的某一狭小研究领域,只占有一部分资料,而不了解和掌握国内外与本人研究领域相关的学术成果,就很难突破“一孔之见”,或者在研究中失之琐细,不易见其宏

大,无法从全局视野进行准确地把握。多年科研工作的经验表明,只有那些全面掌握国内外相关研究成果并在此基础上勇于创新的学者,才有可能取得学术突破。所以,加强国外学术成果的翻译,是推动我国科学事业发展的一项极其重要的工作。新中国成立以来,在人文科学领域,学界已在翻译国外学术论著方面做了许多卓有成效的工作,举其要者,如商务印书馆出版的《汉译世界学术名著丛书》、江苏人民出版社出版的《海外中国研究丛书》、中华书局出版的《日本学者研究中国史论著选译》、中国大百科全书出版社出版的《外国法律文库》等。我在主编《中国法制史考证》丛书时,也选编了50篇日本学者研究中国法制史的重要论文,出版后受到许多学者的关注,足见当前学界对于打开学术交流门户、深入推进学术对话的热切需求。我衷心希望《法律史译评》能够为国内外的中国法律史学界加强学术交流、增进学术磋商架设起一座新的桥梁,也希望法史学界的中青年学者骨干进一步开阔视野,将中国法律史学研究推向繁荣,为中华法制文明的振兴做出贡献。

是为序。

2013年2月28日

于北京

序二：行深融豁

黄源盛*

世界上任何一个民族或任何一个国家的文化，除由于独创外，大都是因相互影响的结果。在各个不同的历史发展阶段，两个以上的民族或国家彼此接触之后，对于外来的文化制度，加以选择、吸收。就这样，文化因接触而传播，同时，也在他文化的激荡下，创造出自己独特的文明。

就法文化而言，也无非如此。古代东方，希腊诸邦其法律彼此相互影响，而环地中海地区，也曾广泛继受希腊法；就东亚来说，近世以前的日本、朝鲜、越南等地区也曾大量继受传统的中国律令体制。可以说，本土与外来法律的交融，乃古今中外法制史上的普遍现象；法的沿革发展，就如同政治、宗教、语言、艺术或经济一般，受到各个民族或各个国家文化、经验长期互换的影响。尤其，自18世纪末以来，基于不同的政治、经济、文化等因素，愈来愈多的国家扬弃其历史所逐渐形成的传统法，而根据当前本身的目的及需要继受外来法，发展出许多特质不同的法制。

从近代法律发展史看，1840年鸦片战争以后的中国，国力日衰而西力东渐，国际地位一落千丈，中国面临被鲸吞瓜分的岌岌危机；1900年八

* 台湾辅仁大学法律系教授，“中央研究院”历史语言研究所兼任研究员，台湾地区中国法制史学会理事长。

国联军之役后的清廷,外仍沦为列强的俎肉,内则受国民革命浪潮的冲击,日益处于风雨飘摇之中。朝野忧时之士,无不以惶惑的心情,注视着在新环境下所涌现出的新问题,为了扭转内外情势,为了补偏救弊,他们不得不在困境中寻找出路,因而在光绪二十八年至宣统三年间(1902—1911年)引发了一场变法修律大业。自此,传统旧制产生巨大且深刻的形变与质变,而属于旧文化所孕育的法律体系也随之而遽变。可以说,这是中西文明激荡与选择的大时代,从悠远的法制历史与广阔的比较法史看,这是中华法系解体的时代,也是中国法律迈入近代化的新纪元。

而在法律近代化的进程当中,最值得一提的是,外国法典与法学文献的编译;清季译书事业堪称繁盛,无论数量或内容成效均可观。大体说来,1894年甲午战争前,以译泰西书籍为主,尤重英、法文人才的培养,惟太过囿于富国强兵之策,所务率属西洋格致及军事、工业之学。综观当时的编译事业,无论京师同文馆或江南制造局,均侧重于工艺、科技,鲜有涉及政治或法律者。经甲午败战,创巨痛深,船坚炮利政策显已失灵,有识之士对时局多所感悟,乃转以图谋政教、社会制度的变革。

康有为曾提出“变法者须自制度、法律先为改定”,就在这种思维激荡下,译书范围终渐扩及法政、经济、社会等领域。更因朝野钦慕明治维新的成就,译书重心渐趋势于日本,以为“日本维新以后,以翻译西书为汲汲,今其国人于泰西各种学问,皆贯串有得,颇得力于译出和文之书”。京师同文馆乃于光绪二十二年(1896年)添设东文馆;翌年,梁启超也创办大同译书局于上海,专以翻译日本书籍为主,而辅以西文,且以政学为先,而次始及于艺学。据统计,单就西方法学法律的输入,自1864年美国传教士丁韪良(William A. P. Martin)译出《万国公法》后,维新派的译书机构相继出版了18部外国法律法学著作;及至1895年维新运动失败后,法律法学输入骤增,民间译局遍及各省。

晚清修律大臣沈家本虽出身旧学根柢,但对于欧西及日本法制的长短了然于心,除积极筹办修订法律馆外,更倡言“将欲明西法之宗旨,必研究西人之学,尤必编译西人之书”“欲究各国之政治,必先考各国政治之书。非亲见之,不能得其详;非亲见而精译之,不能举其要”。尤秉持“参酌各国法律,首重翻译”的理念,推崇日本明治维新时“君臣上下同心同

德,发愤为雄,不惜财力,以编译西人之书,以研究西人之学”的务实精神。为此,沈氏极力延聘欧、美、日归国留学生,并通过外交途径,收购各国最新法典及参考书籍,斟酌取舍,进行大规模的法学法律文献翻译,这是修订法律馆开馆以来一项极其重要的工程。

沈家本也深知翻译为制定新律的基础,故推动翻译工作极为审慎。他说:“译书以法律为最难,语意之缓急轻重,记述之详略偏全,抉择未精,舛讹尽见。”在其后他一手创办的“法律学堂”三年课程中,均列外国语文为必修课目,可见其重视之一斑。沈氏又一向治学谨严,鉴于先前日本译述西洋各国法律多尚意译,致讹误过多,终改归直译;唯恐翻译失实,除对传统旧律用语作谨慎考订外,又要求译员“力求信达”,且对每件译文,沈氏尽可能亲与译者逐句逐字反复推敲,务得其解。这种大规模而有计划地翻译外国法律和法学著作,几经反复推研,业绩丰硕,不但引进西方及日本的近代法律思想,为传统法律文化注入一股新血;同时,也为当时修订新律提供了方向,为继受欧陆近代法律开辟了生路。

时光匆匆,一百年过去了,当今,海峡两岸关于各个应用部门法的翻译书籍,虽质量良窳不一,仍比比可得,而纯从法律史角度进行译评者,却相当罕见。或许,可以这么说,三十多年前,在中国法史学研究上,日本及美国等地区一直都是重要的基地,在运用当代法学与史学方法进行传统法的研究,似乎走在华人研究社群的前头,同时也取得了一些令人瞩目的成就,得出诸多富有启发性的论著,这种新方法和新观点引起两岸学术界的关注,经译成中文后,深深影响了华人社会的法史研究走向。

不过,也无需讳言,国外学者研究传统中国法律问题时,由于自身学术背景、学术传统以及文化环境等原因,常不可避免地陷于本位主义式的理论观点和诠释方法,因而部分研究成果仍不免给人有“雾里看花”甚或“见树不见林”的印象。所幸,近二十多年来,中国的法史学界急起直追,无论研究议题的深刻性与研究方法的灵活性,俨然有后来居上之势;惟受限于种种因缘,大陆学界对于境外法律史的研究现况仍缺乏畅通的管道。

实际上,就台湾地区来说,法史研究者虽为数不多,却时有可观的论著问世,虽然,大陆的学术期刊或论文集偶会刊载其研究成果,毕竟零散。就日本方面而言,此前,虽曾有过大规模组织翻译日文论著,但大多为十

几年甚至几十年前的作品,难以及时反映最新的研究动向,加上受限于语言的障碍,能直接批阅日本文献者,仍属有限;就欧美方面而言,尤缺少经常性地推出法史相关论著,大大阻碍了大陆学界对境外法律史学术状况的全盘掌握,这不能不说是件遗憾的事!

欣喜的是,厦门大学法学院法律史教研室在周东平教授的主导催生下,推出《法律史译评》一书,将致力于刊载中国台湾学者的首发论文,以及日本、欧美等国最新研究成果的译文,并拟借此平台,推动境内外学界的及时沟通与交流,这是法史学界的一件功德事,他山之石,可以攻玉!伴随着充分的交流和信息的便利,相信对于研究视野的开阔、读史心得的相互砥砺,一定会有很大的帮助。期盼此书能兼具广度与深度,也殷望译文能求其确实与通达;“行深法史,融豁古今”为法史园地注入一股源泉活水,使其更富于进取性与创意性。发刊伊始,感奋之余,谨缀数语,为之祝、为之祷!

2013 年癸巳

外双溪·犁斋

目 录

秦汉时代的刑罚与爵制性身份序列 / [日]鹰取祐司 著 朱腾 译	1
前言	1
一、有关居赀赎债系城旦舂者的探讨	5
二、指示爵位的身份序列	11
三、秦汉时代的刑罚与爵制性身份序列	19
结语	23
秦汉时期的亭吏及其与他官的关系 / [日]水间大辅 著译 朱腾 校	28
一、亭长与校长	29
二、亭的其他人员	35
三、亭与其他官署、官吏的关系	37
结语	45
笞杖的变迁	
——从汉的督笞至唐的笞杖刑 / [日]富谷至 著 朱腾 译	47
前言:唐的笞杖刑	47
一、秦汉的笞刑	48
二、魏晋的笞杖刑	55
三、北朝的笞杖	56
结语:从刑、督至刑罚	59

三国魏文帝的法制改革与妖言罪的镇压

——古代中国法的一个分歧点 / [日]石冈浩 著 周东平 译 63

前言 63

一、三国魏文帝的“妖谤赏告之法”的改定 64

二、西汉文帝的废止“诽谤”罪与继续处罚“妖言”罪 69

三、秦之“诽谤”与“妖言” 72

四、汉的“妖言”= 讖纬之说与“大逆”“不道” 77

五、魏文帝奖励告发“妖言”的理由

——预防王朝被篡夺 80

结语 87

论唐代城市乡里与坊的关系 / [日]坂上康俊 著 何东 译 89

前言 89

一、对乡、里与坊重叠结构说的疑问 92

二、唐朝乡里的属地性 98

三、表示地点的乡—坊 101

四、“里第”与“私第” 103

五、唐代京城内的乡里和坊 109

结语：藤原京、平城京的条坊与唐代的坊、里 115

敦煌·吐鲁番出土唐代法制文献研究之现状 /

[日]辻正博 著 周东平 译 118

前言 118

一、有关敦煌·吐鲁番出土法制文献的研究环境的急剧变化

——TTD-I 出版以后的资料整理状况 121

二、TTD Supplement 的出版与此后的“发现” 130

结语 141

为何要诉“冤”

——明代告状的类型 / [日]谷井阳子 著 何东 译 146

前言 146

一、“冤抑之事”与“争论之事” 147

二、“重罪”与“细事”的政策 152

三、申诉“冤抑”的必要性	156
结语	162
区别流品:17 世纪中国的奴婢身份、法律与司法对待 /	
〔法〕施振高(Claude Chevaleyre) 著 朱潇 译	164
清朝法规范中的“财产关系图像”	
——以住房及田土为例 / 陈惠馨 著	171
前言	171
一、近代欧陆有关“财产观念”的论述与规范	
——以德国为主	173
二、清朝统治下的财产制度	
——以人民住房及田土制度为中心	176
三、从清朝人民的“契”内容分析清代私人间的财产关系图像	184
四、清朝政府在人民买卖、典当田土过程中的角色:	
通过“契尾”确认征税	189
结语	192
传统中国法中的“戏杀”与“疏忽” /	
〔英〕马若斐(Geoffrey MacCormack) 著 陈煜 译	194
前言 过失与疏忽	194
一、历代关于戏杀的法律规定	197
二、清代刑部对戏杀案件的认定	202
三、戏杀的理论依据	216
清朝初期的“恤刑”(五年审录) / 〔日〕赤城美惠子 著 张登凯 译	
前言	219
一、恤刑程序的引进始末	222
二、恤刑之具体程序	226
三、恤刑中的矜疑事案及其处理	234
四、恤刑程序中所出现的问题	240
五、恤刑的废止与其他审录程序	244
结语	246

清代秋审文书与蒙古

——关于 18 世纪后半期—20 世纪初蒙古死刑案件之处理 /

[日]高远拓儿 著 白玉冬 高雪辉 译 248

前言 248

一、《秋审招册》与蒙古人犯之议案 250

二、理藩院与三司

——中央关于蒙古死刑案件之处理 257

三、蒙古秋审 264

结语 269

“淆乱视听”:西方人的中国法律观

——源于鸦片战争之前的错误认知 /

[美]步德茂(Thomas Buoye) 著 王志希 译 272

一、清代死刑案件的裁判 274

二、死刑案件复核:原则与实践 275

三、死刑案件复核的未预后果 276

四、管制夷众 278

五、抵制清律 282

六、从“中国人”的角度看洋人犯罪 287

北京政府时期的覆判制度 / [日]田边章秀 著 黄琴唐 译 293

前言 293

一、裁判的管辖区分及上诉过程 296

二、《覆判章程》与覆判案件 301

三、《覆判章程》的修正中所见的覆判制度问题 310

结语 315

中国民法形成过程中的权利、自由与习惯(1900—1936) /

[法]巩涛(Jérôme Bourgon) 著 白阳 译 316

一、帝国法律体系中自由的前提 318

二、帝制法律体系中大众惯行的状况 320

三、帝制法律体系中民法的萌芽 321

四、中国习惯法:迎合殖民主义语境的民法 324

五、官僚机构运行下的习惯法法典化 327

六、民国法典中的习惯和法理 334

结语 338

秦汉时代的刑罚与爵制性身份序列*

[日]鹰取祐司** 著 朱腾*** 译

前 言

众所周知,由于之前,像《唐律疏议》那样的秦汉时代的整全性法典并不存在,因此,秦汉刑罚制度研究就不得不以片断性地残存于《史记》《汉书》等传世文献中的律令文本或相关记事为史料,但1975年睡虎地秦简的发现使此种状况发生了巨大的变化。概括来说,依据对这批秦简的分析,秦汉刑罚制度可作如下理解:秦代的刑罚大体上可分为死刑、肉刑、劳役刑及财产刑四类,它们保持着以劳役刑为基础的横向并列体系。劳役刑又包括城旦舂、鬼薪白粲、隶臣妾、司寇四种;其中,隶臣妾以身份的贬降为第一目的,其他劳役刑则与之略有区别。又,城旦舂以下的劳役刑不存在预先确定的刑期,可谓因不定期发布的赦令而被免除的不定期刑。前汉文帝十三年刑制改革使此种横向并存的秦代的各种刑罚以劳役刑为中心而被纳入统一的纵向系列中,且通过引入刑期而将劳役刑予以等级化。^①睡虎地秦简之后,张家山汉简被发现并公布,与城旦舂以下的劳役刑有着系统性差异的有期劳役刑或者

* 本文原题为《秦汉時代の刑罰と爵制の身份序列》,载《立命館文学》第608号,2008年12月。

** 鹰取祐司,日本立命馆大学文学部教授。

*** 朱腾,中国社会科学院法学研究所博士后流动站工作人员,厦门大学法学院讲师。

① 参见[日]富谷至:《秦汉刑罚制度的研究》,同朋舍1998年版。

说附有期限的罚劳动的存在也由此得以明确。^②

尽管睡虎地秦简和张家山汉简的发现促成了秦汉刑罚制度研究的飞跃式进展,但依然未获解决的问题或疑问也是存在的,兹尝试列举其若干。

第一,有关秦汉律所见的量刑表现“(肉刑)为A”之A,虽然城旦舂、鬼薪白粲、隶臣妾、司寇等劳役刑均为其选择项,但在这四者中,只有隶臣妾可因爵的奉还而被免除,因此它可被视为以身份的贬降为直接制裁的刑罚,这使它略别于以从事强制劳动为第一义之制裁的其他劳役刑。^③如此说来,将作为劳役刑的城旦舂、鬼薪白粲、司寇与作为身份刑的隶臣妾并列这一事实似乎稍显怪异吧?^④又,在《二年律令》中也有隶臣妾之外的劳役刑被爵免的规定。^⑤如果说隶臣妾是可被爵免的身份刑,那么同样可被爵免的隶臣妾之外的劳役刑难道就不能被视作身份刑吗?

第二,文帝刑制改革所确立的有关徒刑之释放的规定^⑥为何要在城旦舂→鬼薪白粲→隶臣妾→庶人这一释放过程中采取设置过渡刑的形态呢?又,虽然文帝刑制改革设置了此种过渡刑,但为何在《汉旧仪》中,过渡刑并

② 参见初山明所著《中国古代诉讼制度的研究》(京都大学学术出版会2006年版)之第五章“秦汉刑罚史研究的现状——刑期をめぐる論争を中心に——”及官宅潔所著《有期劳役刑体系的形成——“二年律令”に見える漢初の勞役刑を手がかりにして——》[《東方學報》(78), 2006年]。

③ 参见〔日〕富谷至前掲书,第83页。

④ 永田英正所著《睡虎地秦简秦律に見る隸臣妾について》(收入〔日〕梅原郁编:《前近代中国の刑罰》,京都大学人文科学研究所1996年版,第61页)也提出了同样的疑问。

⑤ 张家山汉简《二年律令》简204—205(钱律):“捕盗铸钱及佐者死罪一人,予爵一级。其欲以免除罪人者,许之。捕一人,免除死罪一人,若城旦舂、鬼薪白粲二人,隶臣妾、收人、司空三人以为庶人。其当刑未报者,勿刑。有(又)复告者一人身,毋有所与。诋告吏,吏捕得之,赏如律。”有关“司空”二字,整理小组释为“在司空服役的刑徒”,但是,此处的“司空”与城旦舂、鬼薪白粲、隶臣妾、收人等并列,而本文后掲《二年律令》简90—92(史料20)又把庶人以上、司寇、隶臣妾、收人等并举,因此如将此处的“司空”看做“司寇”的误写,这恐怕是正确的。参见〔日〕富谷至编:《江陵張家山二四七號墓出土漢律令の研究》(譯注篇),第134页,注⑤。

⑥ 《汉书·刑法志》记载了文帝的刑制改革。在对刑期的论述上,从《刑法志》文本本身引伸出了一些问题。如初山明的梳理(〔日〕初山明前掲书,第250—260页)所揭示的那样,张建国之说(参见张建国:《汉文帝改革相关问题点试论》,收入氏著:《帝制时代的中国法》,法律出版社1999年版)可谓最为妥当。依据张建国之说,文帝改制之后的刑徒释放规定如下:

完城旦舂(三年)→鬼薪白粲(一年)→隶臣妾(一年)→庶人

鬼薪白粲(三年)→隶臣妾(一年)→庶人

隶臣妾(二年)→司寇(一年)→庶人

作如司寇(二年)→庶人

不存在且变成了“作某岁”这样直接的刑期规定^⑦呢?有关这一点,富谷至认为,过渡刑是为了释放文帝改制之前已处断的既决囚而设置的过渡性规定。^⑧至于为何在释放既决囚的场合必须设置过渡刑,则并未予以说明。

第三,通过对睡虎地秦简或张家山汉简的分析,可以明确,各劳役刑之间的差异难说是由劳役的内容或刑具带来的,使各劳役刑被等级化的标准毋宁说在于各劳役刑之刑徒的待遇区别,如其家族是否成为“收”的对象,其子是否继承其刑徒的地位。^⑨如果说劳役刑是以从事强制劳动为第一义的制裁,那么各劳役刑的差异似乎最应以刑徒自身所从事的劳役内容为标准来设定。然而,实际情况是劳役刑的等级化并非来源于此。这说明,对城旦舂以下的劳役刑而言,制裁的首要意义或许是有别于强制从事劳役的某一点。再则,尽管在隶臣妾的场合,制裁表现为身份的贬降,而劳役则是作为被贬之身份的附加属性而设立的^⑩,但是同样的情况难道不适用于隶臣妾之外的劳役刑吗?又,宫宅濑提出,某人成为劳役刑徒即意味着其身份的转落^⑪,这似乎正是所谓的刑罚实为身份刑的表征吧?

第四,如非奴婢者犯罪,将在肉刑之上再处以劳役刑。但是,如奴婢犯罪,为何要在施以肉刑之后将其归还给主人而非再处以劳役刑呢?^⑫李均明认为,在奴隶犯罪的情况下,刑罚仅仅是作为附加刑的肉刑^⑬,但他并未说明当时采取此种措施的理由。

除上述疑问之外,近期,濑川敬也的论文也提出了一些不容忽视的重要

⑦ 卫宏《汉旧仪》曰:“秦制二十爵。男子赐爵一级以上,有罪以减,年五十六免。无爵为士伍,年六十乃免者,有罪,各尽其刑。凡有罪,男髡钳为城旦。城旦者,治城也。女为舂。舂者,治米也,皆作五岁。完四岁,鬼薪三岁。鬼薪者,男当为祠祀鬼神,伐山之薪蒸也。女为白粲者,以为祠祀粢米也。皆作三岁。罪为司寇,司寇男备守,女为作如司寇。皆作二岁。男为戍罚作,女为复作。皆一岁到三月。令曰:秦时爵大夫以上,令与亢礼。”

⑧ 参见[日]富谷至前掲书,第160页。

⑨ 参见[日]宫宅濑前掲文:《有期劳役刑体系の形成》。

⑩ 参见[日]富谷至前掲书,第52页。

⑪ 参见[日]宫宅濑前掲文:《有期劳役刑体系の形成》,第4页。

⑫ 睡虎地秦简《法律答问》简74:“人奴妾治(笞)子,子以眚死,黥颜頰,畀主……相与斗,交伤,皆论不殿(也)?交论。”张家山汉简《二年律令》简30(贼律):“奴婢殴庶人以上,黥颜頰,畀主。”张家山汉简《二年律令》简135(告律):“奴婢自讼不审,斩奴左趾(趾),黥婢颜(頰)頰,畀其主。”

⑬ 参见李均明:《张家山汉简所见刑罚等序及相关问题》,载《华学》(六),紫禁城出版社2003年版,第128页。