

日本學者研究

中國史論著選譯

歷代
現狀
本誌

第八卷

法律制度

劉俊文主編
姚榮濤 徐世虹譯

日本學者研究 中國史論著選譯

第八卷
法律制度

中華書局

日本學者研究中國史論著選譯

第 八 卷

法 律 制 度

劉 俊 文 主 編

姚榮濤 徐世虹譯

*

中 華 書 局 出 版

(北京王府井大街 36 號)

新華書店北京發行所發行

北京第二新華印刷廠印刷

*

850×1168 毫米 1/32·17 $\frac{1}{8}$ 印張·2 插頁·375 千字

1992 年 7 月第 1 版 1992 年 7 月北京第 1 次印刷

印數 1—1500 冊 定價：23.05 元

ISBN 7-101-00976-X/K·393



仁井田
陞



滋賀
秀三



濱口
重國



大庭
脩



内藤
乾吉



草野
靖



宫崎
市定



島田
正郎

目 錄

中國上古刑罰考	滋賀 秀三(一)
居延出土的詔書冊和詔書斷簡	大庭 脩(三)
西漢文帝的刑法改革和曹魏新律十八篇篇目考	滋賀 秀三(七)
唐律的通則性規定及其來源	仁井田 陞(一〇三)
唐代賤民部曲的成立過程	濱口 重國(一九一)
唐代的三省	內藤 乾吉(二三五)
宋元時代的法制和審判機構	宮崎 市定(二五二)
宋代的頑佃抗租和佃戶的法律身份	草野 靖(三二三)
遼代北面中央官制的特色與世官制的意義	島田 正郎(三五三)
大明令解說	內藤 乾吉(三八〇)
明清時代的一田兩主習慣及其成立	仁井田 陞(四〇九)
清律之成立	島田 正郎(四六一)
清代州縣衙門訴訟的若干研究心得	滋賀 秀三(五三三)

中國上古刑罰考

——以盟誓爲綫索

滋賀 秀三

一

中國古代法制史需區分「上古」和「帝制」兩個不同的時代。上古時代即春秋之前的時代，帝制時代則指秦漢以後的時代，兩者在各方面都有不同的基本特點。(一)在法源和刑法的領域中，盟誓對法的形成與運用有很大作用。盟誓的作用以及肉刑的被重視，作爲上古法制的特色，引人注目，而且盟誓在某些方面又與刑法的形態相關。本稿就是從這一觀點出發，考察上古刑罰觀念，條理其向帝制時代刑罰體系演變脈絡的一個嘗試。

上古文獻中的「誓」與「盟」，以及與「盟」有相似意義的「詛」等，是一些含意關鍵的文字，常常引起讀者的興趣，前人對此也已有不少研究。(二)

據《禮記·曲禮》下所說「約信曰誓，蒞牲曰盟」，兩者在起誓形式上是不同的。所謂盟，是這樣一種行爲，即通過歃血（把犧牲的血塗於口唇）的咒術儀式，用誓言將自己規制於一定的條件之下，以保

證自己信守諾言。有關的記載，在《周禮》、《左傳》中多處可見。上引《禮記·曲禮》下經文的疏說：

盟之爲法，先鑿地爲方坎，殺牲於坎上，割牲左耳，盛以珠盤，又取血盛以玉敦，用血爲盟書，

成，乃歃血而讀書。

這是對盟的綜合性解釋，可以說基本上掌握了它的要義。在這個儀式結束以後，再把記載了盟辭的策載放於坎中的犧牲之上，一起埋掉。所以盟書也稱「載書」。有時候，也把載書與犧牲一起投入江河，隨流漂走。^(三)盟誓的內容，留存於記錄的大多數是承諾性的宣誓，即約定將來爲或不爲某事，但是確認性的宣誓即對既往事實的證言，如果使用了牲血，也稱爲盟。^(四)盟辭的結束語總是「有渝此盟，明神殛之，俾隊其師，無克胙國」(左傳成公十二年)、「或間茲命，司慎、司盟、名山、名川、羣神、羣祀、先王、先公，七姓十二國之祖，明神殛之，俾失其民，隊命亡氏，蹈其國家」(左傳襄公十一年)等詛咒性語句。自我詛咒是盟的本質，^(五)所使用的牲血可以看作是確保詛咒效果的手段。^(六)盟與詛有着極其近似的含意。詛也可以使用牲血，所以把「詛」訓爲盟的場合也不少。「詛盟」、「盟詛」是使用率頗高的熟語。據經書的注疏說，「大事曰盟，小事曰詛」(周禮·春官詛祝注)，「凡言盟者盟將來，詛者詛往過」，^(七)可以說是指示承諾性宣誓與確認性宣誓的區別。也有這樣解釋兩者區別所在的：根據身分之不同，詛可以使用豬、狗或雞，而盟祇使用牛。^(八)因爲從本質上講兩者是同一概念，所以其區別究竟何在，便成了注釋家們論爭的話題。^(九)確認性宣誓姑且不論，承諾性宣誓的形式，是許多當事人聚集一處，圍繞犧牲、齊聲宣唱盟辭。它建立於多數當事人的合意之上，並有鞏固該合意的功能。相對於

誓而言，這一點可說是盟的特色。讀過《左傳》，可以得到一個鮮明的印象，這就是在當時，作為收拾政局與建立秩序的手段，詛盟被頻繁使用於各個層次。春秋時代會盟，習慣由盟主執牛耳，^(一)現代日語中的「執牛耳」(簡為「牛耳」，作動詞用)一語，即出於此。不但在一時性收拾政局時使用盟，也有通過會盟來建立永久性法規的。^(二)在研討上古法源史的時候，不能忽視盟約的這一功能。另一方面，確認性的盟詛被使用於審判，就可成為一種神明裁判，關於這一點，先學已有論著存世。^(三)進入帝制時代以後，除了與外藩締結條約，^(四)詛盟作為立法手段的現象在國家法制中已完全消失，^(五)神明裁判也祇是在民間裁判中有用，^(六)在國家法庭中則已絕跡，^(七)盛行詛盟確實是上古時代的特色。

上古文獻多在「告誡」意義上使用「誓」字。「誓軍旅」一語是其典型用法(《左傳·閔公二年》)。^(八)這就是在出征或開戰之前，^(九)指揮者召集全軍，發布軍令，其中包括闡明戰爭的名分大義、莊嚴宣布戰鬥紀律及相關的獎懲規定等。它不是「有條件詛咒」，而是「有條件刑罰」的預告。^(十)這個意義上的「誓」即布令，也被使用在稱為「蒐」的集會上。^(十一)所謂蒐，是一種兼有軍事演習意味的狩獵。還有，在國家重要祭祀儀式上宣布誡令的行為，也稱為誓。^(十二)政策上遭受失敗的君主，為在衆人前重樹威望，也有以誓的形式發布新方針的。^(十三)

「誓」這個字，原來也使用於表示個人決心，或給他人某種承諾、確認的場合。為了表示決心的堅定，「誓」常常伴有某種象徵性動作，^(十四)但它並不像盟使用牲血那樣固定於特定的外形行為。也有不使用牲血，僅僅用自我詛咒的語言來表示決心、承諾和確認的，這個究竟應該稱為盟還是誓，雖然難以

斷言，^{〔二〕}但自我詛咒不是誓的本質要素這一點是可以確定的。

右述「誓」字的兩種語義，相互間決非毫無聯繫。正如《說文解字》段注所說「凡自表不食言之辭，皆曰誓」，絕無撤回和變更可能性的宣言，一般稱爲誓。不論是對下屬衆人宣布紀律的宣言，還是約束自己的個人宣言，作爲宣言，兩者是没有本質區別的。例如前者，它要讓衆人相信絕無撤回變更紀律條文的可能，其中也就包含了拘束布令者自身的因素。在布令中並不提及那一個神靈的名字。但是必須注意，稱爲「誓」的布令行爲，主要是在戰爭（及准戰爭狩獵）——上古戰爭是具有高度宗教意味的行動——與祭祀儀式中實施，那時人們都處於高昂的宗教情緒之中。可以推定這樣一種關係：通過對神明的宣誓，布令者的話語就成了對部下的絕對命令。「誓」與「命」是兩個關係很密切的文字，以至可以組成「誓命」一詞。「約」、「約束」等用語，與右述的「誓」有出奇相似的含意，這是增淵龍夫教授論證過的。^{〔三〕}但是在語感上，「約」比「誓」更世俗化。從春秋以前的「誓」到戰國秦漢的「約」，後者的使用頻率逐漸增高，這是否反映了世態人心的世俗化傾向呢。

無論是個人宣誓還是對羣衆誓告，發表宣言的主體都是個人，這是與盟的不同之處。誓告也是一種立法手段，這一點在法源史上應該受到重視。^{〔四〕}也許可以認爲，誓告所發揮的功能，與我國上古時代的氏族長「宣命」有點類似。至於對「誓」或「盟」的選擇，可以說，如果人們已有了在指揮者之下一致協力的意向——尤其是這一意向有宗教情緒支持時——，誓就能發揮功能；如果想在獨立性很強的人們之間形成秩序，則使用盟。^{〔五〕}還有在審判活動中，讓敗訴者宣誓承諾和履行判決，並以此終結訴訟

程序，也應該作爲誓在上古法制生活中的功能之一。(二)

二

誓與盟有各種功能，如果像「誓某」「盟某」那樣在誓和盟之後綴以特定的人名作爲賓語時，這就意味着立誓與此人絕交。下面就談談這個問題。

《左傳》記載，魯國的聲伯把自己的異父妹妹嫁給施孝叔後，却又收到晉國卻犇提出要娶這個婦人的要求，懾於權勢，聲伯決定把已出嫁的妹妹領回給卻氏。施孝叔也窩囊地屈從這個無理要求，讓妻子離去了。後來卻氏滅亡，那婦人帶了與卻犇生的兩個孩子回前夫家，施孝叔前往迎接時，把兩個孩子沉到河里去了。因此，

婦人怒曰：「己不能庇其伉儷而亡之，又不能字人之孤而殺之，將何以終？」遂誓施氏。（《左傳·成公十一年》）

這裏的「誓施氏」，正如杜注所說，是「約誓不復爲之婦也」，無疑就是發誓表示從今爾後永遠棄絕原先的丈夫施孝叔。又如共叔段發動叛亂謀其兄鄭莊公，兩人的生母武姜（姜氏）作了共叔段的內應，在平定叛亂之後，莊公把姜氏安置於城穎，而誓之曰：「不及黃泉，無相見也。」（《左傳·隱公元年》）這個「誓之」的「之」字，不是虛詞，而是指姜氏的代詞，屬於意味着絕交的「誓某」句式。

以上是個人非難個人並與之絕交的事例。當衆人將非難集中於某一特定的個人，並一致與其絕

交、將其排除出共同體時，就要用盟了。魯國盟臧孫紇的故事正是這樣的事例。

臧孫紇迎合魯國頭號權勢之家季孫氏（季武子）並得到其寵愛，但又因孟孫氏的讒言而蒙受作亂嫌疑，受到討伐，於是他「斬鹿門之關以出，奔邾」，據守采邑防，要求將其異母弟臧爲立爲家室繼承人。在看到臧爲順利地立爲繼承人以後，他讓出了防，出奔齊國。這時臧孫紇的家人說：「其盟我乎？」担心魯國的大夫們要「盟」他們，臧孫紇說「無辭」，認爲對方沒有「盟」的理由。但是魯國還是搞成了以季武子爲盟首的盟：

將盟臧氏，季孫召外史掌惡臣而問盟首焉，對曰：「盟東門氏也，曰：『毋或如東門遂，不聽公命，殺適立庶。』盟叔孫氏也，曰：『毋或如叔孫僑如，欲廢國常，蕩覆公室。』季孫曰：『臧孫之罪，皆不及此。』孟椒曰：『盍以其犯門斬關？』季孫用之，乃盟臧氏，曰：『無或如臧孫紇，干國之紀，犯門斬關。』臧孫聞之，曰：『國有人焉。誰居？其孟椒乎！』（《左傳》襄公二十三年）

對右記「盟」之含意，杜注曰：「謂陳其罪惡，盟諸大夫，以爲戒」（襄公二十三年），「諸大夫共盟，以僑如爲戒」（成公十六年），即告誡人們以後不要犯同樣的罪惡，但這祇是事情的一個方面。臧孫紇的家人之所以有「其盟我乎」的担心，是因爲對於盟所指出的當事人來說，這是嚴厲的處分——一種刑罰。從「誓某」的絕交含意推論，這裏的「盟某」也有絕交的含意，所以被國人所盟的臧孫紇，以後就成了被禁止再回魯國的人，如此理解似無大舛。也可以說，魯國是按照先例對臧孫紇判了放逐刑。

文中作爲先例提及的東門遂和叔孫僑如的事例，大致如下：

東門遂（亦稱公子遂、襄仲、東門襄仲）在魯文公死後，殺掉正妃姜氏所生的兒子惡和視，擁立次妃敬嬴所生的宣公，並將反對他的叔仲（惠伯）殺害（《左傳》文公十八年）。東門遂於宣公八年死去（《左傳》宣公八年），其子公孫歸父（子家）得寵於宣公，出使晉國，企圖借助晉國削弱三桓勢力，以爲公室張威，就在這時宣公死了。於是三桓之首季文子等提及其先代襄仲「殺適立庶」之罪，「遂逐東門氏」。前面所說的盟，也許就是這時舉行的。子家哭過宣公，不能回國，就遑遑然出奔齊國了。（《左傳》宣公十八年）

叔孫僑如（宣伯）得寵於魯成公之母穆姜並與之私通，他通過穆姜之口向成公施加壓力，以圖排斥季文子、孟獻子們，不僅如此，在晉楚各自率領與國爭奪霸權的渦流中，他還向晉國進讒言，致使晉國把季文子抓了起來。子叔、聲伯出使晉國，以正言解救出季文子，並使晉魯復交。此後，魯國「出叔孫僑如而盟之」，僑如奔齊，其弟豹被從齊國接回，立爲叔孫氏的繼承人。（《左傳》成公十六年）

還有不少類似事例散見於《左傳》。如鄭國的良霄（伯有）酒亂橫暴，子皙以私兵伐之，伯有奔許，最後落得個被盟的下場：

癸卯……皆受盟於子皙氏，乙巳，鄭伯及其大夫盟於大宮，盟國人於師之梁之外，伯有聞鄭人之盟已也，怒。聞子皮之甲不與攻己也，喜，曰：「子皮與我矣。」

於是伯有從水門潛入城內攻打，但結果被打死在街市上（《左傳》襄公三十年）。這是追究出奔者而盟之，在這一點上，可以把它看作是與魯國盟滅孫紇同類的事例。還有，晉平公會諸侯於溴梁時：

晉侯與諸侯宴於溫，使諸大夫舞，曰：「歌詩必類。」齊高厚之詩不類。荀偃怒，且曰：「諸侯有異志矣。」使諸大夫盟高厚，高厚逃歸。（《左傳》襄公十六年）

這雖然是從宴席上排斥，而不是從一個國家放逐，但總能說明「盟」意味着絕交。而魯國陽虎作亂，大誅，逐公父獸及秦邈，皆奔齊。（《左傳》定公五年）則是用絕交性的誅盟作為驅逐政敵的手段。

《周禮》秋官司盟的職掌之一是：

盟萬民之犯命者，誅其不信者，亦如之。

這裏所說的盟、誅，與以上歷史事實中所見的誅、盟可以作同樣理解。（三〇）

先學已經論述過，從《書經》等古典中所見的「放」、「流」、「竄」、「殛」、「逐」等文字，可以推定上古時代存在過放逐刑。（三一）但如果聯繫以上所見的那種絕交誅盟的功能再加考察，那麼，似可以建立以下推斷：以「放」、「流」等文字所記故事的實態，就是因衆人的絕交誅盟而驅逐出國。例如《舜典》中的：

流共工於幽州，放驩兜於崇山，竄三苗於三危，殛鯀於羽山，四罪而天下咸服。

不能聯想為後世的流刑。後世的流刑，是統治天下的專制君主，把版圖內人民中的犯罪者，強制遣送遷移到同一版圖中的另一指定地點居住。上古的「放」、「流」，應看成是依據絕交之盟，把受到衆人一致非難的為惡者驅逐到共同體之外。如周厲王以王者之身遭流謫之災的事件，（三二）也應是根據衆人意願實施的放逐，以此為前提，這個故事也就不難理解了。

在這裏會自然地聯想到日耳曼法中的「和平喪失」（Friedlosigkeit），以及日本上古時代稱為

「神遣」的放逐形式。然而，前述《左傳》中所見的盟的後果，與和平喪失絕不相同。雖然被逐出本國，但被盟者並不陷入如鳥獸般任人殺戮的境地，他們出奔別國，在那裏通常會受到相當好的待遇。像被魯國所盟的叔孫僑如，在齊國得寵於靈公之母聲孟子，並與之私通，具有與卿爲伍的身分（《左傳》成公十六年），他的女兒還爲靈公所納而成爲景公之母（《左傳》襄公二十五年）。到晚年他又出奔衛國，在那裏也還保有與卿爲伍的身分（《左傳》成公十六年）。這也是因爲進入春秋時代以後，各國早已不是狹隘的封閉社會，以相同的禮爲基礎，貴族已成爲一個國際承認的身分階層。所以從一國出奔他國後，很容易做到保持原有身分不變。而且也不能忽視，隨着人智的開化，對盟咒魔力的原始迷信也已開始動搖，〔三〕在這樣的環境中，放逐自然祇能取得「夾生飯」式的效果了。也就是說，因盟而實施放逐的制度，到春秋時代已失去其本來意義。正因爲如此，認爲其起源極其古遠的觀點，可謂精到之說。〔四〕

太古時代，如果說林立的邑作爲政治經濟單位，各自處於封閉的共同體狀態之中，那麼可以想像，如果在那裏被衆人所盟，就確實具有和平喪失的效果了。春秋時代的絕交詛盟作爲其遺制，正如前引盟滅孫紇事件中所見的那樣，盟辭用「毋（無）或如（人名）（罪行）」固定句式書寫。這個「毋或如……」句式，當然含有告誡爲盟衆人的意思。但是需要注意，從本質上看，它是針對被盟者，表示將其棄絕的詛咒性語句。

三

衆所周知，上古中國刑罰體系的中心，是死刑與身體毀傷刑（肉刑），也就是所謂的五刑。《書經》與《周禮》中所見的五刑，是：墨（黥）、劓（割）、剕（刖）、宮（椓·剕）、大辟。《書》墨是刺青刑，劓是割鼻刑，剕是斬趾刑，宮是去勢刑，都是身體毀傷刑，大辟是死刑。但是身體毀傷刑不止以上四種，還有刵（割耳刑）等刑罰。《書》作爲文章修辭，「斧鉞」、「刀鋸」乃至「刀墨」等詞，都是刑罰的代稱。《書》「刑人」、「刑臣」、「刑餘之人」等詞，都是指拖着刑殘之軀苟度餘生的人（後述）。「婦人無刑」一語所指的「刑」，也是黥、刵等肉刑。《書》毀傷肉體，在上面留下特定的「形」（型），這不就是「刑」字的由來嗎？這個推論是能成立的。《元》《國語》載周內史過說，古先王敬神教民，定制度文物，但不順之民仍須臨之以刑罰：

猶有散遷解慢，而著在刑辟，流在裔土，於是乎有蠻夷之國、斧鉞刀墨之民。（《周語》上）

這段話舉出了刑罰的兩個大項，即肉刑與放逐。可以說反映了當時的實際情況。照此看來，放逐刑在古代時候具有很重要的地位，但隨着時代的推進，肉刑成了最主要的刑罰，春秋時代甚至有「屨賤踊貴」之譏，諷刺被處刑者太多而導致假腿漲價的現象（《左傳》昭公三年）。戰國時代開始出現勞役刑體系，〔四〕至漢文帝廢止肉刑，這是相當有名的故事。〔五〕其後雖常常出現肉刑復活論，〔六〕也有動用肉刑的偶發事例，還有過在制度上恢復斷趾刑的短暫時期，〔七〕但是作爲正規的永久性制度，肉刑沒有復活。〔八〕也就是說，在中國史上，肉刑是使上古時代自具特色的要素之一。

在上古刑罰中，還有鞭扑和贖刑。但是，與其把鞭扑稱爲刑罰，倒不如說它是一種懲戒性的制裁手段。關於贖刑，小島祐馬博士認爲，它原來帶有宗教的贖罪意味，後來是從國家財政的角度出發而繼續加以利用。^{〔四四〕}但是有關贖刑實例的資料極其缺乏，它的確切情況究竟如何，祇能說是尚未搞清。^{〔四五〕}此外，上古時代，還有將犯罪者本人及其眷屬沒爲奴隸的刑罰，^{〔四六〕}如下所述，把這個問題放到肉刑關係中去考察，是比較恰當的。

上古時代的所謂五刑，除了死刑以外，其餘都是肉刑。那麼，五刑之目的究竟是什麼，它又是從怎樣的 basic 觀念中產生出來的呢？中國上古肉刑顯然不以「同害刑」思想爲基礎，「反映刑」的因素也是少而模糊。^{〔四七〕}日本與歐洲的身體毀傷刑，是隨着封建制度的發達而盛行起來的，所以，正如牧健二博士指出，中國上古肉刑與它們是不同歷史階段上的事物。^{〔四八〕}

作爲解決這個問題的線索，先把注意力放到「毋或如……」句式上。這個句式，不僅放逐刑，在執行死刑時，也用它來對付受刑者。楚靈王（共王之子、名圍）稱霸伐吳，攻下吳邑朱方，並捕獲了從齊國出奔據守於此的慶封，^{〔四九〕}在殺戮慶封時演出了以下一幕：

將戮慶封，椒舉曰：「臣聞無瑕者可以戮人。慶封惟逆命，是以在此，其肯從於戮乎？播於諸侯，焉用之？」王弗聽，負之斧鉞，以徇於諸侯，使言曰：「無或如齊慶封弑其君，弱其孤，以盟其大夫。」慶封曰：「無或如楚共王之庶子圍弑其君兄之子麇而代之，以盟諸侯。」王使速殺之。（《左傳》昭公四年）