

分类号 _____ 密级 _____

UDC _____

学 位 论 文

秦 汉 法 律 与 社 会

于振波

指导教师姓名 林甘泉 研究员

中国社会科学院历史研究所

申请学位级别 博 士 专业名称 中国古代史

论文提交日期 1996.4 论文答辩日期 1996.5

学位授予单位和日期 中国社会科学院研究生院

答辩委员会主席

评阅人

1996年5月 日

内容提要

法律是社会的产物,不同时代的法律反映着不同的社会关系和社会观念。法律能否有效地发挥作用,受多种社会因素的制约。本文正是从这一意义上讨论秦汉时期法律与社会关系问题的。本文主要论点如下:

一、春秋以前,“设范立制”与“正刑定罪”分别属于“礼”和“刑”两个不同的范畴。春秋战国时期,随着社会的变革,各国逐渐颁布新的法令,这些法令往往兼有“设范立制”与“正刑定罪”的内容,已非传统的“礼”或“刑”所能包容,于是便采用“法”、“律”等新的名称加以区别。李悝的《法经》以及以此为基础的秦律,尽管其体例为后代法典树立了楷模,但其内容要达到完全以“正刑定罪”为主,则要到魏晋以后。秦律是在总结春秋战国时期各国法律成果的基础上,针对秦国的具体情况而制定的,并在实践中不断发展和完善,对秦的发展曾起到积极的推动作用。秦的灭亡,主要是最高统治者以个人意志代替法律,严重破坏法律秩序的结果,不能完全归咎于“秦法繁苛”或“纯任法术”。汉初基本沿用秦律,约法省刑的工作是从汉高祖至景帝期间渐次进行的,此后《九章律》已基本成为定本。汉代法律有律、令、科、比等形式。其中的律与令尚无“正罪名”与“存事制”之分,二者的法律效力也大体相等;科很可能是根据律、令的某些条款制定的细则,比在汉代法律中占有相当重要的地位。

二、在刑制上,春秋以前作为正刑的五刑在秦律中已与徒刑并列,肉刑在多数情况下与徒刑复合使用,而决定刑徒刑期的是徒刑而不是肉刑。肉刑与徒刑,一为通过残损人的肢体以惩罚犯人,一为通过苦役达到同一目的,二者性质不同,互相之间缺乏可比性,因此复合使用时也会出现很多问题。汉文帝改革刑制,废除肉刑,结束了先秦以来以墨、劓、剕、宫、大辟为主的传统的五刑体系,为隋唐以后以笞、杖、徒、流、死为主干的新的五刑体系的建立创造了条件;规定刑期,改变了在此以前刑徒自候、司寇至城旦春终身服刑的制度。这些措施大大促进了传统刑罚体系的革新,与繁苛的秦法相比无疑是一个进步。文帝以后,刑制方面又有所调整,只是限于材料不足,难以详考。

三、伦常观念并不是儒家的专利,不论是提倡“一断于法”的法家,还是以法家理论治国的秦汉统治者,都没有完全忽视家族伦常秩序,法家只是站在君主与国家的立场上,将家族伦常观念限制在一定范围内,使其完全服从于君主与国家的利益。汉代开始有目的地、自觉地以汉律中提倡伦常关系。儒家的“三纲”学说已体现在汉代法律之中,当然,法律的伦常化并不意味着儒家的伦常观念都能为法律所采纳,比如“三从”中的“夫死从子”在实际上有很大的局限性,恐怕仅限于母亲的社会、政治地位而言,不能推广到实际生活的各个方面。先秦秦汉时期的“三族”刑主要是针对犯人的父母、妻子、同产(兄弟、姊妹),而不是父族、母族、妻族。秦文公时“法初有三族之罪”与当时动辄夷灭整个家族的做法相比,株连的范围已有所缩小。汉文帝废除收孥法以后,收孥主要是针对宗室成员等有特殊身份的人犯有“大逆不道”之类重罪而采取的宽恤政策,对普通犯人已不再施用。

四、中国古代皇帝拥有最高的立法、司法和行政大权,自身却置于法律之外,即使君主的行为严重损害了统治阶级的整体利益,也没有相应的权力机构与法律加以制裁。秦汉法律对贵族、官僚的等级特权都加以规定与维护,相比而言,汉代法律对贵族、官僚的特权有更多的优待。为了缓和阶级矛盾,维护统治阶级的长治久安,法律对贵族、官僚利用职位之便欺压百姓的行为也予以治罪。秦汉时期的贱民除奴婢之外,还有根据职业划定的医、巫、商贾、百工等,但是

学位论文

秦汉法律与社会

于振波

指导教师姓名 林甘泉 研究员

中国社会科学院历史研究所

申请学位级别 博士 专业名称 中国古代史

论文提交日期 1996.4 论文答辩日期 1996.5

学位授予单位和日期 中国社会科学院研究生院

答辩委员会主席 杨向奎

评阅人 李振

由于这些职业在社会中的作用各不相同,因而其实际地位与法律规定的符合程度也有所不同。秦律对贫民持歧视态度,贫民中的赘婿、人貉、间左甚至沦落到贱民的地步,汉代则除了赘婿以外,贫民基本成为被抚恤的对象而不是被打击的目标。“引经决狱”是伴随汉代统治思想发生转变而出现的特殊现象,它既反映了儒家思想向法律的渗透,也表现了儒家思想在维护等级秩序方面对法律的补充,其在汉代的作用是积极的。

五、官吏是联系法律与社会的重要环节,吏治的好坏,直接关系到法律的实效,因此从战国到秦汉,随着官僚制度的确立与发展,吏治也越来越受到重视。“文法吏”是战国以来伴随官僚制度的建立而形成的一种官僚类型,其主要特点就是尊奉主上,研习法律并善于接受成命处理具体事务。“文无害”是文法吏的最高标准,意即执法平和,取事无误。酷吏虽然也主要出自文法吏,但并不属于文法吏的正常形态,官吏趋于苛刻的原因,就法律方面说,主要有三:首先,最高统治集团司法政策的变化,是导致吏治苛刻的直接原因;其次,法律繁芜,轻重不平,也为官吏苛刻创造了条件;第三,治吏之法的废弛不仅会导致酷吏滥用刑罚,更会导致整个官僚机器的腐败。

目 录

第一章 秦汉法律的沿革 (1)

第一节 先秦时期的“刑”、“法”、“律” (1)

一 “刑” (1)

二 “法” (1)

三 “律” (2)

第二节 秦律与春秋战国时期诸国法律的关系 (3)

一 秦律与《周礼》 (4)

二 秦律与六国法律 (5)

第三节 乱法亡秦 (5)

第四节 《九章律》之沿革 (7)

一 “三章之法,不足以御奸” (7)

二 萧何《九章律》与秦律的关系 (8)

三 《九章律》内容的变动情况 (11)

四 关于《九章律》的篇目 (12)

第五节 律、令、科、比 (16)

一 律 (16)

二 令 (17)

三 科 (18)

四 比 (18)

第二章 秦汉刑制的演变 (20)

第一节 先秦刑制蠹测 (20)

第二节 秦律中之肉刑与徒刑的关系 (22)

第三节 汉代刑制的变化 (26)

一 肉刑废除以后的徒刑等级 (26)

二 “无任”与“五任” (29)

第三章 秦汉法律的伦常化 (31)

第一节 法家的伦常观念与秦律中的伦常秩序 (31)

一 法家的伦常观念 (31)

二 秦律中的伦常秩序 (32)

第二节 汉代法律的伦理化	(37)
一 “三纲”在汉代法律中的反映	(38)
二 家族关系与株连	(40)
第四章 秦汉法律与社会等级	(45)
第一节 皇权与法律	(45)
第二节 社会等级与法律秩序	(50)
一 贵族与官僚的法定特权	(50)
二 法律与平民的权益	(52)
三 贱民身份的法律规定	(53)
第三节 “引经决狱”的实质与作用	(58)
第五章 秦汉法律与吏治	(62)
第一节 法律对官吏的制约	(62)
第二节 秦汉时期的“文法吏”	(68)
一 “文法吏”的含义	(68)
二 “文法吏”产生的条件	(70)
三 “文法吏”与酷吏	(71)
后记	(73)

第一章 秦汉法律的沿革

第一节 先秦时期的“刑”、“法”、“律”

中国古代法典的名称,大体经历了“刑”、“法”和“律”三个阶段。法典的内容与名称之间究竟存在着什么关系?对此学术界有许多争议。一些学者从文献学、训诂学等不同角度对这些问题加以探讨,提出不少精辟见解。这里主要从传世文献中提到的和经考古发现的法典本身入手,谈一谈自己的看法。

一、“刑”

中国古代最早的法典称“刑”与“刑书”。《左传昭公六年》:“夏有乱政,而作《禹刑》;商有乱政,而作《汤刑》;周有乱政,而作《九刑》。”夏、商时期是否有刑书,由于文献不足,已无从考证;《九刑》在《左传》、《逸周书》等先秦典籍中都曾提到,很可能存在于西周。《左传文公十八年》还有关于《九刑》内容的记述,出自太史克之口:“《周公》作《誓命》曰:‘戮则为贼,掩蔽为藏,窃贼为盗,盗器为奸。主藏之名,赖奸之用,为大凶德,有常无赦,在《九刑》不忘。’”这里所谈的全是正刑定罪方面的内容。

《尚书》中有《吕刑》一篇,郭沫若认为是春秋时期的作品,《吕刑》是当时吕国的刑书。^①《尚书·吕刑》所涉及的内容,主要是刑罚的种类、使用刑罚的原则和一些司法制度,说明《吕刑》是一部刑法典。

《左传昭公六年》子产铸刑书,叔向批评说:“民知争端矣,将弃礼而征于书。”叔向把刑书视为与礼不相容的东西,并将其与“乱政”、“贿赂”等相提并论,说明子产的刑书是刑法典。此后邓析的《竹刑》是对子产刑书的进一步完善,并未改变其刑法典的性质。

《左传昭公二十九年》晋国铸刑鼎,“铸范宣子所为刑书焉”。孔子认为:“宣子之刑,夷之也。”所谓“夷之也”的历史内容见《左传文公六年》:赵盾为中军主帥,始执国政,“制事典,正法罪,辟群刑,董通逃,由质要,治旧章,本铁礼,续常典,出滯冤,既成,以授大傅阳子与大师贾佗,使行诸晋国,以为常法”,范宣子之所以称“刑书”而不是“法”,恐怕主要是因为范宣子只取“常法”中有关刑狱方面的内容加以修订,而不是全部。

上述例证说明中国古代以“刑”命名的法典,都是刑法典。

二、“法”

晋国赵盾制定的“常法”,不仅有正刑定罪方面的内容,还有改良政治、选拔人才、维护礼制等方面的内容,这后一部分内容是刑书所不具备的。

在赵盾之前,晋文公曾“作执秩之官,为被庐之法”,杜预注:“(鲁)僖二十七年,文公被庐,修唐叔之法。”^②“被庐”是古代带有军事检阅性质的一种礼仪活动,借以顺少长、明贵贱,因

① 《郭沫若全集·历史编》第一卷,人民出版社1982年版第172页。

② 《晋》杜预《春秋经传集解》,上海古籍出版社1988年版第1582页。

比“被庐之法”主要是强调礼制、维护尊卑等级。

银雀山汉简的出土,使我们有机会了解战国时期齐国法律的部分内容。①从这批竹简中可知,齐国法律也以“法”命名,如《守法》、《库法》、《市法》、《田法》等等。这些“法”有科罪量刑的内容,最典型的就是“公人”制度。如《田法》:“卒岁田入少入五十斗者,□之;卒岁少入百斗者,罚为公人一岁;卒岁少入二百斗者,罚为公人二岁;出之岁□□□□□者,以为公人终身;卒岁少入三百斗者,戮刑以为公人。”有罪有罚,罪罚相应。另一方面,齐法中存在大量设备立制的内容,如《守法》中关于城郭的规模,各种器物及兵力的配置的规定,《库法》中关于器物的保管、出纳的规定,《市法》中关于“市”的管理制度的规定,等等,都不属于刑狱方面的内容。

《说文解字·邑部》:“法,刑也。平之如水,从水;去,所以勉不直者去之,从去。”这只是就“法”的本义而言,春秋战国时期实际存在的“法”,其内容已大大丰富了,绝不仅限于《说文》一义。

春秋以前,“设范立制”与“正刑定罪”基本分属于礼与刑两个不同的范畴。春秋战国时期,随着社会急剧变革,各国统治者不得不改良旧制,创立新制。这些新创立的制度由于很难从传统的礼中找到根据,不可能挂在礼的名下。“刑”作为以科罪定刑为宗旨的法典名称由来已久,直到春秋战国时期这一用法仍在继续,其“罪罪”一词在人们头脑中已根深蒂固,因而也不可能包容“设范立制”的内容。“法”字产生以后,用法逐渐增多。《尚书·大诰》有“若考作室既民,族于千弗肯堂,则肯构?”一语,“法”指为建造房屋而设计的格式。正是在这一意义上,“法”不仅表示刑罚,也可表示规范、制度、法则等等。战国时期兴起的法家以倡导变法而著称,而变法就是“变先王之法”——不仅要变先王之刑制,也要变先王之礼制。法家正是从广义上使用“法”这一术语的,其实孔子在批评晋国刑鼎时所提到的“康叔之法度”和“被庐之法”,用的也是广义的“法”。②明乎此,则春秋战国时期将“设范立制”与“正刑定罪”的内容统归于“法”,肯定以法命名的法典就不难理解了。

战国时期,随着变法运动的深入开展,各国颁布的法令,既有制度、规范方面的,也有科刑罚罪方面的,而且许多法令有赏有罚。在此基础上修订的法典,传统的礼与刑都足以体现其内容。本着名实相符的原则,或沿称春秋以来的“法”(如魏《法经》、银雀山竹简《齐法》),或称“宪”(如魏《大府之宪》、楚《宪令》),或称“符”(如韩国行用申不害之《三符》、之刑即其中之一),或称“律”(如赵《国律》、“秦律”),恐怕主要是为了避免沿用“法”之名而引起误会,不得不如此。③

三、“律”

赵国的《国律》,见于《韩非子·饰邪》,但语焉不详,无从考证。
睡虎地秦墓竹简保存了许多秦律条文,其中大部分条文是属于刑法方面的,对此无需多言。需要注意的是,秦律中还有相当数量其他方面的条文。《秦律十八种》中的《田律》就有农业丰欠汇报制度,《仓律》的征收制度的规定,四川青川木牍有秦“更修为田律”一条,详细规定了耕地的宣制、阡陌的规格形制和修路规格方面的内容。④《传食律》是关于罪供供伙食的

法律,秦简中保存的三条律文,都是根据“使者”的身份而供给不同规格伙食待遇的规定。此外,秦律中还有关于赏罚的规定,如《苑律》规定对耕牛饲养状况定期加以评比,被评为“最”的,“赐田亩六亩(酒)束脯,为旱(皂)者除一更,赐牛长日三旬”。⑤再如,《法律答问》:“耐罪以上,购加捕它罪人。”⑥说明对捉拿犯罪者予以奖赏也是秦律的重要内容之一。

通过上述分析,可以说,以“律”命名的秦法典与春秋战国时期以“法”命名的各国法典之间,并没有多少差别。李悝的《法经》就其体例而言,包括《盗》、《贼》、《囚》、《捕》、《杂》、《具》六个部分,很像一部刑法典。但由于秦律脱胎于《法经》,其设范立制与奖励农耕、奖励捕盗等内容,《法经》中应该也有。李悝的“尽地力之教”、“平斗”以及一系列赏罚必罚的措施,也应在《法经》中有所反映。因此,虽然《法经》和秦律的体例为后代法典树立了楷模,但其内容要达到完全以“正刑定罪”为主,还需要一个很长的发展历程。

“律”长期用于指音律,而音律是要求与度量衡一样精确严密的。“律”也很早就与“法”有联系。《左传宣公十二年》“师出以律”杜预注:“律,法。”《左传哀公十六年》“尼父,无自律”杜预注:“律,法也。言丧臣父无以自为法。”因此,强调“明法”主张赏罚必罚的法家,一方面为了与传统的礼、刑相区别,一方面也希望法律能象音律一样精确严密而为人们所遵奉,于是便以“律”名“法”。商鞅改法为律,也只能从这一意义上理解,实不能过份夸大。正因为商鞅改法为律并无深义,所以才被当时人所忽略,以后也很少被人提起,只是到了唐代,才偶尔有人提及。⑦

杜预注《律》曰:“律以正罪名,令以存事制。”⑧《唐六经》曰:“凡事以正刑定罪,令以设范立制。”⑨有些学者往往以此为立论根据,认为战国、秦时之律也是刑法典,这并不符合实际。法和律是春秋战国时期随着社会的变革而出现的新的法律形式,既“正罪名”又“存事制”,既罚过也奖励,具有很大的综合性,而且法与律在当时并无严格区别。汉律中仍然保存了设范立制的内容。⑩律发展完全以“正刑定罪”为主的刑法典应在魏晋以后。

第二节 秦律与春秋战国时期诸国法律的关系

“在社会进一步发展的进程中,法律便发展成或多或少广泛的立法。这种立法愈复杂,它的表现方式也就愈不同于社会日常生活条件所借以表现的方式。立法就显得好像是一个独立的因素,这个因素并不是从经济关系中来,而是从自己的内在基础中例如从‘意识形态’中,获得存在的理由和继续发展的根据。”⑪ 尽管由于社会的急剧变化,战国时期的法律已比春秋时期有更多的内容,具有不同的性质,但法律本身的规律决定了,不论从内容还是形式,它都无法与春秋时期的法律完全割裂开来。清末著名法学家沈家本在其《汉律摭遗自序》中说:“自商鞅变法相秦孝公而秦以强,秦人世守其法,是秦先世所用者,商鞅之法也。始皇并天下,专任刑法,以刻削仁恩和义为宗旨,而未尽秦先世之法,是始皇之所用者,亦商鞅之法也。秦之受李悝、慎之律,慎次诸国,岂遂无三代先王之法存于其中者乎? 秦之受李悝、慎之律,慎次诸国,岂遂无三代先王之法存于其中者乎? 秦之受李悝、慎之律,慎次诸国,岂遂无三代先王之法存于其中者乎?”

① 《睡虎地秦墓竹简》(平装本),文物出版社1978年版第30页。以后引用此书简称《睡简》。
② 《睡简》第211页。
③ 《唐律疏议·名例疏》。
④ 《太平御览》卷六三八《刑法部》四。
⑤ 《唐六典》卷六《刑部》。
⑥ 参考《清沈家本《历代刑法考》,中华书局1985年版第1376—1377页;程树德《九朝律考·汉律考》,中华书局1988年版本同页。
⑦ 恩格斯《论住宅问题》,《马克思恩格斯》第二卷第539页。

① 《银雀山竹书《守法》、《守令》等十三篇》,《文物》1985年第4期。
② 《左传昭公二十九年》。
③ 参见《明》董说著,穆文远补订《七国考订补》卷十二,上海古籍出版社1987年版。
④ 《于豪亮学术文存》之《释青川秦木牍》,《中华书局》1985年版第163—166页。

法,二男分异之法,未利息灾收辜之法,余仍惶法也。然而商鞅之法,岂遂无三代先王之法存于其中者乎? 迨李斯创焚书之议,故偶语《诗》、《书》者弃市,是古今者族,法之烦苛,莫此为甚。其后复行督责之令,民不堪命,而秦以亡,非尽由商鞅之法,“^①沈氏这一论断的精确之处在于,他把秦律与“三代”、六国的法律联系起来,以历史的眼光重新加以审视,这对于正确认识和估价秦律在中国历史上的地位和作用,无疑具有重要意义。

秦律不仅继承了西周、春秋以来的法律并加以改造,而且与六国法律互相借鉴、互相影响。唯其如此,秦律才能推陈出新,更系统也更周密。关于这一问题,张劲在其所著《秦律通论》之“秦律的刑罚体系”等章节中已做了不少考证,其结论大都言之有据,本文限于篇幅,就不加引述了。这里仅就某些问题谈一谈自己的看法。

一、秦律与《周礼》

《周礼》成书较晚,秦之立法者未必得以观览。按说秦律与《周礼》本来谈不上有什么关系。但是《周礼》中保存了不少先秦时期的法律史料,我们可以通过《周礼》中的材料探讨一下秦律与先秦法律的关系。

《周礼》的成书年代在此暂且不论,《周礼》内容所反映的时代则需要加以分析。本文认为《周礼》的记述大体反映了春秋时期的历史情况。首先,《周礼》之“六官”体系有别于西周而更接近于春秋时期的官制。陈汉平曾利用《礼记》、《国语》和《论语》等较为可信的史籍,证明春秋时期“官制中与六官相应之官名大同小异”。他本想以此推论:“诸侯国既有六官之制,则周王室亦当有六官之制。”^②实际上他的论据恰恰证明“六官”是春秋列国的官制,而与西周官制未必相同。据张亚初、刘雨考证,在《周礼》中身为六卿之一的司寇,在甲骨卜辞和西周早期金文中,均不见踪迹。西周中晚期金文中虽出现司寇,其取司也不甚明确。更重要的是,金文中的司寇是司空的属官,二者地位并不平等。讯讼罚的不一定是司寇,其他大大小小的职官都可以受理讼罚之事。^③战国时期,司寇的职权又大都为新出现的职官所取代。^④因此,完整的“六官”只存在于春秋时期。第二,春秋末年已经有了铁的记载,牛耕也开始推广,而《周礼》一无铁器,二无牛耕,说明它反映的时代不会太晚。^⑤第三,《周礼》所记述的井田制度、乡遂制度自春秋后期以降,即不断遭到破坏。尽管《周礼》中夹杂有阴阳五行等战国时期的思想,但就其所讲述的制度而言,大体上反映了春秋时期的情况。由此推断,《周礼》中的法律制度也不会例外。

《周礼》中的刑罚制度,尤其是其中的“五刑”,已基本为秦律所继承,但施行的原则有了很大变化,使刑发展得更周密,法律指导思想也发生了变动,其演进的轨迹尚可大略得知,对此我们将在以后进一步讨论^⑥。这里仅举一例,《左传定公六年》有“胥靡”一词,是周的一个地名。战国诸子经常提到“胥靡”,主要是指刑徒。吴荣曾详细考察了胥靡与《周礼》中的“罢民”的关系。^⑦实则“胥靡”、“圜土罢民”与齐之“公人”都是刑徒,只是称呼不同罢了。周地胥靡很可能象《周礼》中的圜土一样曾关押、役使过刑徒,因而得名。《左传襄公二十三年》“罢拘束也,著于丹

书”杜预注:“盖犯罪没为官奴,以丹书其罪。”这些零星的资料说明刑徒制并不始自战国,《周礼》中的材料并非无稽。

二、秦律与六国法律

战国时期各国法律,都是由西周、春秋法律发展演变而来,而且各国之间也互相影响、互相借鉴。商鞅之法以李悝《法经》为蓝本,此后魏国的法律仍然不断地影响着秦律。睡虎地秦简中尚保存两条“数律”,分别是“魏户律”和“魏奔命律”,整理小组认为简文中的“廿五年应为魏安王二十五年(公元前252年)”^①。此时距商鞅变法已过去了一个世纪,而魏律仍然受到秦统治者的重视。

就目前所见材料而言,战国诸侯早已各自独立,纷争不已,但是彼此的法律制度仍有诸多相近之处。这不仅在传统的五刑仍为各国所沿用,更表现在徒刑及徒刑与肉刑的关系等方面。张家山汉简《秦律书》之二十为我们提供了鲁国法律的一些情况:“异时鲁法,盗一钱到廿,罚金一两;过廿到百,罚金二两;过百到二百,为白徒;过二百到千,完为倡。有(又)曰:诸以是官事地其上者,以白徒罪论之;有白徒罪二者,驾(加)其最一等。白徒者,当今隶臣妾;倡,当城旦。”^②汉初基本沿袭秦律,鲁法中之白徒、倡分别相当于秦律之隶臣妾、城旦,二者有很大的可比性,说明二者在刑制上有很多的共同性。秦律中既有终身服刑而又分不同等级的城旦舂、鬼薪白粲、隶臣妾、司寇、候,又有有服期期限的笞徙、笞居边、笞戌等等,齐国的“公人”制度也与此相似。根据银雀山汉简,齐之“公人”有三日、一岁、二岁、终身和“戮刑以为公人”等不同等级,有期、无期徒刑与肉刑互相衔接,其严重程度恐怕不亚于秦律。^③

当然,由于各国历史条件的不同,其法律制度也不尽相同。鲁法与秦律在刑名上虽可以找到对应关系,但量刑标准却不相同。秦律盗百一十钱以上附为隶臣,六百六十钱以上赎为城旦,^④而鲁法盗“过二百到千,完为倡”,较秦律为轻。秦律通过劳动强度的大小来区分终身囚徒的刑等,齐国的“公人”制度好象不是这样。由于史料的缺乏,对于秦律与六国法律的关系,目前很难做进一步的探讨,但是可以肯定,秦律没有也不可能与先秦法律完全决裂,它在发展过程中也随时注意吸收各国法律的成果,因而有力支持了秦国的统一事业。

第三节 乱法亡秦

商鞅变法使秦国走上了富强的道路,使之由西陲之“夷狄”而成为中原之霸主。商君死后,其法未败。可以说,商君之法与法家学说对秦国社会各个方面所起的作用是巨大的,成效是显著的。

然而,秦统一六国以后,仅仅维持了十五年的统治,就被陈胜、吴广领导的农民起义推翻。秦王朝的迅速覆亡,给后世留下了极其深刻的印象。贾谊把秦朝短折的原因归纳为“仁义不施”、“繁刑严诛”与“赋敛无度”,这代表了汉代大多数士大夫的意见。^⑤早在秦统一六国前夕,荀子在赞扬秦国“四世有胜,非幸也,数也”的同时,也以“无儒”而讥之,认为“县之以王者之

① 沈家本《历代刑律考》第1365页。

② 陈汉平《西周官制制度研究》,李林出版社1986年版第170—171页。

③ 张亚初、刘雨《西周金文官制研究》中华书局1986年版第24—25页。

④ 参考缪文《七国考订补》卷十二。

⑤ 参考向燕《从〈周礼〉推论中国古代社会发展的不平衡性》,《绎史学术文集》上海人民出版社1983年版第27—28页。

⑥ 见第二章第一节、第二节。

⑦ 吴荣曾《胥靡试探》,《中国史研究》1980年第3期。

① 《睡简》第293页。

② 《江陵张家山汉简〈秦律书〉释文(二)》,《文物》1995年第3期。

③ 《银雀山竹书〈守法〉、〈守令〉等十三篇》,《文物》1985年第4期。

④ 《睡简》第165—166页。

⑤ 《史记·秦始皇本纪》,中华书局1982年版第282—284页。

功名，则偶偶然不及远矣”。^①荀子的话不幸而言中。这样，法家学说已不适合统一以后的秦王朝，而秦王朝不知改弦易辙，因而导致覆亡，这种观点至今在学术界仍然有很大影响。

应该说，“仁义不施”、“繁刑严诛”与“赋敛无度”都在很大程度上反映了秦朝历史的实际情况。但是把秦统治者的这些暴行简单归结于法家学说极端化，未免过于武断。汉代以后，儒家学说开始成为官方的指导思想，可不施仁义、横征暴敛、滥杀无辜的昏君、苛吏仍然史不绝书，这又该归咎于哪种学说？具体的史实告诉我们，统一以后的秦王朝，随着形势的变化，其政治指导思想开始偏离原来的法家路线，正常的法律秩序与社会秩序遭到严重破坏，这才是秦朝速亡的真正原因。

在秦国的历史上，那些有作为的君主，无不把求贤与强国当作其治理国家的首要任务。最著名的如秦孝公的“求贤令”、“诸侯卑秦，丑莫大焉……寡人思念先君之意，常痛于心。宾客群臣有能出奇计强秦者，吾且尊官，与之分土。”^②其求贤之心，强国之志，跃然纸上。巨大的军事胜利，冲昏了统治集团的头脑，作为最高统治者的秦始皇，更是忘乎所以，逐渐把注意力转向个人享乐方面，修阿房宫，建骊山陵，四处巡游，求仙无度。秦二世则赤裸裸地宣称：“夫人生居世间也，譬犹骋六骥过决隙也。吾既已临天下矣，欲悉耳目之所好，穷心志之所乐，以安余庙而乐万姓，长有天下，终吾年寿，其道可乎？”^③统治者对个人享乐的追求，使秦原先的国策发生了根本性的变化。

法家本来主张刑、赏并用的，不论是早期的李悝、吴起，还是后来的商鞅，都不曾放弃奖赏而只强调严刑酷法。秦律中就有奖、罚两方面的条文（如《苑廋事》及《法律答问》中的某些条文），也不是只讲严刑严诛，可是李斯为避寇位而迎合秦二世，却提出了“督责之术”，全盘主张君主独裁与严刑峻法，认为这样可以“灭仁义之途，掩驰说之口，烈烈士之行，塞聪暗之明，内独视听，故外不可倾以仁义烈士之行，而内不可夺以谏说忿争之辩，故能暴然独行恣睢之心而莫之敢逆”。^④这既不符合法家的一贯精神，也违背了秦律本身的原则。王夫之曾痛斥“督责之术”，认为“尽古今概贤不肖，有忍言此者”。^⑤

从现存秦律条文看，《田律》中有关于田赋的征收标准：“顷入自三石，至二石。”^⑥据此推知，其他赋税当也有固定的征收标准。秦朝的横征暴敛本身就是在破坏而不是强化法制。始皇死后，二世复作阿房宫，“尽征其材士，五万人为屯卫咸阳，令教射狗马禽兽。当食者多，度不足，下调郡县转输粟食盐，皆令自资粮食，咸阳三百里内不得食其谷，用法益刻深”。^⑦这仅仅是百姓所受压榨的一个侧面而已。

秦律本身确实贯彻了法家的“轻罪重刑”原则，但“重刑”是有严格标准的，对于轻罪重判或重罪轻判的“不直”之罪都要加以惩罚。^⑧《史记·秦始皇本纪》三十四年，治狱吏不直者，筑长城及南越地，说明秦始皇时期尚比较注意严格执法。秦二世以阴谋手段登上皇位，时刻担心“大臣不敬，民吏尚强，及诸公子必与我争，为之奈何”？于是在赵高等人的怂恿下，“乃行诛大臣及诸公子，以罪过连逮少近官三郎，无得立者，而六公子戮死于杜”。我们已无从考证这些人

①《荀子·强国》。

②《史记·秦本纪》第202页。

③《史记·李斯列传》第2552页。

④《史记·李斯列传》第2557页。

⑤王夫之《读通论》卷一，《能山全书》第十册，岳麓书社1988年版第71页。

⑥《睡简》第28页。

⑦《史记·秦始皇本纪》第269页。

⑧《睡简》第191页。

被杀的罪名如何，但公子将闾昆弟三人被害事件却足以证明此时秦刑罚之滥；二世以“不臣”之罪名派人逼迫将闾昆弟自杀，将闾据理力争，申述自己无辜，使者曰：“臣不得与谋，奉书从事。”将闾昆弟三人被迫饮剑自杀。^①“不臣”之罪，罪属莫须有，将闾昆弟以公子身份却在动难逃，其他如扶苏、蒙恬、蒙毅、冯去疾、冯劫等等，也无不含冤而死。最后，连大倡“督责之术”的李斯，也被“具五刑，夷三族”。贵族、大臣尚且受到非法之迫害，普通百姓就可想而知了。

有功者赏，有罪者罚，赏罚并用，这是法家的一贯主张，也是秦国国力不断强盛的法律保障。秦二世弃此不顾，而实行“贱者贵之，贫者富之”的政策，^②不问被重用者的功劳与政绩，其用意无非是为了培养、提拔一批专制君主的忠实奴才。

虽然承认专制君主的意志就是法令，但君主的个人意志有很大随意性，与比较稳定的法律条文毕竟不能等同。本文正是从这一意义上论述秦统治者破坏法律的行为的。统治者的荒淫无度，加重了百姓的负担；法律秩序的破坏，增加了政治的黑暗；滥杀无辜，残民以逞，不仅加剧了阶级矛盾，也使统治集团内部人人自危，苟且偷安，全国已变成秦王朝的监狱，全体臣民已变成几个政治寡头的囚徒。正是在这种情况下，爆发了陈胜、吴广领导的农民起义。因此，秦之暴亡，既不能归咎于法家学说，也不能完全归咎于已暴发了二百多年的秦律，而是正常的法律制度受到严重破坏的必然结果。李斯直至死到临头才幡然醒悟：“凡古圣王，饮食有节，车器有数，宫室有度，出令选事，加费而有益于民利者，故能长久治安。今行逆于昆弟，不顾其咎，侵杀忠臣，不思其殃，大为宫室，厚赋天下，不爱其费；三者已行，天下不听。”^③

第四节 《九章律》之沿革

一、“三章之法，不足以御奸”

《史记·高祖本纪》汉元年十月，沛公刘邦举兵入关，“与父老约，法三章耳：杀人者死，伤人及盗抵罪，余悉除去秦法”。此后言高祖“德政”者，无不及此；研究汉代法律，也无不始自“三章之法”。那么，“三章之法”的实际情况究竟如何？

《史记会注考证》引梁玉绳曰：“《汉书·刑法志》曰：汉兴，约法三章，网漏吞舟之鱼，然其大辟尚有夷三族之令。又考惠帝四年始除挟书律；目后元年始除三族罪、妖言令；文帝元年始除收孥相坐律令，二年始除诽谤律，十三年除肉刑。然则秦法未尝悉除，三章徒为虚语，《续古今考》所谓‘一时姑为大言以慰民也’，盖三章不足兼好，萧何为相，采秦法，作律九章，疑此等皆在九章之内，史公只载入关初约耳。”梁氏之意以为“三族”、“妖言”、“收孥”等秦法都在《九章律》内，并不象刘邦所说的“余悉除去秦法”，因此，三章之法只是刘邦入关之初的临时性措施。

其实即使在入关之初，三章之法也没得到贯彻执行。刘邦接受子婴之降以后，便还军霸上，秦“诸吏皆蒙赏加放”^①，几乎是原封保留了秦朝在关中的司法、行政机构及其官吏，采取的是一种安抚的政策。在这种情况下，能否贯彻三章之法，本身就很成问题。而且，刘邦本人也没严格遵守三章之法。如刘邦在鸿门宴上得知其部下左司马曹无伤要投秦项羽而挑拨他与项羽

①《史记·秦始皇本纪》第268页。

②《史记·秦始皇本纪》第268页。

③《史记·李斯列传》第2560页。

④《史记·高祖本纪》第362页。

以为后,同居,而擅杀之,当弃市。”^①即以弟之子为后嗣,而擅自将他杀死,要被处以弃市之刑。秦律又规定“擅杀子,戮为城旦春”,^②那么,擅杀弟之子大概相当于“贼杀人”。

《法律答问》:“甲谋遣乙盗杀人,受分十钱,问乙高未盈六尺,甲可(何)论?当^③。”乙身高不足六尺,不到法定责任身高,属于刑罚减免对象;“^④”是一种比弃市更重的酷刑。甲唆使乙从事盗杀他人的犯罪活动,比单纯的“谋贼人杀人”情节更为恶劣,因而处罚也更重。《法律答问》中又有:“甲谋遣乙盗,一日,乙且往盗,未到,得,皆赎黥。”^⑤可见同谋即同坐,这与汉初法律并没有什么差别。

秦律对“纵囚”的解释是:“当论而端弗论,及徇其狱,端令不致,论出之,是谓纵囚。”^⑥而秦献书的案情是:新郿县长信授意^⑦长苍等人贼杀狱吏武,被公案亭长丙与发弩贲抓获。丙、贲得知苍等系害苍是信的旨意后,就把苍等人放走了。结果,丙、贲以纵囚罪与杀人者同处弃市之刑。从案情看,汉初“纵囚”罪名的成立与秦律是相同的。秦律有“将上不仁邑里者而纵之,可(何)论?当^⑧”作如其所纵,以须其得;有爵,作官府”的规定,^⑨根据这条律文,所纵之人因被抓到以后,纵囚之人可以获释,这或许因为“不仁邑里者”所犯非死罪,所以才对纵囚之人有这种判决。总之“纵囚与同罪”这一法律原则在秦与汉初都得到了遵循。

6.《秦献书》之十四“令曰:诸无名数者,皆令自占书名数,令到县道官,盈卅日不自占书名数,皆耐为隶臣妾,勿令以爵,赏免,舍匿者与同罪。”

这条法令很可能是根据高祖五年的诏书而制定的。《汉书·高帝纪》:“民前或相蒙保山泽,不出书数,今天下已定,令各归其县,复故爵田宅,吏以文法教训辨告,勿笞辱。”根据这个诏书而制定的法令是很严厉的,绝非仅仅为了保护逃亡地主的利益,其实质是要把逃亡者重新纳入户籍,以保证国家的赋役来源。秦代也同样重视户籍,如《法律答问》:“可(何)谓匿户及敖童弗傅?匿户弗^⑩使,弗令出户^⑪之谓^⑫也。”^⑬

《史记·商君列传》:“匿奸与降敌同罪。”《法律答问》有“内(纳)奸,赎耐”,^⑭《史记·秦始皇本纪》:“吏见知不举者,与同罪。”“舍匿与同罪”与此近似。之所以规定勿令以爵,赏免,是因为隶臣妾在秦律中可以以爵,赏免,^⑮而且可能也为汉初法律所沿用,于是在此做特别规定以加重对隐藏逃亡者的惩罚。

这条法令属于“令”,不在《九章律》中,但是它在刑名、罪名及科罪量刑的原则等方面仍然与秦律相符,这也从一个侧面反映了汉初《九章律》与秦律的关系是非常密切的。

7. 此外,四川青川木牍有秦武王二年“更修为田律”的诏令,而张家山汉简也有这样一条律文,自“田广一步”至“而有险阻不可行,辄为之”,与青川木牍基本相同,只是在下面增加了“乡部主邑中道,主田田”一句,这可能就是萧何所增的实例。^⑯而汉初《秦献书》大量抄录秦

时案例,也说明汉初法律承袭秦律这一事实。^⑰

按《晋书·刑法志》的记述,《九章律》是在秦律六篇的基础上,又增加了《户》、《兴》、《厩》三篇而成,可事实上诸如户籍、徭役、规范等方面的内容在秦律中早已有之。因此,萧何很可能根据情况对秦律的篇章有所调整,对某些条文有所删补,而基本上则沿用了秦律。秦的灭亡,是由于最高统治者的随心所欲,破坏了传统的法律,因此不应该完全归咎于秦法繁苛。秦律是在总结关东各国法律的基础上,针对秦国的具体情况而制定的,并在长期实践中不断发展和完善,不应因为秦的短促而一概否定。“据摭秦法”而成的《九章律》之所以在西汉前期能起到良好的作用,一方面是由于统治者实行休养生息,无为而治的政策,轻徭薄赋,爱惜民力,忧民政策少了,百姓触犯禁令的机会也就随之减少,另一方面,为了避免蹈亡秦之辙,汉初统治者比较能够知人善任,各级官吏也都能守法奉公。史书中著名的例子如萧何、张敖等,张家山汉简证明,秦献制度并不始自汉初,早在秦时就已存在了,高祖、景帝之所以又三令五申加以强调,正体现了汉初统治者重视依法办事的精神。

总之,萧何制定《九章律》,作为一个重要的历史事件,其意义就在于,它重新恢复了一度遭到践踏的法律的地位,改变了秦朝末年有法不依的混乱局面。至于《九章律》的修改,那是在萧何以后逐渐进行的。

三、《九章律》内容的变动情况

萧何《九章律》,并未尽除秦之苛法,扫除繁苛的工作一直持续到文、景时期。在此期间最重要的改革应提到文帝时期的废除肉刑和规定徒刑刑期以及废除笞法,肉刑的废除,结束了先秦以来以墨、劓、剕、宫、大辟为主的传统的“五刑”体系,为隋唐以后笞、杖、徒、流、死为主的新的“五刑”体系的建立创造了条件;徒刑刑期的确定,改变了在此以前刑徒终身服刑的制度;废除笞法则大大限制了家族连坐的范围,这些措施大大促进了传统刑罚体系的革新,与繁苛的秦法相比无疑是一个进步。

然而,汉初在法律方面的“仁政”,有些并未贯彻始终。例如吕后元年和文帝二年先后两次下诏,废除妖言、诽谤之罪。^⑱可是终两汉之世以诽谤、妖言获罪者,史不绝书。如昭帝时酷吏桑羊“安设妖言惑众,大逆不道,皆伏诛”;^⑲宣帝时,严延年“坐怨望非谤政治,不道,弃市”;^⑳哀帝除“诽谤低毁之法”;^㉑章帝元和元年诏“诸以前妖言禁禁者,一切蠲除之”;^㉒安帝永初四年“诏自建初以来,诸妖言它过坐徙边者,各归本部,其没入官为奴婢者,免为庶人”;^㉓再如,高后元年底已除“三族罪”,而律文中仍有“大逆不道,父母妻子同产皆弃市”的规定。^㉔考诸史实,文帝后元元年新垣平被夷三族,^㉕晁错、李陵亦被此刑,^㉖东汉元章董卓、董承、伏完等,功辄族诛。凡此种种,都说明三族之刑也没有完全废除。

① 《睡简》第181—182页。

② 《睡简》第181页。

③ 《睡简》第180页。

④ 《睡简》第182页。

⑤ 《睡简》第191页。

⑥ 《睡简》第178页。

⑦ 《睡简》第222页。

⑧ 《睡简》第179页。

⑨ 参考《睡简》第93页《军爵律》。

⑩ 《汉献书》卷198年第1期。

① 秦《秦献书》释文见《文物》1995年第3期。

② 分别见《汉书》高后、文帝纪,中华书局1962年版第96页和第118页。

③ 《汉书·陆贲传》第3154页。

④ 《汉书·萧何传》第3671页。

⑤ 《汉书·哀帝纪》第336页。

⑥ 《后汉书·章帝纪》第148页。

⑦ 《后汉书·安帝纪》第213页。

⑧ 《汉书·景帝纪》第142页如淳注引。

⑨ 《史记·孝文本纪》第430页。

⑩ 分别见《汉书》本传。

以上仅仅是根据现存史料可以确知的。武帝时期又制定了许多新的律令,“律令凡三百五十九篇,大辟四百九条,千八百八十二事,死罪决事比万三千四百七十二事”。^①估计这一时期《九章律》条文可能又有所增加,但也不宜过于夸大。《汉书·刑法志》说武帝“招进张汤、赵禹之属,条定法令,作见知故纵、监临部主之法,缓深故之罪,急纵出之诛”。所谓“见知故纵”,据《晋书·刑法志》,“作见知而故不举劾,各与同罪,失不举劾,各以贖论,其不见不知,不坐也”,所谓“监临部主”据颜师古注即“所监临部主,失不举劾也”,也就是犯人所在部门的主管官员也要连坐治罪。这些内容,秦律中早已存在。商鞅变法,实行什伍连坐,旨在鼓励告奸。秦始皇在焚书令中也有“吏见知不举者,与同罪”的条文。^②《秦律杂抄·傅律》:“匿敖吏,及占瘠(瘠)不举,典,老赀耐。〇百姓不当老,至老时不用请,告为诈(诈)伪者,赀二甲,典,老老告,赀各一甲;伍人,户一老,〇(迁)之。”^③这与汉武帝时期“监临部主之法”的精神大概是统一的。《史记·酷吏赵禹列传》与张汤论定诸律令,作见知,吏得相监司。据此则此前法律主要强调什伍内部百姓之间以及官吏对百姓的监督,武帝时可能又增加了官吏之间互相监督的条文。“深故”与“纵出”分别指官吏故意陷人于重刑和曲意为罪犯开脱罪责而使其获释,这在秦律中称“不宣”和“纵囚”。^④汉武帝任命酷吏,“缓深故之罪,急纵出之诛”,这实际上是在鼓励、纵容官吏超越法律规定而依君主旨意的科罪重刑,这就不再是法律本身的问题了,而是执法政策方面的问题。这一次执法政策增加了司法过程中的随意性因素。另一方面,武帝又颁布了一系列诏令如仇狱法、首匿之科、缗钱令等等,使汉代刑法趋于苛酷。这些诏令因与《九章律》无关,在此略略。

宣帝以后,直到东汉末年,不断有大臣倡议修订律令,清除繁苛。宣、元、成、哀以及章帝时期,也有过“蠲除减轻”律令条文之举。但总的说来,变动不大。文帝修改法律的有关诏令,也并没有全部入律,如《晋书·刑法志》:“汉氏施行有小惠之反,乏”及不如令,辄欲以不承用诏书乞军要斩,又减以《丁酉诏书》,《丁酉诏书》,汉文所下,不宜复以为法。”则文帝之《丁酉诏书》一直到曹魏新律制定以前,仍在行用,但并未入律。而汉代自武帝以后,对律令条文的修改,大多写在令中,径改律文的情况恐怕不多,如《后汉书·郭躬列传》“乃条诸重文可从轻者四十一事,奏之,事皆施行,著于令”。

《汉书·叙传》曰:“汉承九法,太宗改作,轻重之差,世有定稽。”注张晏曰:“改,除肉刑也。”而除肉刑又是与“有年而免”联系在一起的。《论衡·谢短》:“案今《九章》象刑,非肉刑也。”可知《九章律》在文帝时确曾有过重大修订,武帝时可能已成定本。王充所生活的时代,人们多已搞不清《九章律》何以没有肉刑,说明它已很久不再被改动了。

四、关于《九章律》的篇目

关于《九章律》,《汉书·刑法志》记载非常简略,《晋书·刑法志》稍为详细,其所收录《魏律·序略》对《九章律》的篇目多有述及,沈家本曾采取“目之可考者取诸《晋志》,事之可证者取诸《史记》及班、范二书,他书之可以相质者亦采附焉”的办法。^⑤对汉律史料做了系统编排,成《汉律摭遗》二十二卷。高恒利用新出土的简牍资料对汉律的某些篇目也做了重新阐释。^⑥本文拟

在此基础上,对《九章律》的篇目做进一步的研究。

1、《盗律》

《盗律》之目据《魏律·序略》有劫略、恐、恐、和买杀人,受所监,受财枉法,劫强盗,还强盗主七项。从《晋律》的情况看,《晋律》“就汉九章,增十一篇,……分《盗律》为《请贼》,《诈伪》,《水火》,《毁亡》”,^⑦其中的“请贼”大致相当于上面的“受所监”、“受财枉法”,则《盗律》中还应包括诈伪、水火、毁亡等项目。

《晋书·刑法志》称汉律《盗律》有贼伤之例,《贼律》有盗章之文,只是说汉律条目划分不够严密,出现了混杂现象,并不是说《盗律》中专有“贼伤”一目,《贼律》中专设“盗章”一目。《唐律·贼盗律》有“强盗”、“本以他故殴人因而夺者”、“因盗过失杀伤人”等条目,或本意吸收强盗劫夺,或本心为盗却杀伤人,为“贼”为“盗”,有时难以辨明,但总的说来,《盗律》之“贼伤”与《贼律》之“盗章”应该是各有侧重的。沈家本说:“汉之盗目可考者惟九,而盗事之重大者不在其中。”^⑧这指的是《魏律·序略》中所提到的七项,外加“科有特质”及《盗律》有贼伤之例,正好九项。实则“科”不是律,“贼伤”也未必是《盗律》的一个条目,而且沈氏又漏掉了“水火”、“诈伪”、“毁亡”诸项。“盗”的本意是“取非其物”,^⑨《魏律》与《晋律》将与“盗”本义不合者从汉之《盗律》中分出,其目的就在于使《盗律》中保留的条目更多地体现“取非其物”方面的内容。因为《晋书·刑法志》主要是指陈汉律需要修改的部分,所以“盗事之重大者不在其中”。

关于《盗律》中的“劫强盗”一项,《魏律》归入《兴擅律》,沈家本的解释是:“强贼固可忍,若已就拘执,即应送官,今不送官而自行取辱,致有杀伤,即不得不谓之擅,故魏入之《兴擅律》。”^⑩沈氏把“强贼”理解为强暴的盗贼,“劫辱”为愤然取辱,实在有些牵强。“劫辱”与“强盗”两个词应该是并列关系,既然魏将其归入《兴擅律》,说明“劫辱强盗”与徭役、兵役有关,将其仅理解为愤然取辱,杀伤《盗律》,恐与事实不符。《唐律·擅兴律》有“挟点士伍人不平”、“遣番代违限”、“私使丁夫杂匠”诸条,对官吏摊派徭役不公、役使防人无理及非法役使丁夫谋取私利等行为,都严加禁止,“劫辱强盗”似与此有关。居延汉简为我们提供了一些具体的例证。^⑪简4.9“故甲渠候长唐博叩头死罪,博前为甲渠候长,今年正月坐穷死系狱,七月廿四”,这是候长殴打戍卒“戍卒”的事例,简135.10+317.7“以膝间久放时与戍卒道丞儿谭为吏者候长徐宗知谭故为甲渠候长,未尝以吏贼殴击”这是对儿谭以前担任候长时是否有“以吏贼殴击”的劣迹进行调查。简EPF22:242-246“新始建国地皇上戊戌年十月三日行暴勒吏更记”天子劳吏士拜<它何疾苦>操食尽得否<吏得毋侵假,假贵不贵>有者言。吏士明知苦,吏更直以文理遇士卒<病致医药,加恩仁慈,务以受利者约为首<毋行暴击>。此简虽属新莽时期,也能在一定程度上反映两汉时期的情况。官吏不以“文理遇士卒”而“行暴勒击”的行为,大概就相当于汉律中的“劫辱强盗”。

2、《贼律》

“贼”之本义,据沈家本考证,“据此诸说,是杀人也,伤害也,害也,皆为贼。《孟子》‘贼人者’

① 《汉书·刑法志》第1101页。

② 《史记·秦始皇本纪》第255页。

③ 《睡简》第143页。

④ 《睡简》第191页。

⑤ 《汉律摭遗·自序》,《历代刑法考》第1366页。以下凡引《汉律摭遗》,只注《历代刑法考》页码。

⑥ 高恒《汉律摭遗》,《法律史论丛(一)》,中国社会科学出版社1981年版。

① 《晋书·刑法志》。

② 《历代刑法考》第1393页。

③ 《晋书·刑法志》引张斐《律注》。

④ 《历代刑法考》第1371页。

⑤ 本文所用汉简资料,如未特别注明,均引自谢桂华、李均明、朱国焜《居延汉简释文合校》文物出版社1987年版,和甘肃省文物考古研究所、中国社会科学院历史研究所等《居延新简》文物出版社1990年版。

为之贼”，《荀子》“保利非义谓之贼”，则贼则谓之也。兼此数者，其义始备。”^①《贼律》中这方面的内容应该占很大比重。此外，据《魏律·序略》，汉之《贼律》还包括欺谩、诈伪、逾封、矫制、贼伐树木、杀伤人畜产、诸亡印、储峙不办等项目。其中“逾封”一项，沈家本认为：“李愬《杂律》有逾制，一曰逾封当即逾制，汉改入《贼律》。惟逾制所包者广，逾封则限于封域，有无穷别，亦不能尽。”^②沈氏虽已意识到“逾制”与“逾封”的差别，但是他在《汉律摭遗》卷四“逾封”项目下只列举了与封国有关的内容，而在卷九《杂律》中则完全删除了“逾制”之目，如此归类，恐有疏漏。战国时期的魏国和秦国乃至后来的秦朝虽有食封之君，其权力极其有限，地位不甚重要，因而有关法律归入《杂律》。汉朝建立之后，分封了许多诸侯王，权力、地位都很重要（尤其在武帝以前），有关法律条文必然会相应增加，并受到重视，因而从《贼律》中分出，专立一罪，归于《贼律》，也是势所必然。至于“逾制”中除“逾封”以外的条文，应仍旧保存在《杂律》中。《晋律》中专有《违制》一篇，也可旁证汉律中“逾制”的内容不会很少。

沈家本在《汉律摭遗》卷四中将“左官律”系于“逾封”目下，其说或可从。不过沈氏对“左官律”的理解却有些偏差。张家山汉简《秦律书》之三记载了这样一个案例：高祖十年，迁田齐旧侯至长安，齐国临淄狱史闾在护送途中与其中一个叫南的女子相爱，并娶为妻。他设法帮助南逃回齐国，结果在出关时被双双抓获。根据审判可知，南既已徙往长安，便为“汉民”，闾娶之为妻，就是从“诸侯来诱”，汉律对此是严加禁止的。因此闾被戮为城旦。据《史记·汉兴以来诸侯王年表》：高祖六年已封其子刘肥为齐王，齐为同姓诸侯，与朝廷的关系应很密切。而《秦律书》引用汉律“律所以禁从诸侯来诱者，令它国毋得取（娶）它国人也”，并将“汉民”与“齐国”对称，说明早在汉初就有对封国加以防范的法律——不论对同姓诸侯还是异姓诸侯。^③《史记·李将军列传》载，景帝时李广在平定吴、楚“七国之乱”中战功卓著，就因为他接受了梁王授予的将军印，结果得不到朝廷的封赏。另一方面，朝廷委任的王国官员，如王国相、中尉等，属朝廷任命官，其升迁赏赐并不受限制。可见汉代主要对非朝廷委任而私自仕于诸侯者加以贬抑。“左官律”的主要内容见于《史记·诸侯王表序》注版虞曰：“仕于诸侯者左官，绝不得仕于王侯也。”应劭曰：“人道上居，今舍天子而仕诸侯，故谓之左官也。”这里的“左官”所指应指私自接受王国官职的人，两汉始终不曾把朝廷委任的王国相、中尉列为左官而加以贬抑，因此沈家本将“汉初诸侯相皆由事例任用”作为“未尝不得仕于王朝”的根据，实有不受。^④根据张家山汉简《秦律书》和李广的实例可知，“左官律”的大部分内容，汉初已具备。汉武帝为了加强中央集权，削弱诸侯王势力，可能对有关条目有所增补，而成“左官之律”。其中《汉书·彭宣传》注李奇曰：“初，汉制王国人不得在京师”以及《龚胜传》：“王国人不得宿卫、补吏”可能是武帝时增加的内容。

3. 《囚律》

《囚律》据《魏律·序略》有如下几项：诈伪生死、告劾、传覆、系囚、鞠狱、断狱、囚律。

《魏律·序略》说：“《囚律》有系囚、鞠狱、断狱之法，《兴律》有上狱之事，科有考事报讞，宜别为篇，故分为《系讯》、《断狱》律。”据《唐律疏议·斗讼》考证：“《斗讼律》者，首论斗殴之科，次言告讞之事。从秦汉至晋，未有此篇，后至魏太和年间，分《系讯律》为《斗律》。至北齐，以讼事附之，名为《斗讼律》……至今不改。”这两条材料综合起来可知，《斗律》材料从《系讯律》中分出，而《系讯律》又主要是从《囚律》中分出，沿这条线索推测，在《九章律》中，有关斗方面的法律

条文，可能列于《囚律》。张斐对“斗”的解释是：“两讼相殴谓之斗”，^⑤则“斗”与“讼”关系本来就很密切。汉律与“讼”有关的条目如“告劾”等都属于《囚律》，因此，汉代《囚律》中应该包含“斗讼”一类的条文。

4. 《兴律》

《兴律》据《魏律·序略》有上狱、擅兴徭役、乏徭、稽留、烽燧等几项，主要是关于徭役、兵役方面的法律。

与《盗》、《贼》二律不同的是，《囚》、《兴》两篇所包含的目类在《序略》中已大体齐备，除此之外，大概不会再有专门体现“囚”、“兴”本义的目类了。为说明这一问题，我们不妨考察一下《魏律》与《晋律》的篇目。沈家本在《汉律目》中，根据《魏律·序略》“故别为之《留律》”一语，断定曹魏十八篇新律中没有《乏留律》而有《囚律》。^⑥程树德在其《汉律考·律名考》中说：“《晋志》称魏有《乏留律》，在《魏律》十八篇之外。”^⑦其《魏律考》也全文引用沈氏上述考证。^⑧现在通行的法制史教材对《魏律》篇目或沿用成说，或语焉不详，怀效锋在《魏律》中元（囚律）一文中对这一问题重加考证，得出了令人信服结论。^⑨《魏律》二十篇在具备了《告劾》、《系讯》、《断狱》诸篇之外，更不再有《囚律》了，这也可以反过来证明魏律中没有《囚律》，原《囚律》中所含各项都已分入其他篇中。同理，《魏律》中已不再有《兴律》而代之以《兴徭》、《乏留》诸篇，因此汉之《囚律》和《兴律》所含诸项内容理应为《魏律·序略》大致提及。

张家山汉简中所发现的汉律名称有十几种，^⑩其中的律篇当属《兴律》、传食、行书当属《贼律》、告律当属《囚律》。其他律条也当有所属，只是目前尚不能确定。

应当指出的是，以上只考证了《九章律》中的罪名，实际上《九章律》中应当还有对制度的正面规定。诸如秦《传食律》对过往的官府办事人员伙食待遇的规定，^⑪《行书律》要求收发文书必须登记收书日期、时辰的规定，^⑫汉之《魏律》不会没有。居延汉简中保存有大量“邮书刺”，上面详细记录了收发文书的时间、地点、途经烽燧、经手人等等，与秦《传食律》完全符合，估计汉代《魏律》承袭秦律而有所规定。据《唐律疏议·户婚》考证：“汉相萧何承秦六篇律后，加《既》、《兴》、《户》三篇，为《九章》之律，迄至周，晋名《户律》。北齐以婚事附之，名为《婚户律》。隋开皇以户在婚前，改为《户婚律》。”据此则《户律》条目由汉至唐并不致有太大变动。《唐律·户婚律》中有户籍、田制、租税等方面的罪名，估计汉《户律》不仅包括这方面的罪名，还应有事制的规定。张家山汉简中的《田律》就属于对田制的正面规定，而且可能就属于《户律》。总之，汉律不仅包括罪名、刑名，还有“存事制”的内容，这与魏晋以后是不同的。

沈家本《汉律摭遗》由于受时代和资料的限制，对一些条目的含义理解有误，因而在史料编排上有诸多疏漏，但是他依《晋书·刑法志》等文献所列举的篇目对有关资料加以编排的思路是可取的。《魏律·序略》固然对汉律条目与篇名不合处多有讲述，但造成这种状况的原因，在于汉律篇章太少，不足以涵盖众多门类，用《魏律·序略》的话说，就是“篇少则文荒；文荒则事

① 《历代刑法考》第1413页。

② 《历代刑法考》第1371—1372页。

③ 《江陵张家山汉简《秦律书》释文（一）》，《文物》1993年第8期。

④ 《历代刑法考》第1446页。

⑤ 《晋书·刑法志》引张斐《律注表》。

⑥ 《历代刑法考》第1349页。

⑦ 《九朝律考》第12页。

⑧ 《九朝律考》第137页。

⑨ 见《争鸣》1983年第3期。日本学者滋贺秀三《西汉文帝的刑法改革和魏新律十八篇篇目考》也得出同样结论。见《日本学者研究中国史论著选译（法律制度）》第八卷，中华书局1992年版第76—101页。

⑩ 《江陵张家山汉简概述》《文物》1985年第1期。

⑪ 《睡简》第101—103页。

⑫ 《睡简》第104页。

事,事寡则罪漏,是以后人稍增,更与本体相离,解决这一问题的关键就是“都总事类,多其篇条”。汉律虽然《盗律》有贼伤之例,《贼律》有盗章之文,《兴律》有上狱之法,《既律》有逮捕之事,但《盗律》之“贼伤”必以盗事为重,《贼律》之“盗章”当以贼罪为先,《兴律》之“上狱”必与徭役有关,而《既律》之“逮捕”必关既置之事,绝非杂乱无章。①即以《唐律》为参照,据《唐律疏议·杂律》,“罪罪正名,其数有六,谓:受财枉法、枉法、受所监临、强盗、窃盗并坐赃。”而六种罪名分别见于《职制》、《贼盗》与《杂律》;《贼盗律》有“故烧人舍屋而盗”,《杂律》有“烧官府私家宅”,都与火有关,而《唐律》之系统与周密,堪称中华法系之典范。《九章律》虽因篇章少而显得简略,但仍有体例可寻,哪一种罪名隶属于哪一篇,不会漫无目的。《魏律》基本上是将汉律“各篇中有相关者,则随类分出,别立篇目”。②

高恒虽然不同意沈家本的考订方法,但他主张要首先弄清汉律篇目名称的原意和性质,这一见解无疑很精辟。只有弄清汉律篇目名称的含义和性质,才能更好地对律文加以编排,使之更接近汉律的本来面目。由于资料不足,本文在这方面所做的工作非常有限,更多的问题还有待于进一步努力。

第五节 律·令·科·比

一、律

《九章律》是两汉的主要法律。除此而外,还有一些辅助性法律,也以“律”命名。这类“律”包括叔孙通《傍章》十八篇,张汤《越官律》二十七篇,赵禹《朝律》六篇,共六十篇。③

杜贵鐸《汉律证文》云:“按《前书·礼乐志》,今叔孙通所撰礼仪与律令同录,藏于理官,法家又复不传。《应劭传》,删定律令为仪。据此,知汉礼仪必在律令中。《晋志》所谓叔孙通益律所不及,当即以所撰礼仪益之。”而沈家本认为赵禹《朝律》可能是根据叔孙通所定朝会之制编纂而成。④《晋律》有《卫宫》一篇,北齐改为《禁卫》,隋、唐称《卫禁》。⑤考其渊源,当溯及张汤之《越官律》。只是《越官律》也不全为科罪量刑的条目,否则不会有二十七篇之多。卫宏《汉旧仪》:“皇帝起居仪宫司马内,百官案籍出入,卫宫周庐,昼夜谁何。”⑥《越官律》中大概也有类似规定。总之,汉“律”并不限于刑罚。

汉代史籍中所提到的律名还有尉律、耐金律、上计律以及钱律、左官律、大乐律、田租税律、尚方律等等,目前一般称之为“单行律”。其实上述诸律未必单行,很可能就存在于上述六十篇律中,只是由于资料不足,不易归类而已。据程树德考证,“疑上计律为《朝律》中之一篇”。⑦《周礼·春官·大司马》注郑司农引汉大乐律曰:“卑者之子,不得舞于庙之耐。除吏二千石到六百石及关内侯到五大夫子,先取子,高七尺以上,年十二到三十,颜色和顺,身体修治者,以为舞人。”根据内容判断,大乐律似与《朝律》有关。我在前面也指出,田律(包括田租税律)很可能

属于《户律》。沈家本《汉律摭遗》卷四则将左官律置于《贼律》“逾封”目下。总之,把这些目前尚难以归类的律称为“单行律”恐怕不符合史实。

二、令

“令”也是汉代的重要法律形式之一,汉代有“令”三百余篇。关于令的编订,陈梦家有详细考证。⑧陈梦家认为,史籍中所提到的“令甲”、“令乙”、“令丙”等,“即甲、乙、丙类,乃不同事类的结集”,每一集都按令的性质分为不同篇章。这一编订工作可能始于武帝初张汤等“条定法令”。“武帝初以后,凡同类诏书而具为令者,可能逐件增入”。这些结论都是很有说服力的。但是陈梦家又认为令甲、令乙等只是“单一诏书”的汇编,不包括“功令”等“专行之令”。如居延汉简有“功令第廿五”、“北边掌令第四”,武威汉简有“兰台令第三三”、“御史令第四三”。⑨《汉书·萧望之传》有“金布令甲”,说明这些令下面包括很多条目,而按陈梦家的观点,它们都属于“专行之令”,不在令甲、令乙等集之内。这一推论恐证据不足。《晋书·刑法志》讲汉代律、令“率皆集类为篇,结事为章,一章之中或事过数十,事类虽同,轻重各异”,也就是说,令每一篇章之下都包含许多条目、事类,由单一诏书构成一章的情况可能并不多见。说律、令、令甲、令乙等只相当于第一、二、三集,是令集的编次,而不表示“篇名”,只有“功令”、“北边掌令”等才是“篇名”,才有可能隶属于令甲、令乙或令丙。至于这些令集各汇集了哪些令,现在多已无从考证了,陈梦家从《史记》、《汉书》及其注、《晋书·刑法志》中辑出令甲七条、令乙三条,令丙二条,可以参看。

“令”的内容,如令甲有“常行漏罪”,⑩属于制事方面的,“务劝农桑”则有教化的色彩。⑪“北边掌令”规定了边塞官吏“劳日”的计算方法⑫等等。同时“令”中也有不少关于罪名、刑名的规定,如《晋书·刑法志》令乙有“呵人受钱”,令丙有“诈自复免”,令甲有“外戚之禁”,⑬“女使顾山还家”,⑭令乙有“犯罪”,⑮等等。这些例证说明汉令具有设范立制与正刑定罪的双重性质。

《汉书·宣帝纪》地节四年“令甲”注文曰:“萧何承秦法所作为律令,律经是也,天子诏所增损,不在律上者为令。”则在汉代,“令”只作为“律”的补充,二者在内容上并无明确分工。杜预所说的“律以正罪名,令以存事制”⑯并不符合汉代律令的情况。律与令的分工可能始于曹魏修新律,西晋时已实现了这一转变。《晋书·刑法志》叙述《晋律》的修修,“就汉九章,增十一篇……删其苛峭,存其清约……其余未宜除者,若军事、田农、酷酒,未得皆从人心,权设其法,太平当除,故不入律,悉以为令,施行制度,以设政教,违令有罪则入律。其常事品式章程,各还其府,为故事。”也就是说,诸如临时性措施以及“常事品式章程”均从律中删除,归于“令”和“故事”。杜预就曾亲自参与《晋律》的修修,并为之做注疏,因此他对律、令的定义当符合晋时律令的实际。

① 陈梦家《西汉流行诏书目录》,《汉简缀述》中华书局1980年版第275—284页。

② 《甘肅武成里唐简牍(王杖诏书令)册》,李均明,何双全《散见简牍合编》文物出版社1990年版。

③ 《后汉书·律志中》第3032页。

④ 《汉书·叔孙通传》第4237页。

⑤ 唐延简10.28。

⑥ 《后汉书·皇后纪上》第400页。

⑦ 《汉书·平帝纪》注引如淳曰,第351页。

⑧ 《汉书·张释之传》注引如淳曰,第2311页。

⑨ 《太平御览》卷六三八《刑法部》四。

① 以上引文均见《晋书·刑法志》。

② 《九朝律考》第199页。

③ 《晋书·刑法志》。

④ 杜贵鐸及沈家本考证见《历代刑法考》第1376—1377页。

⑤ 见《唐律疏议·卫禁》序。

⑥ 周天游点校《汉官六种》中华书局1990年第61页。

⑦ 《九朝律考》第19页。

《史记·陆吏杜周列传》：有人指责杜周“专以人意指为欲”时，杜周以“前主所是著为律，后主所是疏为令”为自己辩护。事实上汉代皇帝的制诏并非都能称为法律上的“令”，^①至于君主的“意指”只不过是杜周通过察言观色揣摩到的，更不可能是“令”了，因此他的回答只不过是偷换了“令”的概念，从而为自己的非法行为寻找合法的根据而已。不过从他的话语中可以看到，汉代令与律的法律作用很可能是相同的。汉代统计法律条目或刑名时，往往律、令并提，如《汉书·刑法志》讲武帝时“律令凡三百五十九章，大辟四百九条，千八百八十二事，死罪事比六百三十四百七十二条”；成帝诏云“今大辟之刑，千有余条，律令烦多，百有余万言”；《后汉书·张定传》：“今律令死刑六百一十，耐罪千六百九十八，赎罪以下二千六百八十一”。这种表述也可以在很大程度上说明汉代律与令可能具有同等的法律作用。

三、科

历来论者认为，“科”也是汉代的法律形式之一。有的学者曾对此提出质疑，认为“科”只是律、令等法律形式中的事项条目或条款，“科”作为一种独立的法律形式出现于曹魏时期。^②“居延新简”的整理与公布，终于消除了上述疑问，证明传统观点是正确的。

科所涉及的内容，也非常广泛，如《后汉书·明帝纪》永平十二年诏：“今百姓送终之制，竟为奢靡……又车服制度，恣极耳目，田荒不耕，游食者众，有司其申科禁，宣于今者，宣下郡国。”《后汉书·梁统传》提到“首匿之科”，《陈忠传》也提到“亡逃之科”、“宁告之科”等等。由于文献记载过于简略，科与律、令，确实不易区别。《后汉书·安帝纪》元初五年诏有“旧令制度，各有科品”，则科主要是本照律、令或某一制度而定的。居延简 EPF22：221—235 录有“捕斩匈奴反戍购值科别”、“捕匈奴反戍购科赏”与“捕反戍科赏”，规定根据所捕、斩匈奴，先人的身份和数量，并参照立功者的身份，而给予赐爵、赏钱或免奴为民的奖赏。居延简 EPF16：1—17 录有“塞上烽火品约”，大概也属于“科品”一类，对于在何种情况下以何种方式传递烽火也有很详细的规定。从居延简为我们提供的这些科的实例看，汉代的科很可能是根据律、令的某些条款或某一具体制度规定的细则。

根据上面所引明帝永平十二年诏“宣于今者，宣下郡国”可知，科是随时变化的，可能比令更灵活。至于汉代的科是否也象令一样经过系统编订，就不得而知了。

曹魏时期，曹操因为“难以藩国改汉朝之制……于是乃定甲子之科”。^③刘备称帝之前，诸葛亮、法正等人也制定《蜀科》。^④孙吴也有“科令”。^⑤三国之科不再是律令条款的细则，而是具有取代汉律的临时法典的性质了，因而其系统性也会远远超过“汉科”。

四、比

“比”作为一种法律形式，早在先秦时期就已存在。比的大量存在，正是立法水平不够发达的表现。《礼记·王制》“必察小大之比以成之”郑玄注：“已行故事曰比。”《荀子·王制》：“其有

法者以法行，无法者以类举，听之尽也。”郑、荀两说大体上已阐明了“比”的含义，也就是说，在现行法律对某种情况没做规定或不够明确时，采有类比的方法，援引与案情相近的法律条文而做出裁决，这种判案方法就是“比”。当由此产生的判例被奉为以后处理类似案件的依据时，此判例也就具有了法律的意义。成为“决事比”。

“比”的最简单的形成途径就是直接援引与该案情最接近的法律条文，进行类比。秦简《法律答问》中有很多这样的“比”，如：“臣强与主奸，可（何）论？比殴主。”[斗折脊顶骨，可（何）论？比折支（肢）。]“^①殴大父母，黥为城旦舂。今殴高父母，可（何）论？比大父母。”^②这种比，主要是针对案情比较简单，犯罪性质又与所援引的法律条文非常接近的犯罪行为而规定的，因而不一定需要有关“已行故事”，只要有有关部门（如廷尉）做出相应的解释即可，估计汉代的比也有这种情况。

有些案件，情况比较复杂，可以同时援引不同的法律条文，判定的结果往往大相径庭。针对这种情况，秦汉时期有疑罪上报的“奏谳”制度，由县道上报郡国、廷尉乃至皇帝，逐级审核，直到做出切近法律的判决为止。而通过这种方式形成的判例，即“已行故事”，也就成了“比”。张家山汉简《奏谳书》收录的众多案例，很可能就是墓主生前用做断狱依据的比，这是汉代“比”的第二种形成途径也是最主要的形成途径。

援引本朝代以前的案例作为法律依据，这也是汉代“比”的形成途径之一。张家山汉简《奏谳书》除了收录汉代的案例而外，还大量抄录秦案例乃至春秋时期的案例，在引用“鲁法”时还注明“鲁法”与现行法之间刑名的对应关系，很显然是把这些案例做为比来使用的。

与上述第三种“比”关系最密切的莫过于汉代的“引经决狱”，即在断狱过程中援引儒家经典的某些条文或比附其中的历史事件，儒家经典不是法典，因此“引经决狱”只能做为汉比的特殊形式。对此，我们将在以后做进一步讨论。

除了律、令、科、比而外，律家以及经学家对律的解说，也具有法律效力。限于资料，在此就不多说了。

① 《日知录》卷八《关于令的研究》对此考证较详，见大庭秀雄著，林树鸣等译《秦汉法制史研究》上海人民出版社1991年版第165—192页。

② 丛希斌《汉科质疑》，《天津师大学报》1987年第1期；张建国《“科”的变迁及其历史作用》，《北京师大学报》1987年第3期。

③ 《晋书·刑法志》。

④ 《三国志·蜀书·伊籍传》。

⑤ 《三国志·吴书·孙登传》。

① 《睡简》第183页。

② 《睡简》第184页。

第二章 秦汉刑制的演变

第一节 先秦刑制蠹洩

就文献记载而言,早在夏代就已用“五刑”以惩治罪犯。所谓“五刑”,即大辟、劓、剕、宫、墨(黥)五种刑罚。除“大辟”为死刑而外,其余四种均为肉刑。但是关于夏代的资料流传下来的很少,且为春秋、战国时人的记述,不可尽信,殷墟甲骨卜辞的发现,证明至少在殷商时期,“五刑”的刑名已大体具备。^①西周继承了这一刑制,并加以完善,形成“九刑”。据《汉书·刑法志》:“周有乱政,而作《九刑》”注引韦昭曰:“九刑”即“谓正刑五,及流、赎、鞭、扑也”。但流、赎、鞭、扑仅作为五刑的补充。《尚书·舜典》曰:“流有五刑,鞭作官刑,扑作教刑,金作赎刑”,就是说的这种情况。《舜典》属伪古文,可以不论,但五刑作为西周时期的“正刑”,应该是没有疑问的。西周夷、厉时期的《虢匭》铭文记录了这样一个案例:^②小贵族牧牛与其上司争讼五名奴隶而败诉,伯扬父的判决词曰:“我义(宜)金(鞭)女(汝)千,黜(劓)女(汝)千,今我亦(故)女(汝),又(宜)金(鞭)女(汝)千,黜(劓)女(汝)千,金(鞭)女(汝)五百,罚女(汝)三百”(铸)。“黜”同“轲”,通“轲”,《方言》:“轲,巾也。”“黜”见《广韵》:“黜刑。”“黜”,贬减,罢官免职之意。“黜”为黜面并蒙黑巾,“黜”则为黜面并罢官,较“黜”为轻。^③在这里,鞭刑始终作为墨刑的附加刑而使用。因最终的“三百”是“黜”的赎金,算是对牧牛的宽大处理,故“鞭五百”仍然不为主刑。《周鼎》为西周孝王时器,记载贵族匡季因指使家奴抢掠而受审。匡季向负责审讯的东宫请求:“余无仇怨,正□□不□□(鞭)余。”据郭沫若考证:“大事谓所定无多,不必苛责也。”^④盛张考释认为“不□□余”为“不答鞭余”。^⑤此时审讯正在进行之中,匡季发出如此请求,说明鞭笞也用于审讯过程中。总之,鞭扑之刑在西周刑制中只处于辅助地位。

五刑作为正刑即主要的刑罚手段,一直到春秋时期也没有改变。《国语·鲁语》:“大刑用甲兵,其次用斧钺;中刑用刀锯,其次用笞箠;薄刑用鞭扑。”韦昭注:“甲兵,谓臣有大逆,则被甲聚兵而诛之,若今陈军也”;“斧钺,军戮”;“割剃用刀,断截用锯,亦有大辟”;“笞,肤刑也”;“箠,黜刑也”;“鞭,官刑也;扑,教刑也”。鞭、扑仍为“薄刑”。《左传襄公十四年》载:卫献公要有嬖妾,“嬖妾”而杀之,师曹鞭之,公怒,鞭师曹三百。师曹受鞭刑之后,身份并未下降,职位也没有改变。肉刑则不然,如《左传成公十七年》,齐国贵族触杀以“将不纳君而立公子角”的罪名被处以刖刑;然后“齐人杀国而立之”,杜预注:“国,季之弟文子。”说明刖刑被处以刖刑之后就不能继续参与政务和担任宗族之长了。《左传庄公十九年》:“初,鬻拳强谏楚子,楚子弗从,临之以兵,惧而从之。鬻拳曰:‘吾惧君以兵,罪莫大焉。’遂自刖也。楚人以为大阍,谓之太伯,使其后掌之。”《周礼·天官·阍人》:“阍人掌守王宫之中门之禁。”观楚子为巴人所败,还“鬻拳弗纳”,及楚

子死,鬻拳自杀,“葬于郢室”杜预注:冢前阍。生守门,故死不失职。^⑥可知大阍之职与《周礼》之阍人相合。据《周礼·天官·冢宰》:“阍人无爵,补治让正义”;“此阍人无爵,则亦庶人在官者也。”据此,阍人本来由无爵之庶人担任,鬻拳自刖无法参与贵族事务,只好充当阍人之头目“大阍”。鞭扑之所以为“薄刑”,五刑之所以为“正刑”,于此可见一斑。

贵族在受肉刑以后,虽身份有所下降,却不致于因此而成为奴隶或刑徒。春秋时期没有发现贵族因受刑而降为奴隶的例子,战国时期对贵族打击最为严厉的商鞅,也不曾将贵族刑为徒隶。商鞅剕公子虔,黥公孙贾,二人只是“杜门不出”,不参与政务,并没有变为“城旦”或“隶臣”。^⑦《商君书·算地》仅主张“刑人无国位,戮人无官任”,春秋时期对贵族的刑罚不会比此更重。

以上所说,都是刑加于贵族的事例,那么,庶人与贵族有何异同呢?就鞭、扑等“薄刑”而言,庶人与贵族并无不同,即都不会改变身分和地位,如《左传庄公八年》,齐侯田于贝丘,“队于车,伤足不能。反,诛(杜预注:责也)展于使人费。弗得,鞭之,见血”。使人费应为“庶人在官者”,他因未能为齐侯找回失去的履而受鞭刑,但并未因此而降低身份或改变职位,至于庶人被施以“正刑”,就与贵族大不相同了。《周礼·秋官·司刑》所说“墨者使守门,劓者使守关,宫者使守内,刖者使守圜,髡者使守积”,恐怕主要是针对庶人而言的,庶人一旦被施以肉刑,将终身在官府从事看守等卑贱职业,失去自由身份,实际上已等同奴隶。

有的学者认为,春秋以前,刑制以上的罪犯属于收奴(即没官为奴)的对象,^⑧这一结论未免简单化了。首先,他忽略了贵族与庶人的等级差别,而这差别是确实存在的,已如上述。第二,就庶人而言,将刖刑划为是否剥夺罪人自由身份的界线也不符合史实。《周礼·秋官·大司寇》曰:“以圜土聚教罢民,凡害人者,置之圜土而施刑焉,以明刑耻之。其能改者,反于中国,不告三年。其不能改而出圜土者,杀。”郑玄注:“明刑,书其罪恶于大方版,著其背。”《周礼·秋官·司圜》曰:“凡圜土之刑人也不亏体,其罚也不亏财。”可见“圜土”中之“罢民”并不被施以肉刑,“其能改者”还能返回乡里(“中国”即“国中”)。值得注意的是“其不能改者”,这些人将永远在“圜土”中服役,如若逃亡,则被处死。这些“不亏体”而又“不能改”的罢民也将终身失去人身自由。如此,把是否施以刖刑作为是否丧失自由身份的界线就不能成立了。

“圜土”中的罪人,除了不能改过而终身服役者外,“能改者,上罪三年而舍,中罪二年而舍,下罪一年而舍”。^⑨也就是说,进入“圜土”的罪人能够“改过自新”者,要根据罪行轻重服刑一至三年,除此而外,《周礼》中又有“嘉石”制度:“以嘉石平罢民,凡万民之有罪过而未丽于法,而害于州里者,圜圜而坐诸嘉石,役诸司空。重罪旬有三日坐,期役;其次九日坐,九月役;其次七日坐,七月役;其次五日坐,五月役;其次三日坐,三月役。使州里任之,则有而舍之。”^⑩凡“坐诸嘉石”者,要服三个月到一年的劳役,秦律中上自城旦舂,鬼薪白粲下至笞徒、笞成的徒刑制度,以及“齐法”中的“公人”制度,与《周礼》中的“圜土”、“嘉石”制度颇为近似,说明秦、齐法律中的徒刑制度绝非凭空出现的,而是有着很长的历史发展过程。

“圜土”与“嘉石”的关系,据《周礼·地官·司救》:“司救掌万民之邪恶过失而罚之以礼防禁而教之。凡民之有邪恶者,三让而罚,三罚而士加明刑,耻诸嘉石,役诸司空。其有过失者,

① 赵凤翼《甲骨文所见之商代五刑》,《考古》1961年第2期。

② 陕西省岐山县董家村西周铜器窖穴发掘简报,《文物》1976年第5期。

③ 唐兰《陕西省岐山县董家村新出西周重要铜器铭文的释文和注释》,《文物》1976年第5期。

④ 郭沫若《两周金文辞大系图录考释》。

⑤ 盛铎《岐山新出重要铜器铭文问题探源》,《文物》1976年第6期。

⑥ 《左传庄公十九年》。

⑦ 《史记·商君列传》。

⑧ 徐锡珪《从古代罪人收奴刑的变迁看“隶臣妾”、“城旦舂”的身份》,《文史哲》1984年第5期。

⑨ 《周礼·秋官·司圜》。

⑩ 《周礼·地官·司救》。

三让而罚，三罚而归于圜土。”这一表述无疑加入了作者许多理想的成份，西周春秋时期的刑罚制度不可能如此整齐周密，也不可能如此温情脉脉。然而在秦律乃至《法经》之前，早已存在着五刑与徒刑制度，则是可以肯定的。

第二节 秦律中之肉刑与徒刑的关系

与春秋以前相比，战国时期的刑罚体系发生了很大的变化，而肉刑与徒刑关系的变化就是其重要内容之一。下面就探讨一下秦律中的肉刑与徒刑的关系。

首先，春秋以前作为“正刑”的五刑，在秦律中与徒刑并列；其中的肉刑（包括髡、耐^①），在大多数情况下，甚至与徒刑相互渗透，复合使用。

从《周礼》所反映的情况看，“圜土”只关押、役使犯有轻罪的“罢民”，且不加“亏体”之刑；而被施以肉刑的犯人则主要从事看守一类的卑贱职业。秦律则不然，髡、耐甚至至左趾（即刑）的刑人也要从事“城旦”之类的繁重劳役。如《法律答问》中有这样一条：“五人盗，贼（赃）一钱以上，斩左止，有（又）耐以为城旦；不盈五钱，耐以为城旦；不盈六钱六十到二百廿钱，耐以为城旦。”^②同时，隶臣妾在通常情况下所承担的劳役要轻于城旦舂，而且他们还有资格监视城旦舂服役；“城旦舂司寇不足以将，令隶臣妾将。”^③尽管如此，隶臣妾也难免体肤之刑，如《法律答问》中有隶臣之妻企图改变其子作为“隶臣子”的身份而被“耐^④以为隶吏”^⑤。从秦简律文看，肉刑（包括髡、耐）已渗透到从城旦舂到司寇、候的各个徒刑等级中，这种情况说明，以五刑为主的刑罚体系已被打破，并逐渐为徒刑制所取代。

其次，秦律中决定徒刑服刑期限的是徒刑而非肉刑。

关于秦律徒刑的刑期问题，学术界争论较多，大体上说来，主要有以下几种观点：

1. 刘海洋认为中国的有期徒刑发端于西周，战国时期则大量使用。从法律规定看，秦的刑罚是有期的，有期徒刑不是自汉文帝改革才开始。^⑥黄中业在其所著《秦国法制建设》一书中也持这种观点。

2. 钱大群认为，秦朝的肉刑犯人都终身有罪，秦朝的各级徒刑，就一定等级的苦役来说是有一定期限的，但就罪隶身份来说，隶臣妾以上都具有无限的罪隶身份。^⑦

3. 高恒认为秦律中的城旦舂、鬼薪白粲、隶臣妾、司寇，都是终身服役的刑徒，而髡、耐、答、笞、居边以及居货、赎、债者为有服刑期限的刑徒。^⑧栗劭在其所著《秦律通论》一书中也持类似观点。

本文同意第三种观点。秦律中关于髡、耐、答、笞、居边、赎、债的期限都有明文规定，系有期徒刑无疑；髡为罚金，赎为纳财免罪，债为欠官府债务的罪犯如拿不出钱，可以以刑徒的身份为官府

服役作为抵偿，因而都有服刑期限，故相当于有期徒刑。对此，高恒已有论证，其说可从。栗劭将髡、答、笞居边归为“笞作”类，而与货物、资金并列，对居货、居赎、居债又未多加注意，则有不妥。^⑨持第一种观点的人注意到秦律徒刑与西周春秋的渊源关系，并能联系到战国时期的相关材料，其基本思路是正确的，但他们把秦律中的“笞作”与“居”放在一边，偏要视秦律中的城旦舂等当做有期徒刑，而与制刑相比附，则很难自圆其说。

钱大群认为，秦朝的肉刑犯人都终身有罪的身份，这一说法也值得商榷。就文献记载而言，公子虔、公孙贾分别被施以劓、劓之刑，并未变成终身罪隶。^⑩如果说这两人都有贵族身份，不足以说明问题的话，我们再看秦简中的例子。《法律答问》中有人臣甲与人妾乙盗卖主人的牛逃亡而被“城旦舂”的事例，^⑪又有“人奴擅杀子，城旦舂之，界主”和“人奴妾治（害）子，子以杀死，耐^⑫，界主”等条目，^⑬但是这些材料并不能证明钱氏观点，因为这些被施刑的人本身就是奴婢；“父母擅杀、刑、髡子及奴隶，不为‘公室告’”^⑭；“擅杀、刑、髡其后子，赦之。”^⑮父母擅刑、髡其子，反证当时秦律中存在这种单独施用肉刑的制度，在这种情况下，受惩罚者不为刑徒，更不会变成奴隶。

秦律中存在着徒刑制度，而徒刑所针对的主要是肉刑（包括髡、耐）。《法律答问》：“甲盗盗乙，一日，乙且往盗，未到，得，皆赎罪。”^⑯这是一个因盗窃未遂而判“赎罪”的例子，“决（劓）”、“赎罪”也是因为有盗窃嫌疑而判“赎罪”的例子。^⑰“盗徒封，耐^⑱”和“内（纳）奸，赎耐^⑲”则是“赎罪”的例子。以上各例都没附加徒刑名称，说明犯人只要缴纳足够的财物赎了肉刑，就不必承担徒刑的劳役，更不可能成为终身罪隶，而具有终身罪隶性质的徒刑，其免免的条件则要苛刻得多。《秦律十八种·仓律》规定：“隶臣欲以丁隶者二人赎，许之。其老无免、小高五尺以下及隶妾欲以丁隶者一人赎，许之。赎者皆以男子，以其赎为隶臣。”整理小组注：“隶，疑读为丁。丁即丁年。”^⑳《秦律十八种·军器律》规定：“欲归爵二级以免亲父母为隶臣妾者一人，及隶臣新官为公士，谒归公士而免故妻妾一人者，许之，免以人为人。”^㉑隶臣妾必须用丁壮年男子，或用军功爵，这比用财物赎肉刑要难得多，由此也可以说明上述“赎罪”、“耐罪”者并未被课以徒刑。《法律答问》中有这样一个例子：大夫甲负责监督鬼薪，如果鬼薪逃亡，大夫将被罚在官府服役，直到逃亡者被抓。如果在此期间大夫甲也逃跑，一个月后被抓将被罚一盾；如果大夫再次逃亡，一年以后被抓将被处以耐刑。尽管如此，只要逃亡的鬼薪被查获，大夫即恢复自由，不会因耐罪而成为罪隶。^㉒虽然从严格意义上说，耐并不是肉刑，但至少就秦律条文形

① 栗劭《秦律通论》山东人民出版社1985年版第288—291页。

② 《史记·商君列传》。

③ 《睡简》第152页。

④ 《睡简》第183页。

⑤ 《睡简》第193页。

⑥ 《睡简》第182页。

⑦ 《睡简》第152页。

⑧ 《睡简》第164页。

⑨ 《睡简》第178页。

⑩ 《睡简》第179页。

⑪ 《睡简》第53—54页。

⑫ 《睡简》第93页。

⑬ 《睡简》第206页。其中“大夫甲望鬼薪”中之“望”，整理小组认为：“望，疑读为监（音同）。”《广韵》：“望也。”但根据上下文意，“望”似读“监”，监视之意。《法律答问》中有“隶臣将城旦，亡之，无以为城旦”的条文（201页）。

① 秦律中杀、刑、髡（耐）有严格的界限，如《法律答问》：“擅杀、刑、髡其后子，赦之。”（《睡简》第182页），又有“耐罪以上”（《睡简》第207页），“刑罪以上”（《睡简》第205页）等界说。髡、耐就严格意义而言，不属于“刑罪”（肉刑），但鉴于“身体发肤，受之父母，不敢毁伤，孝之始也”的传统观念（《孝经·开宗明义》），故将髡、耐暂归刑罪中加以论述。

② 《睡简》第150页。

③ 《睡简》第89页。

④ 《睡简》第225页。

⑤ 刘海洋《关于中国死刑的起源》，《法学研究》1985年第5期。

⑥ 钱大群《谈“隶臣妾”与秦代的刑罚制度》，《法学研究》1983年第5期。

⑦ 高恒《秦律中的刑徒及其期间问题》，《法学研究》1983年第6期。

式而言,耐罪不附加徒刑名即不服徒刑劳役,肉刑未除加徒刑名也同样不会成为刑徒和奴隶。

春秋及其以前,贵族被施以肉刑之后,身份降低,但不致于沦为奴隶,战国时期等级制度变动的结果,不但使一些有爵者,也使部分庶人在被处以肉刑之后,人格受辱但一般不至于沦为奴隶或刑徒。《史记·黥布列传》“秦时为布衣,少年,有客相之曰:‘当刑而王。’”如果秦时一旦受刑,将终身为奴,“当刑而王”岂非无稽之谈?布衣而有王者之梦,正是战国时期社会流动性增强反映,刑人由此非分之想,是与肉刑可以不附加徒刑而不改变其庶人身份密切相关的。

学术界讨论最充分的莫过于秦律中的隶臣妾。隶臣妾不论是否附加肉刑,都是终身刑徒,不会因不附加肉刑而有固定服刑期限,这一点,钱大群也没有否定。同样,比隶臣妾重的城旦舂、鬼薪、白粲和比隶臣妾轻的司寇,候都是终身刑徒,只是服刑种类不同、劳役轻重有别而已。

第三,秦律中的肉刑在与徒刑复合使用时,一般只起划分刑等的作用。

秦律中的肉刑是从前代继承而来,本身已有刑等。就秦律而言,肉刑与徒刑复合使用的主要例证如下:完城旦以黥城旦诬人,当黥为城旦;①当黥城旦而以完城旦诬人当黥 劓(劓)为城旦;②“五人盗,赃(赃)一钱以上,斩左止,有(又)黥以为城旦;不盈五人,盗过六百六十钱,黥劓(劓)以为城旦。”③秦律对“群盗”惩治重于普通的盗窃行为,所以最后一例中五人盗窃一钱以上的赃物,所受惩罚要重于盗窃六百六十钱以上赃物的普通犯罪。耐罪轻于刑罪,就不必举例了。因此,秦律中与徒刑复合使用的肉刑(包括耐罪)的轻重顺序是:耐,黥,劓,劓(斩左止)。髡与宫刑未与徒刑复合使用的情况,姑置不论。

秦律中的徒刑本身也有轻重之别。《法律答问》:当耐司寇而以耐隶臣诬人,要将诬告者耐为隶臣;当耐为候的罪犯又诬告他人,将被耐为司寇,④说明隶臣重于司寇,而司寇又重于候。《秦律杂抄》:“有(又)放秦人出,削籍,上造以上为鬼薪,公士以下刑为城旦。”⑤秦律中不同爵位的人享有不同的特权,上造爵位高于公士,因此在犯了同样的罪时,上造所受惩罚要轻。由此可知,鬼薪轻于城旦。从这些例证中,我们看到,秦律中徒刑等的排列顺序与汉律大体相同,由轻而重依次是:候,司寇,隶臣妾,鬼薪白粲,城旦舂。所不同者,汉律中未见“候”这一刑名。

既然肉刑与徒刑各有等级,二者复合使用,看似可以使用刑体系更加严密,刑等划分更为精确。然而由于二者的不同性质,实际情况并非如此。

日本学者堀敏之在其《秦汉刑名考》一文中曾就秦律中徒刑与肉刑的关系列一图表,⑥本文对其疏略之处加以修正,重新绘制如下:⑦

肉刑	宫	刖	髡	耐	(无)
徒刑					
城旦、舂	○	○	○		○
鬼薪、白粲			○	○	○
隶臣、妾			○	○	○
司寇				○	
候					
(无)	○		○	○	○

从表中我们可以看到,耐罪只与鬼薪白粲以下徒刑复合使用,而刑罪则只与隶臣妾以上的徒刑复合使用。睡虎地秦简虽非秦律之全部,但表中所示的肉刑与徒刑的关系当不致与实际情况相差太远。司寇与候在秦律的终身徒刑中刑等最轻,而耐罪以上的肉刑只适用于比较严重的犯罪行为,二者难以复合使用。候与司寇如果再加犯法律,一般只判更重的徒刑,而不是附加耐罪以上的肉刑,如候侯判为耐司寇,耐司寇加重为耐隶臣,①窃罪在秦律中是不受严惩的,盗窃赃物达到一百一十钱,就要耐为隶臣。②两人图谋盗窃未遂也要“赎耐”。③而身为司寇的刑徒在盗窃一百一十钱的赃物后投案自首,却只耐为隶臣或笞二甲。④即使隶臣妾再犯罪,也不轻易施以耐罪以上的肉刑,如:“当耐为隶臣,以司寇诬人,可(何)论?当耐为隶臣,有(又)意(系)城旦六岁。”⑤根据这些例证推断,秦律中耐罪以上的肉刑很可能不做为候和司寇的附加刑。

城旦舂是徒刑中的最高等级,而耐罪只是剃去犯人的须鬓,用做城旦舂的附加刑似乎不足以体现出轻重的等级来。完城旦再犯罪,动辄课以残酷的肉刑(耐罪以上),如:“完城旦以黥城旦诬人,可(何)论?当黥。”⑥“当黥城旦而以完城旦诬人,可(何)论?当黥劓(劓)。”⑦据此,耐、髡等较轻的惩罚手段很可能也不做为城旦舂的附加刑。总之秦律在肉刑与徒刑的关系上,试图体现出一种轻重相应的原则。

问题在于,肉刑旨在通过对人的肢体的残害程度来惩罚不同罪行的犯人,而徒刑则主要通过劳役的轻重来达到同一目的。二者由于目的相同,复合使用固然有一定基础;但二者性质有别,互相之间缺乏可比性,因此复合使用时也会出现一些问题。姑且不谈耐罪和髡罪,如果耐罪以上的肉刑只作为徒刑最高等级城旦舂的附加刑,使肉刑在徒刑与死刑之间起一种过渡作用,矛盾也许不会很大。但实际的情况是,徒刑中的隶臣妾已开始附加耐罪。由此而导致的问题之一是,犯人一旦被施以耐罪以上的肉刑,就将永远带着这个耻辱的标记。假如隶臣妾又犯罪

①《睡简》第203页。

②《睡简》第203页。

③《睡简》第150页。

④《睡简》第202页。

⑤《睡简》第130页。

⑥〔日〕堀敏之《秦汉法制史论考》,法律出版社1988年版第162页。

⑦表中“肉刑”一栏,堀敏之认为可以不附加徒刑而单独使用的只有“耐”,鉴于秦律中有“耐宫”、“耐髡”、“耐劓”的规定,我认为这些没有附加徒刑而又可耻的肉刑也可以单独使用,髡有“主谋杀”、“髡其子”、“臣妾”等条目,隶臣妾或可以附加耐罪而髡,又可以单独使用,这两点都该堀敏之忽略了。堀敏之认为“髡”即髡罪,隶刑已系统加以反叙,认为“完”就是使头发和须鬓保持完好(《秦律通论》第253—257页)。本文同意堀敏之观点,表中的“刑”字用于表示秦律中未具体规定用哪种肉刑(不包括髡、耐),只是笼统地称“刑城旦”、“刑隶臣”之“刑”。

①《睡简》第202页。

②《睡简》第166页。

③《睡简》第152页。

④《睡简》第154页。

⑤《睡简》第202页。

⑥《睡简》第203页。

⑦《睡简》第203页。

当判为(完)鬼薪白粲或完城旦舂时,事实上已经不可能了,只能在“髡”的基础上加刑。张家山汉简《秦律》之四记录了这样一个案例:解官因罪被处以髡刑之刑,恢复庶人身份后成为隐官工①,后来要逃亡女子符为妻而触犯了法律:“取(娶)亡人为妻,髡为城旦。”因为解在此前已受髡刑之刑,不可能再次被发髡刑,结果被“斩左止为城旦。”②汉初基本沿用秦律,这一案例明显暴露了秦律刑制中的弊端。问题之二是:由于性质不同,肉刑与徒刑之间缺乏精确的对比性,举一个简单例子,一个只处以髡刑、终身带着耻辱的标志而未改变庶人身份的人,与一个被判为完城旦、体肤虽未受损害却要终身服苦役的人,二者所受惩罚,孰轻孰重?再如,一个聚众毆与一个完城旦,前者终身带着耻辱的印记而服较轻的劳役,后者体肤保持完好而终生服沉重的劳役,如何比较二者所受惩罚的轻重?实际情况当更复杂。两种缺乏精确可比性的刑制体系复合使用,无疑会给科量量刑带来一定困难,这不仅对信赏必罚的法家理论是一个挑战,而且与法律自身发展规律不相容。

战国时期,徒刑制的发展与秦律五刑制的衰落,为肉刑与徒刑的复合使用创造了条件。肉刑与徒刑的复合使用在某种程度上使刑罚体系更为严密的同时,也产生了上述矛盾。短祚的秦王朝无暇顾及于此,这些问题的解决,就只好留给汉代了。

第三节 汉代刑制的变化

汉代刑制方面最重要的变化莫过于文帝时期的废除肉刑及规定刑期。学术界对此研究颇为深入,③因此本文拟探讨另外一些问题。

一、肉刑废除以后的徒刑等级

秦律肉刑与徒刑复合使用,再加上其他各种刑罚手段,刑名繁杂,因而就刑制本身而言具有不便操作、刑等不易区分等等不利因素,至于其社会效果方面,则弊端更多。李文帝废除肉刑,使徒刑“有年而免”,这不仅使法律在很大程度上摆脱了传统刑制的野蛮性,而且使刑等更简明、更便于操作。不过由于文献对此记载不是很清楚,因此有必要对文帝废除肉刑以后的刑等问题作一简要分析。

为方便起见,先将有关材料引述如下。《汉书·刑法志》:文帝十三年,丞相张敖、御史大夫冯敬根据文帝的指示,做出如下规定:“诸当完者,完为城旦舂;当髡者,髡钳为城旦舂;当劓者,笞三百;当斩左止者,笞五百;当斩右止者,及杀人先自告,及吏坐受赇枉法,守县官财物而即盗之,已论命复有笞罪者,皆弃市。罪人狱已决,完为城旦舂,满三岁为鬼薪白粲;鬼薪白粲一岁,为隶臣妾;隶臣妾一岁,免为庶人。隶臣妾满二岁,为司寇;司寇一岁,及作如司寇二岁,皆免为庶人。其亡逃及有罪耐以上,不用此令。前令之刑城旦舂岁而弗禁强者,如完为城旦舂岁数以免。”

根据上述规定,原来可以与隶臣妾以上徒刑复合使用的肉刑,上移到完城旦舂之上,同时

把肉刑的斩右止归入死刑。其他肉刑如斩左止和剕分别用数目不等的笞刑代替,髡刑用髡髡代替,然后服完城旦舂的劳役。而完城旦舂以下诸徒刑,都规定了服刑期限,由无期徒刑为“有年而免”。因此服城旦舂刑者至少包括以下四个等级:1.笞五百(代斩左止)为城旦舂;2.笞三百(代剕)为城旦舂;3.髡钳(代髡)为城旦舂;4.完为城旦舂(无附加刑),这四个等级除了附加刑不同而外,服刑期限与完城旦舂相同。

这里涉及到对于“诸当完者,完为城旦舂”一句的理解。师古注引臣瓚曰:“文帝除肉刑,皆有以易之,故以完易髡,以笞代劓,以杖左右止代剕。今既曰完矣,不复云以完代完也。此当官髡者乃也。”“以杖左右止代剕”大概是后来刑制有所变化,在此姑且不论。臣瓚的意思是,既然髡、剕等肉刑“皆有以易之”,就不应该有“以完代完”的说法,因此他怀疑此句当为“诸当髡者,完为城旦舂”。其实“完”就是保持身体毛发完好,并不是刑罚手段,只能与城旦舂等徒刑名称合在一起表示不附加任何身体刑,只服苦役。④文帝的诏令是“其除肉刑,有以易之”,⑤而肉刑在秦律中称“刑罪”,作为法律术语,“刑罪”是有严格界定的,它只包括髡刑以上的肉刑,髡、耐不在其中。⑥而且在文帝修改以后的刑制中,仍有“髡钳”;《后汉书·陈宠列传》又有“耐罪千六百九十八”之语;东汉简牍中所录汉代律令,有“吏部中有蠃虫水火比盗贼,不以求移,能为司寇□□”,⑦“能为司寇”即“耐为司寇”。因此,文帝所除的肉刑是不包括髡和耐的,“完城旦舂”在秦律中是徒刑的最高刑等(在不附加加刑的情况下),“诸当完者,完为城旦舂”意即按照旧刑制应当服“完城旦舂”刑的,在新的刑制中仍然保留这个刑名而不附加其他刑罚。这也就是“以完代完”或“以完代髡”的问题,因为完城旦舂与肉刑无关,不需要“有以易之”;又因为完城旦舂系徒刑名,此前需终身服刑,而现在则规定了具体刑期,“有年而免”,比以前已大大减轻了。因此,文帝改革以后,“完城旦舂”这个刑名虽然没变,而其含义与以前已大不相同了。臣瓚只注意到了文帝诏令中的对肉刑“有以易之”,而忽视了对徒刑“有年而免”,又错误地把髡、耐列入肉刑之中,因而导致了他理解上的失误。栗劲对完、髡、耐的考证极其精审,其结论令人信服,但在对“诸当完者,完为城旦舂”一语的理解上,也为臣瓚所惑,这是需要指出的。总之,《汉书·刑法志》对此语的记述并没有错误,如果改为“诸当髡者,完为城旦舂”,则反失原意。

根据张敖等人所议定的刑制,完城旦舂以下四个等级的刑名依次是鬼薪白粲、隶臣妾和司寇。其中完城旦舂的刑期是,城旦舂三岁,鬼薪白粲一岁,隶臣妾一岁,共五岁,隶臣妾的刑期是,隶臣妾二年,司寇一岁,共三岁;司寇二年(如律曰:“罪降为司寇,故一岁;正司寇,故二岁也。”)令人不解的是,鬼薪白粲的刑期,不知为何没有明确规定?师古曰:“男子为隶臣,女子为隶妾。鬼薪白粲满三岁为隶臣,隶臣一岁免为庶人,隶妾亦然也。”《汉书·刑法志》中并无此语,不知颜氏别有所据?抑或根据上下文推测而得?王先谦认为颜氏“三岁”当“一岁”之误,也没提出根据。而且如果从王氏《补注》,鬼薪白粲满一岁为隶臣妾,隶臣妾一岁免为庶人,总共只有两年,相当于司寇的刑期,似乎与情理不合。根据上文推测,高于鬼薪白粲的城旦舂是五岁刑,低于鬼薪白粲的隶臣妾,司寇分别是三岁、二岁刑,则鬼薪白粲当为四岁刑,颜氏之说不宜轻易否定。

上文已经提到,文帝改革刑制之后,仍有耐罪。耐罪在新的刑制当中处于哪一级?这里只能做一推测。《汉书·文帝纪》元年“刑者及有罪耐以上,不用此令”注引苏林曰:“一岁为耐

① 秦《秦律》规定:“隶臣妾因‘归罪二级’或军功‘新首’而免为庶人时,‘其不完者,以为隐官工’。”《睡虎地秦墓竹简》整理小组认为:“隐官工,据简文内容应在不易被人看见的工作场所的工匠。”

② 《张家山汉简《秦律》释文(一)》《文物》1993年第3期。

③ 参见于豪亮《西汉对法律的改革》《中国史研究》1982年第2期;高恒《秦律中的刑徒及其刑期问题》,《法学研究》1983年第6期。

① 栗劲《秦律通论》第249—257页。

② 《汉书·刑法志》第1098页。

③ 见21页注①。

④ 李均明、刘军《武威旱滩湾出土汉简考述》,《文物》1993年第10期。