

关于中国岁刑的起源

——兼谈秦刑徒的刑期和隶臣妾的身份(上)

刘 海 年

岁刑,即年刑,亦即通常说的有期徒刑。中国历史上岁刑始于何时?史书中仅有某些零星记载和盖然说法。云梦秦简发现之后,从秦刑徒的刑期问题提起,一些学者相继著文对中国的岁刑起源问题展开了讨论。但是,无论对秦刑徒的刑期还是对中国岁刑的起源,均是各抒己见。从几年来发表的文章看,主要有以下几种意见:第一,中国的“有期徒刑始自汉文帝改制”。持这种意见的同志认为,“秦的徒刑是无期徒刑”,“真正实行有期徒刑,还是从汉文帝十三年刑法改革开始的”,“东汉初年的卫宏把有期徒刑追溯到秦始皇以前,从而歪曲了历史的本来面目”^①。第二,汉文帝减刑诏中的“有年而免”,改革的只是废除在此之前的隶臣妾、鬼薪白粲、城旦舂等刑满之后的奴隶身分,而不是指服苦役的期限。持这种观点的同志认为:“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奴身分。”^②第三,汉文帝减刑诏中的“有年而免”,是针对当时司法实践中存在的有年不免说的,强调对劳役期满的刑徒要按时释放。中国的有期徒刑发端于西周,战国时则大量使用。从法律规定看,秦的刑徒是有期的,有期徒刑不是始自汉文帝改革。这是一种传统的观点。笔者同意这种看法,并曾著文阐述理由^③。在讨论过程中,有的在文章中对后一种看法提出了异议。这些不同意见虽然有助于对问题的深入思考,读后很受教益,但就基本观点来说,却不敢苟同。现撰为此文,以就教于各位专家和读者。

一、秦刑徒的刑期问题

认为中国历史上有期徒刑始自汉文帝改制的同志,将秦徒刑视为无期徒刑为立论的重要根据。因此,弄清秦和汉文帝改制之前是否存在有期徒刑就成了解决中国岁刑起源问题的一个关键。

(一) 史籍中关于秦刑徒及刑期的记载

史籍中关于秦刑徒及其刑期的记载主要见于《史记》、《汉书》和《汉旧仪》。

《史记·秦始皇本纪》:“及其舍人,轻者为鬼薪。”《集解》引应劭曰:“取薪给宗庙为

① 栗劲:《试论秦的徒刑是无期徒刑》,《中国政法大学学报》1984年第3期。

② 《谈“隶臣妾”与秦代的刑罚制度》,《法学研究》1983年5期。

③ 刘海年:《秦律刑罚考析》,载中华书局1981年版《云梦秦简研究》。

鬼薪也。”引如淳曰：“《律说》：鬼薪作三岁。”又：“令下三十日不烧，黥为城旦。”城旦，《集解》引如淳曰：“《律说》：‘论决为髡钳，输边筑长城，昼日伺寇虏，夜暮筑长城。’城旦，四岁刑。”

《汉书·惠帝纪》：“上造以上及内外公孙耳孙有罪当刑及当为城旦舂者，皆耐为鬼薪白粲。”应劭曰：“城旦者，旦起行治城；舂者，妇人不豫外徭，但舂作米，皆四岁刑也。今皆就鬼薪白粲，取薪给宗庙为鬼薪，坐择米使正白为白粲，皆三岁刑也。”

《汉旧仪》：“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（老）。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，以为祠祀择米也，皆作三岁。罪为司寇，男备守，女作如司寇，皆作二岁。男为戍罚作，女为复作，皆一岁到三月。”

从所引证的《史记》和《汉书》的上述材料可以看出，司马迁在《秦始皇本纪》、班固在《惠帝纪》中只提到了通行于秦和汉初的一些刑名。这些刑名所表示的刑期是由应劭和如淳说明的。应劭是东汉人，如淳是曹魏人，都是当时著名的学者。值得注意的是，如淳在注释中还两处引用《律说》。《律说》已散失，内容不详。云梦秦简中有《法律答问》一篇，《律说》的形式和性质应类似秦简的《法律答问》，是官方对法律的解释说明。这就是说，如淳的解释不是凭空想象或借助推理，而是有确实根据。

至于前面所引卫宏《汉旧仪》的记载，问题更明确。卫宏生活在两汉之交，也是一位著名的学者。其《汉旧仪》一书虽说是“载西京杂事”^①，但却是关于秦和西汉典章制度的一部重要著述。在这部著作中，哪些是“秦制”，哪些是“汉承秦制”，哪些是“汉旧制”多有说明。其具体内容与《史记》、《汉书》的记载一般均相符合。在谈及秦刑徒及其刑期一段，明确标明是“秦制”。这一记载是对《史记》《秦本纪》和《秦始皇本纪》的重要补充。当然，象当代的许多著作存在错误和缺点一样，《汉旧仪》也存在某些不准确的地方，这是我们不能苛求于古人的。但是，这部著作的主要部分，类似关于秦刑制这样的大问题，基本上是可以相信的。

还应指出，卫宏、应劭、如淳不是生活于同一时期。尽管如此，在秦刑徒刑期问题上的观点却出现了惊人的一致，这就更增加了这些记载和解释的可信程度。

（二） 秦国青铜器铭文中有关刑徒的记载

关于秦刑徒的材料，除了史籍，出土和传世的青铜器铭文也有记载。

廿五年上郡戈：

“廿五年上郡守庙

造。高奴工师窋。

丞申。工鬼薪戠。”

三年上郡戈：

“三年上郡守□

造。漆工师□。

丞□。工城旦□。

廿七年上郡戈：

^① 《后汉书·儒林传》

“廿七年上守趙造。

漆工師道。丞

恢。工隶臣積”。

四十年上郡戈：

冊、年上郡守趙圖。

圖工師楷。丞秦。因

隶臣庚。”^①

上述第一件上郡戈，郭沫若同志考证，“盖秦始皇廿五年”之器物。其他几件上郡戈，据张政烺同志考证，均为秦昭王时期之器物。这几件上郡戈的铭文有一个共同程式，首先记明制造年月，然后是监造人名，再是工师和丞的名，最后是直接生产者的身分和名。与我们讨论的问题有关的，是铭文中出现的城旦、鬼薪、隶臣等刑名。

关于始皇二十五年上郡戈之“工鬼薪”，郭沫若同志在《金文从考》里有专门考释。他指出：“‘鬼薪’见始皇本纪，九年处置嫪毐余党，‘及其舍人，轻者为鬼薪’。‘集解’引应劭曰：‘取薪给宗庙为鬼薪也’，又如淳曰：‘律说鬼薪作三岁’。此言‘工鬼薪戡’，盖戡乃罪人，受三岁之徒刑，流徙于上郡而为工者。”

关于其余几件上郡戈铭文中之工城旦、工隶臣，张政烺同志指出：“城旦、隶臣也是刑徒，城旦见始皇本纪，三十五年焚书，‘令下三十日不烧黥为城旦’，‘集解’引如淳曰：‘律说：论决为髡钳，输边筑长城，昼日伺寇虏，夜暮筑长城。城旦，四岁也’。据此，知秦的城旦是四岁刑。隶臣见《汉书·高惠高后文功臣表》，凡五见。《刑法志》记汉文帝时减刑的决议，关于男子的罪名是‘完为城旦，满三岁为鬼薪，鬼薪一岁为隶臣，隶臣一岁为庶人’。这是从城旦降罪为隶臣，这种隶臣是已经服刑四年还要服一年刑的人。‘隶臣满三岁为司寇，司寇一岁免为庶人’，这是正罪是隶臣，这样的隶臣服刑至少是三年。汉法沿袭秦制，上郡戈铭的隶臣大体说来就是这种刑徒”。

郭沫若、张政烺同志均是我国著名的考古、金文和历史学家，在上述领域他们的建树是巨大的。尽管他们对上郡戈铭中几种刑名的解释，没有超出《史记》、《汉书》的记载和应劭、如淳的注文，但对我们准确理解古人解释的原意，具有重要的参考价值。

（三）云梦秦简中有关秦刑徒的资料

据概略统计，云梦秦简中出现的城旦舂、鬼薪白粲、隶臣妾、司寇、候等刑徒名称多达百余处。其中不少记载如史籍和铭文的记载一样未说明刑期，但也有几处直接标明刑期。

《法律问答》：

“葆子狱未断而诬告人，其罪当刑为隶臣，勿刑，行其耐，又系城旦六岁。”

“葆子狱未断而诬[告人，其罪]当刑鬼薪，勿刑，行其耐，又系城旦六岁。”

“当耐为隶臣，以司寇诬人，何论？当耐为隶臣，又系城旦六岁。”

以上几条有专适用于葆子的规定，也有适用于一般人的规定。规定的特点是指明先犯有某种罪，尚未论处，又连续犯诬人罪。对这样的人，按规定是“又系城旦六岁”。葆子，是具有特殊身份的人。这种人犯罪后在量刑时和执行时享有某些法律优待。除上面谈到的，《司空律》还规定：“葆子以上居赎刑以上到赎死，居于官府，皆无将司。”不仅如此，“所弗问而

① 以上铭文均转自张政烺，《秦汉刑徒的考古资料》，《北京大学学报》1985年第3期。

久系之，大畜夫、丞及官畜夫有罪。”^① 前面所引《法律问答》的规定说明，葆子一般不受肉刑，犯罪后应处肉刑的代之以耐刑。上面所引第三条规定，适用于一般人。与对葆子的规定相比，在量刑上除肉刑之外，其他则大抵相同。规定中的“又系城旦六岁”，无论是对葆子或其他犯此种罪的人都是加重刑罚，非“只是对特殊身分人的变通执行方法和对一般人的加刑规定”^②。在一篇答问中连续三次出现“又系城旦六岁”，绝不是偶然的。张裴《汉晋律表注》：“徒加不过六，囚加不过五，累作不过十一岁。”按照秦律的规定和张裴的解释，前面几条规定中的“又系城旦六岁”，应是在本刑之外所加的最长的刑期。即：耐为隶臣（三岁刑），“又系城旦六岁”，累作九岁；耐为鬼薪（四岁刑），“又系城旦六岁”，累作十岁。由于一般城旦刑的本刑是五岁，如“又系城旦六岁”，累作最高可达十一岁。有同志否认这里出现的数的概念是秦存在有期徒刑的证据，说：“在秦律中，这种‘系城旦六岁’是仅仅作为无期刑的加重处罚而使用的，……这种有期加刑的出现，正是因为两个无期刑无法重叠造成的。”^③ 这种说法在逻辑上是混乱的。“两个无期刑无法重叠”，言下之意就是说无期刑可以与有期徒相加。这很令人费解。我认为，秦的徒刑如是无期的，法律规定中就不会出现有期加刑，法律规定的“又系城旦六岁”，恰恰证明秦的徒刑是有期的。

秦简除直接标明秦存在有期徒刑外，还有些简文的记载表明秦存在有期徒刑。

《司空律》：“人奴妾系城旦舂，贷衣食公，日未备而死者，出其衣食。”《法律答问》：

“隶臣妾系城旦舂，去亡、已奔，未论而自出，当答五十，备系日。”《司空律》：“毋令居资赎债将城旦舂。城旦司寇不足以将，令隶臣妾将。居资赎债当与城旦舂作者，及城旦傅坚、城旦舂当将司者，廿人，城旦司寇一人将。司寇不踐，免城旦劳三年以上者，以为城旦司寇。”

第一例中的“日未备”，是指服城旦刑劳役日数未滿；第二例中的“备系日”，是说要拘系至城旦刑期满。试想城旦刑如不是有期徒刑，而是无期徒刑，何以提出刑期问题呢？！就现有材料看，城旦刑是秦徒刑中最重的。既然最重的徒刑是有期徒刑，那末，轻于城旦的徒刑当然也是有期刑，而且其刑期会较短。至于第三例中规定的“司寇不踐，免城旦劳三年以上者，为城旦司寇”，我曾作过这样的分析：“这条规定的意思是，当司寇不足的时候，把服刑三年以上的城旦减免为城旦司寇。按《汉旧仪》的说法，秦的司寇为二岁刑，‘免城旦三年以上为城旦司寇’，已服三年以上刑的城旦与司寇的二岁刑相加，大体上合城旦的总刑期——五至六岁。”^④ 有同志不同意这一分析，认为不能将这一规定视为秦存在有期徒刑的根据。他们说：“城旦三年转为城旦司寇，仅仅意味着这样的城旦有资格监领其他刑徒（按：不是“其他刑徒”，而是“城旦”），既不意味城旦司寇是有期徒刑，也不意味着城旦本刑是有期徒刑”^⑤。这种意见完全忽略服三年以上刑的城旦与《汉旧仪》关于司寇为二岁刑，二者相加与史籍关于城旦刑为五岁这一总刑期相符的事实，不能认为是正确的。

在论证秦的徒刑是无期徒刑的时候，有同志说：“偌大一部秦律，刑徒刑名出现上百处，竟不见有对多类徒刑刑期的任何正面规定。”“喜是按照《秦律》的本来内容抄录的。秦简不著

① 《睡虎地秦墓竹简·秦律十八种》

② 栗劲：《试论秦的徒刑是无期徒刑》，《中国政法大学学报》1984年第3期。

③ 栗劲：《试论秦的刑徒是无期徒刑》，《中国政法大学学报》1984年第3期。

④ 刘海年：《秦律刑考析》，载中华书局1981年出版的《云梦秦简研究》。

⑤ 栗劲：《试论秦的徒刑是无期徒刑》，《中国政法大学学报》1984年第3期。

刑期，证明了秦的徒刑是无期徒刑。”^①这种意见也是不正确的。首先，秦简中抄录的徒刑刑名并非完全没有刑期，本文前面指出的“系城旦六岁”便是；其次，绝大多数刑名确实没著刑期，但这并不能证明“秦的徒刑是无期徒刑”。只要翻阅一下《史记》、《汉书》或者有关两汉的其他资料就会发现，在法律行文中只写明徒刑刑名，而不注明具体刑期，秦如此，汉也如此；汉文帝改制前如此，汉文帝改制后也如此。试看以下资料：

先看汉文帝改制前的例子：

《汉书·惠帝纪》：惠帝元年诏：“上造以上及内外公孙耳孙有罪当刑及当为城旦舂者，皆耐为鬼薪白粲。”《汉书·高惠高后文功臣表》：[严]侯张敖，“孝文四年，有罪，为隶臣。”平棘侯林辟疆，“孝文五年……有罪，为鬼薪。”

再看文帝十三年改制后的例子：

《汉书·高惠高后文功臣表》：杜衍严侯王舍，“孝文二十四年，有罪为鬼薪。”终陵齐侯华禄，“孝景四年，坐出界，耐为司寇。”南宮侯张敖，“孝武初，有罪，为隶臣。”
《汉书·景武昭宣元成功臣表》：将梁侯杨仆，武帝“元封四年，坐为将军击朝鲜畏懦，入竹二万个，赎完为城旦。”
《汉书·外戚恩泽侯表》：丘恬侯石德，“天汉元年，坐为太常失法罔上，祠不如令，完为城旦。”

如果说上面多属司法方面的例子，斑固在编撰《汉书》时有减略，那末，我们再看看《后汉书》中记载的汉代皇帝诏书有关徒刑的行文：

《后汉书·明帝纪》：中元二年十二月，诏：“天下亡命殊死以下，所得赎论：死罪入缣二十四，右趾至髡钳城旦舂十四，完城旦舂至司寇作三匹。”建初七年九月，诏：“系囚鬼薪、白粲已上，皆减本罪各一等，输司寇作。亡命赎：死罪入缣二十四，右趾至髡钳城旦舂十四，完城旦至司寇三匹。”

清末，河南洛阳出土大批刑徒砖志，其中也有许多关于刑徒刑名的例子，如：“右部无任□□岁完城旦□□，元兴□年□月□□物故，在此下。”“右部无任汝南山桑髡钳宣晓，熹平元年十二月十九日物故。”“左部无任东郡仆阳完城旦夏侯当，延光四年九月一日物故，在此下。”“左部无任任城鬼薪纡便，建宁元年七月十六日物故。”

两汉立法和司法的材料都说明，文帝改制前和文帝改制后，刑徒的称谓基本上都是沿袭秦制。看来当时各种不同徒刑刑名标志的刑期已是约定成俗，对于司法官吏和一般百姓并不象我们现在那么难于理解。所以，在秦简法律条文中徒刑的名称未著明刑期并不是什么奇怪的事情。

（四）秦律中的居作、居边和居资、赎债事实上是有刑期

首先看居作、居边：

《金布律》：“隶臣妾有亡公器、畜牲者，以其日月减其食，毋过三分取一。其所亡众，计之，终岁衣食不足以稍偿，令居之。”“官畜夫免，复为畜夫，而坐其故官以资偿及有它债，贫窶无以偿者，稍减其秩、月食以偿之，弗得居，其免也，令以律居之……未偿及居之未备而死，皆出之，毋责妻、同居。”^②《屯表律》：“元募归，辞曰日已备，致未来，不如辞，资日四月居边。”^③

① 栗劲：《试论秦的徒刑是无期徒刑》，《中国政法大学学报》1984年第3期。

② 《睡虎地秦墓竹简·秦律十八种》

③ 《睡虎地秦墓竹简·秦律杂抄》

以上三条秦律，既有针对奴隶的，也有针对官员的，还有针对募军人的。其案情：一是丢失官府器物、牲畜；二、原任官员有罪应缴财物赔偿及欠官府债务不能偿还；三、逃避兵役，期未满足归。法律规定的惩罚均为“居”。所谓居，即居作，也就是罚服劳役。按法律规定，秦的居作有居边，居于官府和居城旦舂等。在什么地方居作和居作什么，要由犯罪人的身份和所犯罪的情节而定。秦律规定，以居作抵偿债务者，“日居八钱，公食者，日居六钱”。^① 前面律文中所说的“居之未备”，即尚未居作满规定的期限。这都说明居作是有期的。“资日四月居边”，更是直接标明了刑期。应该说，汉代的罚作和复作就是在这种居作的基础上发展起来的。

再看资戍、居资：

秦律规定：

“不当禀军中而禀者，皆资二甲，戍，非吏也，戍二岁；徒食、屯长、仆射弗告，资戍一岁……军人卖禀禀所及过县，资戍一岁；同车食，屯长、仆射弗告，戍一岁。”^②

戍，即戍边；资戍，罚戍边。《史记·秦始皇本纪》：“三十四年，适治狱吏不直者，筑长城及南越地。”“正义”：“谓戍五岭，是南方越地。”这种刑罚比迁刑更接近后代的流放。资戍一岁、二岁当然也是一种有期刑。

秦简中多处提到“居资赎债”，意思是以劳役抵偿资、赎债务。为了便于分析，这里我们先谈其中的“居资”。《说文》：“资，小罚，以财自赎也。”资之本义为罚。秦简中除资戍、资徭之外，还有资布、资盾、资甲。其中又有资一盾、资二盾、资一甲、资二甲、资二甲一盾。盾是指盾牌，甲是指铠甲。资，最初可能是一种小罚，后来当资二甲、甚至更多的时候，已经不是小罚了，尤其是对于广大农民，他们一下子很难拿出如此之多的钱。由此便产生了以劳役抵偿资罪而欠下的债务的制度。秦律规定：“有罪以资赎及有债于公，以令日问之，其非能入及偿，以令日居之。”令日，即判决规定的日期。这就是说，犯资罪者，在判决规定的日期如不能偿付罚金，就要被强制去服劳役。这种人在服役期间的待遇，可能与某些刑徒略有区别，但这只属于各类刑徒之间的差别，而不能改变其有期刑徒的性质。

有同志写了一篇长文章，论证秦律中的居资不是刑名，理由是：“秦律有关资的条文很多，所涉及的范围很广，就其内容看，都没有触犯刑法。”^③ 这种观点很难令人同意。所谓刑名，当然是指刑罚名称。资、居资在秦律中是否一种刑罚，不是靠我们现在如何理解，而是要看当时的法律如何规定。正如该文作者在文章中大量列举的，资所调整的范围很广泛，这里只举秦简中的一些例子并试加分类：

1. 渎职：“仓漏朽禾粟，及积禾粟而败之，其不可食者，……百石到千石，资官啬夫一甲；过千石以上资官啬夫二甲。”^④
2. 诈骗：“敢深益其劳岁数者，资一甲，弃劳。”^⑤
3. 乏军兴：“御中发征，乏弗行，资二甲。失期三日到五日，谇；六日到，旬资一盾；过旬，资一甲。”^⑥
4. 见知不举：“甲盗不盈一钱，行乙室……其见知而弗捕，当资一盾。”^⑦
5. 诬告：“诬人盗值廿，未断，又有它盗，值百，乃后觉，当并赃以论，且行

① 《睡虎地秦墓竹简·秦律十八种·司空律》
② 《睡虎地秦墓竹简·秦律杂抄》
③ 《“居资”非刑名辨》，《许昌师专学报》，1982年第2期。
④ 《睡虎地秦墓竹简·秦律十八种》
⑤ 《睡虎地秦墓竹简·秦律杂抄》
⑥ 《睡虎地秦墓竹简·秦律十八种》
⑦⑧ 《睡虎地秦墓竹简·法律答问》

真罪、又以诬人论？当资二甲一盾。”^① 6.不敬：“伪听命书，……不避席立，资二甲。”^②

上面我们所列举的这些行为，无论如何也不能说不是犯罪，不能说没有触犯刑律。事实上秦律中就已经写得很明确了。

《法律答问》：“捕资罪，即端以剑及兵刃刺杀之，何论？杀之，完为城旦；伤之，耐为隶臣。”“甲徙居，徙数谒吏，吏环，弗为更籍，今甲有耐、资罪，问吏何论？耐以上当资二甲。”

这两条规定中两次提到资罪。很清楚，资罪一如耐罪，都是罪的一种，怎么硬说惩罚这种犯罪的手段不是刑名呢？

至于“居资”，正如我们上面所谈到的，是以劳役抵偿资罪的债务。这种居资者，多是犯资罪而又无力缴纳金钱的劳动人民。既然资是刑名，对居资也不应作出其他解释。那末，以居作抵偿资罪，当然事实上也是有刑期的一种。应当指出，以现代法学观点看，资所调整的某些关系，有属于经济、治安或行政法规调整的范围。这是中国古代法典诸法合体，对违犯经济、民事、治安和行政法律规定的行为也适用刑罚手段惩治造成的。了解这一特点，我们在分科研究的时候，就可以从不同角度向上追溯。就是说，有些规定，现在可以分为一科、二科，甚至更多，但追溯到古代，则可以在同一规定中寻找它们的共同渊源。正如我们能在秦律规定的“谪”中，既可以找到现代国家刑罚的“训戒”，也可以找到行政法的“警告”处分的渊源一样。

否认“居资”是刑名这篇文章，还以陕西秦始皇陵西侧赵背户村出土的陶文墓志“居资”与爵位并称为论据。这个墓出土的不少陶文墓志确实将居资与爵位并列，如：

“杨民居资大（教）”

“东武居资上造庆忌”

“〔杨〕民居资公士富”

“东武东间居资不更鸣”

“博昌居资用里不更余”

“杨民居资武德公士契必”

“平阴居资北游公士滕”

“阌居资便里不更牙”

“……（居）资□□不更□必”^③

按秦制，有爵位的可以军功爵抵罪。而这些墓志中为什么对同一人刑名与爵位并称呢？我们知道，秦斩敌首有军功可以得爵，告奸也可以得爵，还允许用钱买爵，秦始皇二十七年、二十八年、三十六年对全国较普遍赐爵有三次，至秦始皇末年，爵位已滥赐。随阶级斗争日益尖锐，如继续允许以爵位抵罪，无疑就给老百姓增加了一道护身符，统治阶级剥削和镇压人民的手脚将会被束缚。这样，以爵位抵罪制度必然遭到破坏。秦始皇陵西侧刑徒墓陶文墓志中出现的居资与爵位并称，反映了秦末“法度大坏”，以爵位抵罪的规定在司法实践中已不再得到遵守，并不说明“居资”不是刑名，各类居资者不是事实上的有期刑徒。

最后再看赎、居赎：

① 《睡虎地秦墓竹简·秦律杂抄》

② 始皇陵秦俑坑考古发掘队，《秦始皇陵西侧赵背户村刑徒墓》，《文物》1982年第3期。

秦的赎刑种类很多,适用广泛,仅秦简中出现的就有赎耐、赎迁、赎刑、赎黥、赎鬼薪鋈足、赎宫和赎死等。所谓赎刑,《说文》:“赎,贸也。”“‘贸’,易财也。”朱熹说:“赎刑,使之入金而免其罪。”^①赎刑是入金而免其罪,资刑是以财自赎,乍看起来二者相同,但事实上是有区别的。资刑直接规定罚金的数或者居戍、居边的期限长短,而赎刑金额的多寡却与本刑相联系,按本刑的轻重决定缴纳的钱数或居作期限长短(指以劳役抵偿赎刑债务的)。法律规定,凡居作者,日居八钱或六钱(公食)。这样,赎刑轻重不同,居作期限必然有别,以劳役抵偿赎刑债务者如同居资者一样,事实上也是一种有期刑徒。

在上述赎刑中,值得注意的是关于“赎鬼薪鋈足”的规定。前面已经谈到,鬼薪是徒刑,鋈足是在犯人足部施械具,应是一种鈇刑。这一规定说明秦的徒刑可以赎,至少从一个侧面证明了鬼薪刑是有期的。有同志却说,这一规定“不是赎作为主刑的鬼薪,而是赎附加刑鋈足”,并断言,秦“徒刑不适用赎”^②。这种解释与论断首先与秦律规定的原意不符。试看《法律答问》:“何谓‘赎鬼薪鋈足’?何谓‘赎宫’?臣邦真戍君长,爵当上造以上,有罪当赎者,其为群盗,令赎鬼薪鋈足;其有腐罪,〔赎〕宫。”

对于这则规定,云梦秦简整理小组是这样翻译的:“怎样是‘赎鬼薪鋈足’?怎样是‘赎宫’?臣邦真戍君长,相当于上造以上的爵位,有罪应准赎免,如为群盗,判为赎鬼薪鋈足;如有应处宫刑的罪,判为赎宫。”^③这是一则关于少数民族上层人物可以享受某些特权的法律规定。其意思是清楚的,目的也是明显的,即:相当上造以上爵位的少数民族上层人物,犯应处徒刑罪或应处肉刑罪的,准予赎免。从规定腐罪应赎宫看,规定中的犯群盗罪赎鬼薪鋈足,既是赎徒刑鬼薪(主刑),也包括赎鋈足(附加刑),而不是只赎附加刑不赎主刑。在秦汉以至后来封建王朝的法律史料中,还找不到只赎附加刑而不赎主刑的先例。这条法律规定的目的,是笼络少数民族的上层人物,使其中一些人犯罪后以缴纳金钱来免于受肉刑或劳役刑之苦。如果规定指的不是赎鬼薪,而鬼薪又象有同志说的是无期刑,那么,规定的目的就无法达到。

应当指出,汉文帝改制之前秦汉的徒刑可以赎不仅见于秦简,还见于《汉书·高惠后文功臣表》的记载:留侯张良的儿子张敖,“孝文五年,坐与门大夫杀故楚内史,赎为城旦”。这一记载再次证明了当时的徒刑不是不适用赎,而是在一定范围内适用赎。徒刑适用赎的事实,是汉文帝改制前已存在有期刑的有力论据。

二、秦隶臣妾的身份问题

认为秦徒刑是无期刑的同志所持的主要论据之一是:秦的隶臣妾是无期的,并由此推断重于隶臣妾的城旦舂、鬼薪白粢以及比之稍轻的司寇、候等均是无期刑。这样,弄清有关秦的隶臣妾的问题,就成为进一步论证秦徒刑刑期和解决中国有期刑始于何时的另一个关键问题。

秦的隶臣妾问题是一个很复杂的问题。云梦秦简发现后,这种人的身份在学界起了很大争论。主要的两种意见是:第一、隶臣妾是官奴隶,“官府奴隶(隶臣妾)及其孳生兄弟私家奴隶(人奴妾),都是没有期限的终身服役”^④。第二、“‘隶臣妾’是带有奴隶残余属性的刑徒。”也就是说,“隶臣妾基本上是刑徒,但保留有些官奴婢的残余属性。”^⑤由于这两种

① 《朱子大全·舜典象刑说》

② 栗劲:《试论秦的徒刑是无期刑》,《中国政法大学学报》1984年第3期。

③ 《睡虎地秦墓竹简·法律答问》

④ 云梦秦简论,《考古学报》1980年第一期。

⑤ “隶臣妾”是带有奴隶残余属性的刑徒,《法学研究》1984年第三期。

观点都能在史籍和秦简的记载中找到立论的根据，所以这两种意见都有合理的成份；但是这两种意见也都有一定的片面性。我认为，秦的隶臣妾是由两部分人组成的，即：一部分是官奴隶；一部分是刑徒。几年前，我在《秦律刑罚考析》一文中谈及隶臣妾时是这样写的：“秦律中的隶臣妾，要比其他刑徒，如城旦舂、鬼薪白粲等的情况复杂。城旦舂、鬼薪白粲，都是因本人触犯封建法律被判处徒刑的。而隶臣妾，可以是籍没的犯罪人的家属；也可以是战争中投降的敌人；还可以是封建国家掌握的官奴婢隶臣妾的后代。这里我们只谈谈因本人犯罪被判处徒刑的隶臣妾。”^①这段文章的意思已经很明确，秦的隶臣妾既包括官奴隶，也包括一部分刑徒。现在看来，这种看法是站得住脚的。

秦律中隶臣妾的这两部分，由于来源不同，所受到的对待也不相同。

（一）作为官奴婢的隶臣妾

作为官奴隶的隶臣妾在来源上见于史籍与云梦秦简的有以下几种：

1. 投降的俘虏。

《秦律杂抄》：

“寇降，以为隶臣。”

2. 犯罪人的家属、邻伍被籍没者。

《法律答问》：

“隶臣将城旦，亡之、完为城旦，收其外妻子，子小未可别，令从母为收。何谓从母为收？人固卖，子小不可别，弗卖子母谓也。”

《史记·秦始皇本纪》：

“自今以来，操国事不道如嫪毐、不韦者籍其门，视此。”“索隐”：“谓籍没其一门皆为徒隶，后并视此为常故也。”

《史记·孝文本纪》：

“请奉诏书，除收帑相坐律令。”“集解”引应劭曰：“帑，子也。秦法一人有罪，并坐其家室。”

从秦律规定看，被籍没的不是所有犯罪人的家属，而是城旦刑以上重罪者的家属。

3. 隶臣妾的子女。

《法律答问》：

“女子为隶臣妾，有子焉，今隶臣死，女子背其子，以为非臣子也，问女子论何也？或黥颜頰为隶妾，或曰完，完之当也。”

4. 通过市场购买。

《封诊式·告臣》：

“某里士伍甲缚诣男子丙，告曰：‘丙，甲臣，骄悍，不田作，不听甲令，谒卖公，斩以为城旦，受价钱。’……令令史某诊丙，不病。令少内某、佐某以市正价贾丙丞某前，丙中人，价若干钱。”

这是一件诉讼中官府购买私人奴隶的经过，其中提到了奴隶的市场价格。它印证了《汉书·王莽传》关于“秦为无道……置奴婢之市，与牛马同栏”的记载。

以上是作为官奴隶隶臣妾来源的主要渠道。这些人虽然也受压迫被奴役，甚至不少人有时与刑徒一起服役，但从性质看，他们是奴隶而不是刑徒。奴隶，一般说来比因犯罪被判

① 见《云梦秦简研究》，中华书局1981年版，第184页。

徒刑的人社会危险性小。正因如此,对他们管理上秦律就作出了一系列与刑徒不同的规定。

1.作为官奴隶,一部分更隶妾每年只以部分时间为官府服役。《仓律》:“更隶妾即有急事,总冗,以律稟食,不急勿总。”所谓更,即以轮番更代;总冗,将分散的集合起来。

2.作为官奴隶,一部分未成年的隶妾可以借给私人使用,其条件是使用者要供给衣食。《仓律》:“妾未使而衣食公,百姓有欲假者,假之,令就衣食焉。”

3.作为官奴隶,一部分隶臣妾可以在官府、甚至在宫内承担巡查或其他事务性工作。秦简《封诊式》中的《贼死》:“与牢隶臣即甲诊”,《出子》:“令令史某、隶臣某诊甲所诣子……令隶妾数字者某某诊甲”,是隶臣妾参与刑事案件侦查的事例。《行书律》中的“行传书、受书,……隶臣妾老弱及不可诚仁者勿令”的规定,说明非老弱及经官吏认为可靠的隶臣妾是可以传送、收理文件的。《法律答问》说:“宫隶有刑,是谓‘宫更人’。”这是宫内有从事具体事务的奴隶的例子。

4.作为官奴隶,隶臣妾可以奖励给有功的人员。《法律答问》:“有投书,勿发,见辄燔之;能捕者购臣妾二人”。

5.作为官奴隶的隶臣妾,其奴隶地位是终身的,只有经赎免才能成为庶民。赎免的具体办法有以下几种:第一、以战功赎免。《军爵律》:“工隶臣斩首及为人斩首以免者,皆令为工。”第二、以爵位赎免。《军爵律》:“欲归爵二级以免亲父母为隶臣妾一人者,及隶臣斩首为公士,谒归公士而免故妻隶妾一人者,许之,免以为庶人。”第三、亲属以戍边赎免。《司空律》:“百姓有母及同生为隶妾,非谪罪也而欲冗边五岁,毋偿兴日,以免一人为庶人,许之。”第四、以人顶替赎免。《仓律》:“隶臣欲以人丁酹者二人赎,许之。其老当免老、少高五尺以下及隶妾欲以酹丁者一人赎,许之。赎者皆以男子,以其赎为隶臣。”

从上述规定看,秦对奴隶的役使和压迫是严酷的,允许赎的条件也是苛刻的。但是,这些待遇在当时却不是一般刑徒所能得到的。

(待续)

稿 约

《法学研究》由中国社会科学院法学研究所主办,是面向政法部门干部、仲裁员、公证员、律师、法律顾问、政法院系师生、法学研究工作者的学术性刊物。它以马克思列宁主义、毛泽东思想为指导,坚持四项基本原则,切实贯彻理论联系实际和“百花齐放、百家争鸣”的方针。在重视法学基础理论研究的同时,积极提倡运用马克思主义的立场、观点、方法,分析研究现代化建设及经济体制改革过程中的新情况、新问题,总结新的经验,在实践中丰富和发展具有我国特色的马克思主义法学理论,促进我国法学的繁荣。

本刊着重刊登有材料、有分析、有独创性见解和建设性意见的法学各学科学术论文,从理论上总结政法实践经验的文章,有价值的调查报告和有指导意义的典型案例分析,并适当刊登港台和国外法学、法制评介文章。

来稿请用稿纸抄写清楚,并注明作者真实姓名、工作单位、通讯地址,如发表时愿用笔名者听便。请勿一稿多投,来稿一般不退,如三个月未接本刊通知,作者可自行处理。稿件一经采用,按规定付给稿酬,稿件请寄北京沙滩北街十五号《法学研究》编辑部。

本刊为双月刊,向国内外发行,全国各地邮局均可订阅,明年定价0.78元,全年价4.68元。

法学研究编辑部