

# 汉魏晋宫刑存废析

陶广峰\*

汉文帝十三年(公元前167年)除肉刑事关奴隶制“五刑”向封建制“五刑”过渡的重大问题,因而历来受到中国法制史学者的重视。论者多以积极的态度评价文帝除肉刑,但是,文帝除肉刑,宫刑是否同时废除,自古及今,却是众说不一。有的认为文帝除肉刑而宫刑不易;<sup>[1]</sup>有的说文帝除肉刑时宫刑一并废除,唯到景帝时又予恢复;<sup>[2]</sup>有的避而不提;<sup>[3]</sup>也有的虽言之确切,但不知所本,<sup>[4]</sup>等等,而各家结论所依据的主要资料又都是《汉书·刑法志》所载的丞相张苍、御史大夫冯敬上汉文帝的奏章。由是可见,文帝除肉刑时宫刑是否一并废除,以及宫刑在汉代的存废问题,确有进一步探明的必要。持宫刑不易论者认为:《汉书·刑法志》载文帝诏令:“今法有肉刑三,而奸不止,其咎安在?”孟康注曰:“黥、劓二,别左右止合一,凡三也。”张苍、冯敬上奏文帝以髡钳代黥,笞三百代劓,笞五百代斩左趾,“当斩右止……皆弃市”,独不及宫刑。史书另记文帝后仍有几起处宫刑的案例,故得出:文帝除肉刑,“宫刑不易”。

持“宫刑”被一并革除,但景帝时旋又恢复说者,不同意上述观点。其依据主要有二:第一,晁错在文帝十五年对策中说:(文帝)“肉刑不用,……除去阴刑。”注引张晏曰:阴刑,“宫刑也”;<sup>[5]</sup>第二,景帝元年诏曰:“孝文皇帝,……除宫刑,出美人,重绝人之世也。”<sup>[6]</sup>持此说者又根据景帝中元四年:“秋,赦徒作阳陵者,死罪欲腐者,许之。”苏林注曰:“宫刑,其创腐臭,故曰腐也。”如淳曰:“腐,宫刑也。丈夫割势,不能复生子,如朽木不生实”等。<sup>[7]</sup>他们据此得出:汉文帝除肉刑,宫刑一并废除,但至景帝时“宫刑即恢复”的结论。

考之有关古籍,笔者同意汉文帝除肉刑宫刑同时废除的观点,并作两点补证:

其一,《汉书·刑法志》载文帝十三年废除肉刑诏:“夫刑至断肢体,刻肌肤,终身不息……其除肉刑,有以易之”;前引张苍、冯敬奏言:“肉刑所以禁奸,所由来久矣。陛下下明诏,怜民之一有过,被刑者终身不息……。”据王棠《知新录》云:汉文帝诏中“终身不息,是指宫刑”。又据

\* 兰州大学法律系副教授。

[1] 如崔浩:《汉律系》,《中国大百科全书·法学》“宫”条,杨鸿烈:《中国法律发达史》,张金鉴:《中国法制史概要》等。

[2] 如马端临:《文献通考·刑制二》,陈顾远:《中国法制史概要》,肖永清主编:《中国法制史简编》等。

[3] 如周密:《中国刑法史》,张晋藩:《中国法制史》等。

[4] 如刘海年、杨一凡:《中国古代法律史知识》。

[5] 《汉书·晁错列传》

[6] [7] 《汉书·景帝纪》

《说文解字》段玉裁注“息”云：“生长之鞫”（称本字）。由是可见，“终身不息”即指受宫刑后，丧失生育能力，故汉文帝除肉刑，宫刑在被废之列无疑。

其二，《三国志·魏志·钟繇传》：（魏明帝）太和中，繇上书曰：“使如孝景之令，……其当弃市，欲斩右趾者许之，其黥劓左趾宫刑者，自如孝文易以髡笞，能有奸者，率二十至四五十，虽斩其足，犹任生育，今天下人少于孝文之世，下计所全，岁三千人。”按，文中“其黥劓左趾宫刑者，自如孝文易以髡笞”，是明言汉文帝以“髡笞”之罚，代替“宫刑”。这又是文帝除肉刑同时废宫刑的佐证。

但笔者不同意“宫刑”至景帝时又恢复的看法。试证如下：

班固曰：“今汉道至盛，历世二百余载，考自昭、宣、元、成、哀、平六世之间，断狱殊死，率岁千余口而一人，耐罪上至右趾，三倍有余。”又言：“除肉刑者，本欲以全民也。今去髡钳一等，转而入于大辟，以死罔民，失本惠矣。”按，班固仅言“殊死，率岁千余口而一人，耐罪上至右趾，三倍有余”，“去髡钳一等，转而入于大辟”，唯未提及“宫刑”。据《尚书·吕刑》注：“宫，次死之刑也。”按其顺序当介于“右止”与“殊死”、“髡钳”与“大辟”之间，班固在此独不提及宫刑，绝非出于疏忽，系自文帝废除后再未复之故。

与班固之说相近的还有仲长统，其《昌言·损益篇》云：“肉刑之废，轻重无品，下死则得髡钳，下髡钳则得鞭笞，死者不可复生，而髡者无伤于人，髡笞不足以惩中罪，安得不致于死哉。夫鸡狗之攘窃，男女之淫奔，酒醴之賂遗，谬误之伤害，皆非值于死者也。杀之则甚重，髡之则甚轻，不制中刑以称其罪，则法令安得不参差，杀生安得不过谬乎？”

据各种古籍的解释，宫刑都是专为“不以义交”的男女而设。然阅文帝而后的汉代史料，犯淫乱的男女，不论是“强”，是“和”，均不处宫刑。如：嗣侯董朝，（汉武帝）元狩三年坐为济南太守与城阳王女通，耐为鬼薪。嗣侯宣生，元朔三年，坐与人妻奸，免；<sup>〔8〕</sup>又如：“利取侯毕寻玄孙守，坐奸人妻，国除”；<sup>〔9〕</sup>再如“庸？侯端，（汉元帝）永光二年坐强奸人妻，会赦免”；<sup>〔10〕</sup>等等均是。这说明文帝后并未恢复宫刑。

再考察一下两汉及魏晋人士关于肉刑的言论看看文帝后宫刑是否恢复。

班固云：“至乎穿窬之盗，忿怒伤人，男女淫佚，吏以为赃，若此之恶，髡钳之罚又不足以惩也。故刑者岁十万数，民既不畏，又曾不耻，刑轻之所生也”；又云：“及伤人与盗，吏受赇枉法，男女淫乱，皆复古刑，为三千章”。<sup>〔11〕</sup>按，第一，“男女淫佚”，处以髡钳，而非如古时处以宫刑。第二，因犯“淫佚”等罪而被处以髡钳之罚者，“岁十万数”，“民既不畏，又曾不耻”。考之古时，凡受“宫刑”者，视为“一罹刀锯，没世不齿”之灾难。第三，班固认为，凡“男女淫乱”等罪的处罚，“皆复古刑，为三千章”。所谓“古刑三千章”，即“墨罚之属千，劓罚之属千，髡罚之属五百，宫罚之属三百，大辟之罚二百”；<sup>〔12〕</sup>其中“宫罚之属三百”，即是专为男女淫乱而设。由是可见，“宫刑”至东汉时仍未恢复。

魏晋时期参与肉刑之议的主要人物有：孔融、陈群、傅、夏侯玄、刘颂等人。

《后汉书·孔融传》：“论者多欲复肉刑。融乃建议曰：‘被刑之人，虑不全生，志在思死，类多

〔8〕《汉书·功臣表》

〔9〕《东观汉纪》

〔10〕《汉书·王子侯表》

〔11〕〔12〕《汉书·刑法志》

趋恶,莫复归正。夙沙乱齐,伊戾祸宋,赵高、英布为世大患,不能止人遂为非也,适足绝人还为善耳?虽忠如鬻拳,信如卞和,智如孙臆,冤如巷伯,才如史迁,达如子政,一罹刀锯,没世不齿。……朝廷善之,卒不改焉。”

《三国志·魏志·陈群传》：“太祖议复肉刑，……群对曰：……若用古刑，使淫者下蚕室，盗者刖足，则永无淫放穿？之奸矣。夫三千之属虽未可悉复，若斯数者，时之所患，宜先施用。”

傅 称：“肉刑之法不当除也。经有墨、劓、割之刑，至于凿颠、抽胁、烹煮之刑，卫鞅所述为，非咎陶所造，吕侯所述。据经按传，肉刑不当除。”<sup>〔13〕</sup>

夏侯玄云：“于古当生，今独死者，皆可募行肉刑，及伤与盗，吏受赃枉法，男女淫乱者，皆复古刑。”<sup>〔14〕</sup>

刘颂云：“亡者刖足，无所用复亡；盗者截手，无所用复盗；淫者割其势，理亦如之。除恶塞源，莫善于此。……今宜取死刑之限，轻及三犯，逃亡淫盗，悉以肉刑代之。”<sup>〔15〕</sup>

按：由孔融所言“绝人”、“一罹刀锯，没世不齿”；陈群所言：“使淫者下蚕室，盗者刖足……若斯数者，时之所患，宜先施用”；傅 所言“经有墨、劓、割之刑……据经按传，肉刑不当除”；夏侯玄所言：“男女淫乱者，皆复古刑”；以及刘颂所坚持的“淫者割其势，理亦如之……”等看，不仅有汉一代，乃至降及魏晋，宫刑仍未恢复。由此可见，宫刑之除，是顺应历史、人心之举。

以下笔者再对“文帝除肉刑而宫刑未易”和“文帝除肉刑，亦除宫刑，唯至景帝时又予恢复”等观点所依据的史料，另作一些分析辩证：

据《汉书·司马迁传》，其“报任安书”云：“……其次？毛发，婴金铁受辱，其次毁肌肤，断支体受辱，最下腐刑，极矣。……（《史记》）凡百三十篇，……草创未就，适会此祸，惜其不成，是以就极刑而无愠色。仆诚已著此书，藏之名山，传之其人，通邑大都，则仆偿前辱之责，虽万被戮，岂有悔哉？”

《汉书·张安世传》：“安世兄贺，幸于卫太子。太子败，宾客皆诛。安世（宣帝时拜为大司马，车骑将军，领尚书事）为贺上书，得下蚕室（师古曰：腐刑也）。”

东汉诏殊死犯人“募下蚕室者”，主要为光武、明、章、和四帝。其诏书如下：

《后汉书·光武纪下》：光武二十八年，“诏死罪系囚，皆一切募下蚕室，其女子宫”；三十一年，“秋九月甲辰，诏令死罪系囚，皆一切募下蚕室，其女子宫”；

《后汉书·明帝纪》：明帝永平八年，诏“……殊死者，一切募下蚕室”；

《后汉书·章帝纪》：章帝建初七年，诏“犯殊死，一切募下蚕室，其女子宫”；章帝元和元年诏：“其犯殊死，一切募下蚕室，其女子宫”；

《后汉书·和帝纪》：和帝永元八年，诏“其犯大逆，募下蚕室，其女子宫”。

按：司马迁之受宫刑，是为了完成他的《史记》；张贺之受宫刑，是因其弟张安世为他上书请求的结果，亦即该二人均自请受宫，为免一死，皆合于景帝“死罪，欲腐者许之”的诏令。至于东汉四帝的诏令，殊死者，均可“募下蚕室”，这里之“募”，与景帝的“死罪，欲腐者许之”之“欲”，用意是相同的，即犯死罪之人，皆可在自愿的前提下，以请受“宫刑”保留活命。由此可见，上述所言宫刑与汉文帝除肉刑前之宫刑，已有根本区别，前者只是以“宫”易“死”，不再是法律规定的

〔13〕 《艺文类聚》卷 54

〔14〕 《通典》卷 168。

〔15〕 《晋书·刑法志》

刑名,而后者则系法定刑种。

综括以上,笔者的结论是,自文帝十三年始,“宫刑”已被从法律上废除,不再是汉律的刑名。至于汉景帝时诏“死罪,欲腐者许之”,及东汉光武、明、章、和四帝诏死罪可“募下蚕室”等,实与魏人钟繇所说的“当弃市,欲斩右趾者,许之”<sup>[6]</sup>等一样,均是两汉帝王因一时之喜好,变死刑为保留生命的肉刑的临时举措,更是帝王收揽人心之举措,此同《晋书·刑法志》所言:“行刑之时,先申明法令,乐刑者别,甘死者杀,则心服矣”等如出一辙,决非如有的学者所说,宫刑至景帝时重又恢复。所以,文帝除肉刑之后的所谓“宫刑”,与被废前作为汉律之主要刑名的“宫刑”,是不可等同视之的。

[6] 《三国志·魏志·钟繇传》