

《王杖十简》与《王杖诏书令册》法律思想研究

——兼及“不道”罪考辨

崔永东*

本世纪50年代和80年代,在甘肃武威缠山村磨嘴子汉墓先后出土了两批木简。1959年出土了第一批木简10枚(又称“王杖十简”),由三道编绳编联,每简长23厘米,宽1厘米。这十枚木简系一完整册书,内容涉及西汉宣、成二帝关于对高年老人赐王杖的两份诏书、对侮辱受杖老人的犯罪者的判决案例等等。1981年又出土了第二批木简,共26枚(原简实为27枚,遗失一枚),简长23.2—23.7厘米,宽0.9—1.1厘米。简文字体为隶书,字迹清晰。未简有“王杖诏书令”字样,故称此简册为“王杖诏书令册”。该册记载了关于尊敬老者、抚恤鳏寡孤独残疾者、高年赐杖以及处决殴辱受杖老人的罪犯等5份诏书。

从上述两批木简的简文中,我们可以考察儒家的刑法思想是如何影响汉代的刑事立法的。在考察该问题之前,我们首先对王杖十简及王杖诏书令册的简文进行考释和翻译。¹

一、关于两篇简文的绎释

(一) 《王杖十简》

关于《王杖十简》的排序和简文的句读,学界有较大分歧。笔者对王杖十简的排序基本与《散见简牍合辑》一书同,唯把第九简与第十简次序互移。下面,笔者根据自己对文义的理解把简文作句读如下:

制诏丞相御史:高皇帝以来,至本二年,胜(朕)甚哀[怜]老小,高年受王杖。上有鸠,使百姓望见之,比于节。有敢妄骂詈、殴之者,比逆不道。得出入官府节第,行驰道旁道;市卖,复毋所与,如山东复。有旁人养谨者,常养扶持,复除之。明在兰台石室之中。王杖不鲜明,得更缮治之。河平元年,汝南西陵县昌里先,年七十受王杖,颍部游徼吴赏,使从者殴击先,用谗(诉),地太守馡(馡),廷尉报:罪名明白,赏当弃市。制诏御史曰:年七十受王杖者,比六百石,入官廷不趋;犯罪耐以上,毋二尺告劾,有敢征召、侵辱者,比大逆不道。建始二年九月甲辰下。兰台令第卅三御史令第卅三。尚书令灭,受在金。孝平皇帝元始五年幼伯生,永平十五年受王杖。

本二年:当为本始二年。告劾:起诉。报:判决。

现把简文大意译释如下:

* 中国人民大学法学院博士后研究人员。
¹ 《散见简牍合辑》,文物出版社1990年版。

制诏丞相御史:自高祖以来至本始二年(公元前72年),朕甚哀怜老小。对高年老人授以王杖,王杖之上佩以鸠饰,百姓望之,犹如持节。若有对受杖老人谩骂、殴打者,则比照大逆不道罪论处。受杖老人可自由出入官府或行于天子驰道之旁;若做生意,免征商品税,就如同对待入关的“山东”(华山以东地区)人一样。若有旁人赡养老人,也免除其赋税。这种律令藏于兰台石室之内。如果王杖鸠饰不够醒目,则需要修理。河平元年(公元前28年),汝南西陵县有一个叫先的人,在七十岁的时候接受了王杖,有一天,他遭到了颍亭游徼吴赏之随从的殴打,先便上诉于汝南太守,太守又上谏于廷尉,廷尉批复道:罪名成立,对吴赏处以弃市之刑。制诏御史曰:凡七十岁受王杖者,其地位相当于食俸比六百石之官吏,进入官庭不用迈小步疾走;即使犯耐罪以上,在无人起诉之前,若有人征召他服役或侮辱他,则对该人比照大逆不道罪论处。这是在建始二年(公元前32年)九月甲辰下的诏令。这一诏令载于兰台令第三十三章、御史令第四十三章之中。尚书令又接受这一诏令,诏令藏于金匱石室之中。(西汉)孝平皇帝元始五年(公元5年),幼伯(墓主)出生,(东汉)永平十五年(公元72年)接受王杖。

(二)《王杖诏书令册》

《王杖诏书令册》共有二十七枚竹简,根据笔者对简文的理解,试作句读如下([]内之字为笔者据文义所加;()内之字为俗体字):^④

制诏御史:年七十以上,人所尊敬也。非首杀伤人,毋告劾也,毋所坐。年八十以上,生日久乎? [男子]年六十以上,母子男为鳏(鰥);女子年六十以上,母子男为寡。贾市,毋租,比山东复。复人有养谨者扶持。明著令。兰台令第 二。

孤、独、盲、珠(侏)孺(儒),不属(律)人。吏毋得擅徵(征)召,狱讼毋得(系)。布告天下,使明知朕意。夫妻俱母子男为独寡,田毋租,市毋赋,与归义同;沽酒醪列肆。尚书令臣咸再拜受诏。建始元年九月甲辰下。

汝南大(太)守 灑(讞)廷尉,吏有殴辱受王杖主者,罪名明白。制曰:灑(讞)何,应论弃市。云阳白水亭长张熬,坐殴 拙(拽)受王杖主,使治道。男子王汤告之,即弃市。高皇帝以来,至本始二年,朕甚哀怜耆老,高年赐王杖,上有鸠,使百姓望见之,比于节;吏民有敢骂詈殴辱者,逆不道;得出入官府节第,行驰道中;列肆贾市,毋租,比山东复。

长安敬上里公乘臣广昧死上书皇帝陛下:臣广知陛下神零(灵),覆盖万民,哀怜老小。受王杖,承诏。臣广未常(尝)有罪耐司寇以上。乡吏……下,不敬重父母所致也,郡国易(惕)然。臣广愿归王杖,没入为官奴。臣广昧死再拜以闻皇帝陛下。制曰:问何乡吏,论弃市,毋须时,广受王杖如故。元延三年正月壬申下。

制诏御史:年七十以上杖王杖,比六百石,入官府不趋;吏民有敢殴辱者,逆不道,弃市。令在兰台第 三。汝南郡男子王安世,坐桀黠,击鸠杖主,折其杖,弃市。南郡亭长司马护,坐擅召鸠杖主,击()留,弃市。长安东乡 啬夫田宣,坐(系)鸠杖主,男子金里告之,弃市。陇西男子张汤,坐桀黠,殴击王杖主,折伤其杖,弃市。亭长二人,乡 啬二人,白衣民三人,皆坐殴辱王杖功,弃市。

“非首杀伤人”:据颜师古《汉书·宣帝纪》对“首匿父母”的解释:“凡首匿者,言为谋首而藏匿罪人”;知“首”当为“首谋”。不属律人:不属于刑律所及之人。公乘:爵位名称。耐司寇:耐为司寇。“耐”是剃去颊须之刑,“司寇”是一种在边防防敌寇的劳役刑。郡国易然:“易”通“惕”,惊惧

^④ 关于《王杖诏书令册》,党寿山的文章曾作过考释,参见《汉简研究文集》,甘肃人民出版社1984年版,第37页。

之意。比六百石：汉官秩名，不可把“比”理解为“比照”或“相当于”^④

现把王杖诏书令册译释如下：

制诏御史：七十岁以上的老者，应该受到人们的尊敬。若非首谋杀伤人，则不可起诉，不予追究。如果年龄到了八十以上，难道还能活很久吗？男子到了六十岁以上，若无儿子则称为鰥；女子到了六十岁以上，若无儿子则称为寡。鰥寡之人在市场上做买卖，不收租税，就如同对待入关的“山东”人免收租税一样。其他人若有愿意赡养和照顾老人者，亦免除其租税。这些明确规定在法令之中，编入《台令》第四十三篇之中。

孤独之人、盲人和侏儒，均不属于刑律所及之人。官吏不能擅自征召他们，遇有狱讼之事也不能捆绑他们。特此布告天下，使天下人了解朕的用意。无儿子的夫妻称为独寡，他们种田可免除租税，做买卖可免除赋税，与归顺于中国的少数民族同样对待；他们还可以在市肆从事卖酒酒。尚书令咸再拜，接受此一诏令。这一诏令是在建始元年九月甲辰下达的。

汝南太守上谏于廷尉（请示如何判决人犯），有一殴打侮辱王杖主人的官吏，罪名成立，应怎样处刑？制曰：应处弃市之刑。云阳县白水亭长张熬，殴打、拉扯王杖主人，并使其修路。男子王汤告发了此事，官府便判处张熬弃市之刑。从高皇帝（刘邦）以来，至本始二年，朕对高龄老人甚为怜悯，决定赐予王杖，上有鸠饰，人们一望便知，持杖者与持节者待遇相同；不论是官吏还是平民，若有敢于谩骂、殴辱王杖主人的行为，便是犯下了大逆不道的罪行；持杖者可出入官府节第，可乘车沿驰道边行驶；持杖者可在市场做买卖，不征租税，就像对待入关的“山东”人一样。

长安县敬上里公乘臣广冒死上书皇帝陛下：我深知陛下乃人间神灵，慈惠万民，怜悯老小。我接受王杖，蒙受诏书。我从未犯过耐为司寇以上的罪。我对乡吏催促我办的事未能及时办理，受到乡吏的质问，面对乡吏，我没有屈服。乡吏……下（按：中缺一简，文义不明），这是乡吏不敬重父母导致的，郡国之人对乡吏殴辱受杖老人的行为感到震惊。我愿归还王杖，没身为官府之奴。臣冒死再拜，向皇帝陛下禀告此事。制曰：对乡吏立即处以弃市之刑，广仍可持有王杖。这是元延三年正月壬申所下的诏令。

制诏御史：七十岁以上的人持有王杖，其待遇与比六百石官吏相同，进入官府不必迈小步疾走；官吏或平民有敢殴打和侮辱他的，按大逆不道罪处以弃市之刑。此令编于《台令》第四十三篇之中。汝南郡男子王安世，凶恶奸诈，击打鸠杖主人，并折断其杖，被判处弃市之刑。南郡亭长司马护，擅自传诏持杖老人，并对其进行捆绑和拘留，也被判处弃市之刑。长安东乡畜夫田宣，捆绑鸠杖主，被男子金里告发，官府判处田宣弃市之刑。陇西男子张汤，凶恶奸诈，殴打王杖主，折断其杖，被判处弃市之刑。共有亭长二人，乡畜夫二人，平民三人，皆因殴打、侮辱王杖主之事而被处以弃市。

④ 党寿山谓比六百石“相当于六百石官吏”，把“比”理解为“相当于”，不确。《汉书·百官公卿表》颜师古注曰：“汉制，三公号称万石，其俸月各三百五十斛谷。其称中二千石者月各八十斛，二千石者百二十斛，比二千石者百斛，比四百石者四十五斛，三百石者四十斛，比三百石者三十七斛，二百石者三十斛，比二百石者二十七斛，一百石者十六斛。”可见，汉代确有“比六百石”这一官秩。下面，笔者将《百官公卿表》正文中带“比”字的官秩罗列于下：“武帝元狩五年初置司直，秩比二千石，太中大夫秩比千石如故。……议郎、中郎秩比六百石，侍郎比四百石，郎中比三百石。谒者掌宾饗受事，员七十人，秩比六百石，有仆射，秩比千石。”“戍已校尉，元帝初元元年置，有丞、司马各一人，候五人，秩比六百石。”“秩比六百石以上，皆铜印黑绶……。”上述材料足以说明，“比六百石”绝不能解为“相当于六百石官吏”，因为它与六百石是不同的两个官秩。食俸“比六百石”的官员属于中级官员。接受了王杖的老人，亦即受封为“比六百石”官秩。

二、两篇简文中反映的儒家刑法思想

史学界经常用“汉承秦制”这句话来说明汉代对秦代法律制度的继承,这大致说来是不错的。如果说汉代律典主要是法家刑法思想影响下的产物,或许并不过分,但从汉代的另外一种法律形式“令”(皇帝的诏令)中又可以看到儒家刑法思想在起作用这一事实。

《汉书》所载的西汉皇帝所颁布的有关尊敬老人、怜悯妇幼的诏令明显反映了儒家思想的影响。例如,汉惠帝下诏称“民年七十以上,若不满十岁,有罪当刑者,皆完之”(《汉书·惠帝记》),汉景帝后元三年下诏称“高年老长,人所尊敬也;鳏寡不属逮者,人所哀怜也。其著令:年八十以上,八岁以下,及孕者未乳、师、侏儒,当鞠系者,颂系之”(《汉书·刑法志》),汉宣帝元康四年下诏称“自今以来,诸年八十以上,非诬告、杀伤人,它皆勿坐”(《汉书·宣帝纪》)。汉成帝鸿嘉元年的诏令云:“年未及七岁,贼斗杀人及犯殊死者,上请廷尉以闻,得减死。”(《汉书·刑法志》)汉平帝元始四年下诏曰:“妇女非身犯法,及男子年八十以上,七岁以下,家非坐不道,诏所明捕,它皆勿得系。”(《汉书·平帝纪》)尊老怜幼,抚恤鳏寡、孤独、废疾等是儒家提倡的伦理道德,当然,儒家主张法律应给予这些人一些优待,如其犯罪可减免刑罚,由此即可博得宽刑的美名。日本学者堀毅曾指出:“汉代的法律制度虽大致继承了秦制,但在刑罚的减免等方面,却作了很大的修改。”¹⁴并认为这是儒家“宽刑主义”的刑法思想影响的结果。所谓“宽刑主义”政策,根据堀毅的理解,即是“对老、小、有疾者、妇女,从儒学的观点出发逐渐地施加优恤的政策”。这种分析是有见地的。从甘肃武威出土的王杖十简及王杖诏书令册简文中,我们也可以找到旁证。例如:

高皇帝以来,至本[始]二年,胜(朕)甚哀[怜]老小。(《王杖十简》)

年七十以上,人所尊敬也。非首杀伤人,毋告劾也毋所坐。(《王杖诏书令册》)

孤、独、盲、珠(侏)儒(儒),不属(律)人。吏毋得擅徵(征)召,狱讼毋得(系)。(同上)

七十岁以上的老人,如果不是犯了首谋杀伤人的重罪,则不要起诉,也不要追究。至于孤独、侏儒和盲人,他们不属于刑律所及之人(犯了法亦不宜追究),狱讼时对他们不能捆绑。这些规定反映了儒家“宽刑主义”刑法思想的影响。

另外,我们从简文中有关尊敬和保护王杖主人的规定中还可以看到儒家传统的“尊尊”思想的影响。所谓“尊尊”即尊敬尊长,而皇帝是最高的尊长,故尊敬尊长首先是尊敬皇权。皇帝赐予高龄老人的鸠杖也是皇权的象征,所以尊敬鸠杖主也就是尊敬皇权。鸠杖主人在法律上享有种种特权,这种特权是神圣不可侵犯的。如果有人胆敢侵犯,那么不管他是官吏还是平民,都要以大逆不道罪论处,判处弃市之刑。请看下面的例证:

……高年受王杖。上有鸠,使百姓望见之,比于节。有敢妄骂詈、殴之者,比逆不道。得出入官府节第,行驰道旁道,市卖,复毋所与,如山东复。(《王杖十简》)

河平元年,汝南西陵县昌里先,年七十受王杖,颍部游徼吴赏,使从者殴击先,谗(诉),地太守(献) (献),廷尉报:罪名明白,赏当弃市。(同上)

年七十受王杖者,比六百石,入官廷不趋;犯罪耐心上,毋二尺告劾,有敢征召、侵辱者,比大逆不道。(同上)

¹⁴ [日]堀毅:《秦汉法制史论考》,法律出版社1988年版,第202页。

云阳白水亭长张熬，坐殴_拙(_拽)受王杖主，使治道。男子王汤告之，即弃市。(《王杖诏书令册》)

高皇帝以来，至本始二年，朕甚哀怜耆老，高年赐王杖，上有鸠，使百姓望见之，比于节；吏民有敢骂詈殴辱者，逆不道；得出入官府节第，行驰道中；列肆贾市，毋租，比山东复。(同上)

汝南郡男子王安世，坐桀黠，击鸠杖主，折伤其杖，弃市。(同上)

长安东乡啬夫田宣，坐(系)鸠杖主，男子金里告之，弃市。(同上)

陇西男子张汤，坐桀黠，殴击王杖主，折伤其杖，弃市。(同上)

综合以上材料，可以归纳王杖主人的特权如下：

1. 可自由出入官府；
2. 可行驰于天子驰道之旁；
3. 做买卖免收租税；
4. 享受的待遇与比六百石官吏相同；
5. 进入官庭之中不用小步疾走；
6. 犯有耐罪以上的罪，在被起诉之前，不可征召、侵害和侮辱他，否则以大逆不道罪论处。
7. 无论是官吏还是平民，有敢谩骂、殴打和侮辱王杖主人的，一律按大逆不道罪论处。

王杖主所持鸠杖“比于节”，即如同天子使者所持的节一样，是皇权的象征，任何人都不可侵犯。尤其是对鸠杖主的人身和名誉，更不可伤害和侮辱；伤害和侮辱其人身与名誉，也就是侵犯了皇权，必将受到法律的严惩(即以大逆不道罪处以弃市之刑，许多案例证明了这一点)。上文所引云阳白水亭长张熬、汝南郡男子王安世、南郡亭长司马护、长安东乡啬夫田宣、陇西男子张汤即因殴打、捆绑、侮辱鸠杖主或折断其杖而被判处弃市之刑。由此可见，儒家的尊老敬老思想在汉代被统治者实践化成了具体的法律制度，并贯彻到司法实践中去了。

汉代的尊老制度始于汉高祖，当时尊老的对象只限于“三老”(掌教化的乡官)。高祖二年二月诏曰：“举民年五十以上，有修行，能帅众为善，置以为三老，乡一人。择乡三老一人为县三老，与县令丞尉以事相教，复勿繇戍，以十月赐酒肉。”(《汉书·高帝纪》)到了惠帝时，对犯罪的老幼一律免予处罚，规定“民年七十以上，若不满十岁，有罪当刑者皆完之”(《汉书·惠帝纪》)。到景帝时，对惠帝的尊老制度作了修改，对老幼的宽容范围有所限制，规定“年八十以下，及孕者未乳、师、朱儒，当鞠系者，颂系之”(《汉书·刑法志》)。这样，宽容的范围由七十以上、十岁以下变为八十以上、八岁以下；宽容的对象犯法后也不是免除刑罚，而只是“当鞠系者，颂系之”。到了宣帝时，因念“耆老之人，齿发坠落，血气既衰，亦亡暴逆之心，今或罹于文法，拘执圜墙，不终天命”，故对八十岁以上的犯罪者宽大到“非诬告、杀伤人，它皆勿坐”(同上)。并规定对高年老人授以王杖，可享受种种特权，这就提高了王杖主的社会地位。到了成帝时，又把宣帝时对八十岁以上老人授王杖放宽为对七十岁以上老人即可授王杖，并规定其地位相当于比六百石官吏。东汉时期仍沿袭此一制度。汉代的尊老制度，可以说是儒家思想影响的产物，而对侮辱王杖主的犯罪行为的刑罚规定，正反映了儒家刑法思想对刑事立法领域的渗透。

综上所述可知，王杖十简和王杖诏书令册之简文中所反映的儒家刑法思想主要包含这样两个方面的内容：一方面是宽刑主义，宽刑的对象是七十岁以上的接受王杖的老人(王杖主)，他们犯罪可以减免刑罚，这是对西周以来“明德慎罚”传统的继承；另一方面是重刑主义，重刑的对象是那些殴辱王杖主的人，他们均以“逆不道”的罪名被处死，这是对破坏儒家伦理秩序之行为的惩治。无论是宽刑主义还是重刑主义，可以说都是儒家尊老敬老、维护皇权思想在刑法

领域中的表现。

三、由简文“不道”罪所启发的联想——兼评大庭修有关论点

《杖十筒》与《杖诏书令册》中有关“不道”罪的规定,启发了我对“不道”罪之源流进行探索的冲动,弄清这个问题,在中国法制史上具有重要的意义。故笔者在本部分中对此有所论列。近读日本学者大庭修的名著《秦汉法制史研究》,对其中提出的有关“不道”罪的观点颇感诧异,一是认为汉代的“不道”罪与“不孝”罪并无什么关系,因为汉代“不道”罪不包含违犯家族伦理的行为;二是认为“不孝”罪的罪名实际上是在魏晋以后出现的。这两种说法笔者均不能同意。关于第一个方面,《杖诏书令册》曾指出乡吏殴辱王杖主这种“逆不道”的行为乃“不敬重父母所致也”,这似乎点明了“不孝”与“不道”的关系,笔者以此为线索,对有关史籍进行了考察,得出了汉代“不道”罪包含“不孝”罪的结论。关于第二个方面,笔者对“不孝”罪的源流也进行了考察,指出早在战国时期的秦国法律中就出现了“不孝”罪名,从而否定了大庭修的有关说法。

关于“不道”罪,如果考察这一罪名的起源的话,可追溯至殷代的“不吉不迪”罪。《尚书·盘庚》云:“乃有不吉不迪,颠越不恭,暂遇奸宄,我乃剿灭之,无遗育,无俾易种于兹新邑。”³孙星衍解此语之意为:“言有不善不道、颠狂不法不愿者,及诈邪奸宄之行,我则断绝之,无使滋长其类于新邑。”《说文》:“吉,善也。”《广雅·释詁》:“迪,道也。”可知“不迪”即“不道”。“不迪”罪的具体内容是什么?现已不可考见。但从字面之义推测,盖指不行正道而言。

近来翻看文物出版社于1998年5月出版的《鄢店楚墓竹简》,其中的《冢之闻之》篇给我一个惊喜的发现,在战国中期的楚国已有“逆大道”的罪名,这应该说是“不道”罪的雏形了。现将有关材料转引如下:

天(降)大(常),以里(理)人(伦)。折(制)为君臣之义,悖(著)为父子之亲(亲),分为夫妇之(辨)。是古(故)小人(乱)天(常)以逆大道……。

不(大)常(常)者,文王之型(刑)莫厚安(焉)。

从上述言语可以看出,所谓“大道”就是“大常”或“天常”,而其内容即“君臣之义”、“父子之亲”和“夫妇之辨”。“逆大道”的行为既违背了国家伦理(即“君臣之义”),又违犯了家族伦理(即“父子之亲”和“夫妇之辨”),显然,后者也包括了“不孝”行为在内。对“逆大道”(即不服从“大常”)的行为“刑莫厚焉”,就是说必须进行严惩,以维护国家利益与家族利益。

至汉代,“不道”这一罪名的内涵急剧膨胀,据安作璋、陈乃华考证,“不道”罪包括了谋反、巫蛊、祝诅上、首匿反者、诽谤、妖言、以言语及犯宗庙园陵、上僭、诬罔主上、漏泄省中语、击“鸩杖主”(王杖主)、赃百万以上等十三种犯罪行为。⁴另据日本学者大庭修考证,汉代“不道”罪包括如下犯罪行为:“欺骗天子的行为(诬罔);袒护臣下欺骗天子的行为(罔上);政治主张缺乏一贯的原则,使天子与朝议困惑的行为(迷国);对天子及当前政治公然进行非难的行为(诽谤);以诽谤手段收受大量金钱或浪费以及侵吞公款的行为(狡猾);蛊惑民心,以及因失误导致动乱的行为(惑众);损害皇恩的行为(亏恩);给天子、王室或国家带来严重危害的渎职行为(奉使无

³ 孙星衍:《尚书今古文注疏》,中华书局1986年版,第238页。

⁴ 安作璋、陈高华:《秦汉官吏法研究》,齐鲁书社1993年版,第214页以下。

状)。^③

大庭修认为,“不道”罪史中所规定的各种犯罪行为,“具有倾覆刘氏天下,变更汉朝国家体制的危险性。对这些行为,因为背弃为臣下之道,所以作为‘不道’罪被处以刑罚。总之,凡背弃为臣之道,祸乱民政,危害君主及国家,颠覆当时社会体制的行为,一般称为‘不道’。”^④这种分析基本上是正确的(尽管尚不够全面)。确实,如果从主要的方面说,“不道”的含义也就是“背弃为臣之道”。由于汉代“不道”罪包含的内容是如此之广,因而也就不可避免地司法实践中带来操作上的困难,以至于当时即有人对此提出了批评:“不道无正法,以所犯剧易为罪,臣下承用失其中。”(《汉书·陈汤传》)为了解决这一难题,就需要对“不道”这一概念重新进行界定、对其内容加以厘清。至三国魏《新律》之制定时,“改汉旧律不行于魏者皆除之……又改《贼律》,但以言语及犯宗庙园陵,谓之大逆无道,要斩,家属从坐,不及祖父母、孙”(《晋书·刑法志》)。这样,“不道”(即“大逆无道”,汉代有此称呼,或单称“大逆”、“无道”,均与“不道”意同)这一罪名的内涵被大大缩小了,仅限于对“以言语及犯宗庙园陵”的规定。晋代律学家张斐在上奏皇帝的《律表》中曾说:“逆节绝理谓之不道。”(《晋书·刑法志》)“逆节绝理”的意思是指违犯了纲常名教。这说明,“不道”是一种伦理犯罪。魏《新律》把“以言语及犯宗庙园陵”规定为“不道”罪,也是一种伦理犯罪,因为皇帝的宗庙园陵是皇权的象征,侵犯它也就是侵犯皇权,因而也就违背了“君为臣纲”的伦常原则。南北朝时,《北齐律》首列“重罪十条”(《隋书·刑法志》),其中即有“不道”罪。到了隋朝,隋文帝命人制定了《开皇律》,该律把《北齐律》的“重罪十条”发展为“十恶之条”(同上),其中也有“不道”罪。“不道”罪的具体规定是什么?因《北齐律》和《开皇律》均佚,已无从查考。但在“十恶”立法上“仍遵开皇,无所损益”的《唐律》却能使清楚地了解“不道”的具体内容,即:“杀一家非死罪三人,支解人,造畜蛊毒、厌魅。”《唐律疏议》对此的解释是:“安忍残忍,违背正正道,故曰‘不道’。”《汉书·翟方进传》如淳注曰:“律,杀不辜一家三人为不道。”《唐律》中的“杀一家非死罪三人”与此意同。而《汉律》中把“巫蛊”、“祝诅上”等也规定为“不道”罪,又与《唐律》中的“造畜蛊毒、厌魅”有一定的联系。由此可知,《唐律》中的“不道”罪继承了《汉律》中的“不道”罪的一些规定,但排除了诸如谋反、首匿反者、诽谤、妖言、上僭、迷国罔上、漏泄省中语等等罪名。

大庭修在《秦汉法制史研究》一书中指出:

我在“大逆”一节中,论及汉的“不道”罪中与唐律“十恶”中的“谋大逆”、“谋叛”可以相比拟,现在又论述及汉律佚文中同样有可与“十恶”中的“不道”相比拟的内容。所谓“十恶”,除了这四者以外,还有“恶逆”、“大不敬”、“不孝”、“不睦”、“不义”和“内乱”,而在汉代另有“大不敬”、“不敬”之罪,其实质有一定的区别,但与唐律的“大不敬”有联系。因此,汉代对“不道”罪的规定中未见确证的,有“恶逆”、“不孝”、“不睦”、“不义”和“内乱”等五种。这些在下列一点上是共同的,即与天子、国家、社会无关,都是违背家族伦理或师徒之道这样的个人道德。在汉代,如果一般把反人伦的行为称之为“不道”,那么,这些行为当然也构成“不道”罪,但是,可以这样判定的资料,却一件也没有。这也许是因为受到材料的限制。此外,在汉代,违背家族伦理的行为,被归于礼教问题,刑的意识也许没有扩大到由国家处以最大的罪名——“不道”罪的程度。我

③ [日]大庭修:《秦汉法制史研究》,上海人民出版社1991年版,第115页。

④ 同上书,第115页。

对张鹏一在《汉律类纂》中那样对以唐律来补充汉律的作法持怀疑态度。因为,现在还必须对魏晋南北朝的律作进一步的阐明。因此,必须考虑一下,“恶逆”以下五种(包括“不孝”——引者)怎样出现于魏晋以后的律中,它们又怎样与唐律相联系。无论如何,“十恶”中的五种,在汉律中可看到对应的条文,而且大半包含于“不道”之中,这样,下列的推测大概不是不可能的:汉的“不道”罪,伴随着法律概念的发达而分化,并与唐的“十恶”发生联系。

上述言论中,有几处值得商榷。其一,认为汉代对“不道”罪的规定中未见确证的有“不孝”罪,并谓“不孝”等五种罪名“出现于魏晋以后的律中”,又称“在汉代,违背家族伦理的行为,被归于礼教问题,刑的意识也许没有扩大到由国家处以最大的罪名——‘不道’罪的程度”。其二,认为“不义”罪“与天子、国家、社会无关”,仅仅是违背家族伦理或师徒之道这样的个人道德”。

关于第一个方面,笔者认为,大庭修的说法不合乎史实。其实,“不孝”罪是一个颇为古老的罪名,至少在战国时期的秦国法律中就已出现了,这已经被七十年代出土于湖北云梦的秦简所证实,绝非如大庭修所说不孝罪“乃出现于魏晋以后的律中”。根据云梦秦简中的《法律答问》记载:

免老告人以为不孝,谒杀,当三环之不?不当环,亟执勿失。^⑩

环,读为原,宽宥的意思。古时判决死刑有“三环”之程序。免老:指免除赋役的老年人。《旧仪》云:“秦制二十爵,男子赐爵一级以上,有罪以减,年五十流免。无爵为士伍,年六十乃免老。”可知有爵位者的免老年龄为五十六岁,无爵位者的免老年龄为六十岁。上引《法律答问》之语意谓:免老之人控告人不孝,需要判处死刑,是否经过三次原宥的程序?回答是不应原宥,须即刻逮捕被告,勿使其逃走。

云梦秦简中的《封诊式》又记载了如下一个案例:

某里士伍甲告曰:‘甲亲子同里士五(伍)丙不孝,谒杀,敢告。’即令令史己往执。令史己爰书:与牢隶臣某执丙,得某室。丞某讯丙,辞曰:‘甲亲子,诚不孝甲所,毋(无)它坐罪。’¹⁰

这段文字讲,某里士伍甲控告其子丙对其不孝,要求官府杀死其儿子,官府便派人捉拿其子,经县丞审讯,其子确实不孝。至于处理结果,文中并未言明,但据上引《法律答问》对不孝罪的惩罚规定推测,处死不孝之子丙的可能性很大。

秦律对不孝罪的规定,与儒家思想有密切的关系。大家知道,儒家以孝为百行之先,大力提倡孝德,并把孝与忠即父权与君权联系起来,认为孝亲的人自然会忠君。正因为这样,在儒家的刑法思想中,不孝之人被视为“元恶大憝”,必须从重严惩。这种思想也为秦律所继承。需要说明的是,法家是反对孝道的,这在《商君书》中有明确的证据,如《法强》篇称“国有礼……有孝……必削至亡”;《靳令》篇把“孝弟”视为“六虱”之一,认为提倡孝悌会使国家“必贫至削”;《画策》篇又讲“慈父无孝子”等等。这些都足以说明,法家代表人物商鞅对孝道是持排斥态度的。因此,秦律中对不孝之子的惩治规定,只能是儒家思想影响所致,而与法家思想没有关系。

由上述可见,早在秦时,就有了“不孝”罪。而作为“汉承秦制”之产物的汉律,同样也规定了“不孝”罪,这在湖北张家山出土的汉简《奏谏书》中已得到证明。那么,“不孝”罪在汉代是否属

^⑩ 《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社1978年版,第154页。

¹⁰ 同上书,第263页。

于“不道”罪中的一种呢?回答是肯定的。据《汉书·章帝纪》载:“襄平侯嘉子恢说不孝……欲以杀嘉,大逆无道。”恢说因对其父不孝而被以“大逆无道”论处。据《通典》卷一六六记载:汉景帝时,“防年继母陈论杀防年父,防年因杀陈。依律:杀母以大逆论。”在汉代,子杀父母属于严重的违犯家族伦理的行为(不孝),故《汉律》以“大逆”罪论处,“大逆”即“不道”。汉代统治者很重视孝道,宣帝地节四年诏称“导民以孝,则天下顺”(《汉书·宣帝纪》),故对犯“不孝”罪者严厉惩处。这在近年公布的张家山汉简《奏谏书》中也得到了证明。《奏谏书》引《汉律》律文说:“教人不孝,次不孝之律。不孝者弃市。”¹¹对“不孝”者处以弃市,这与武威出土的《杖诏书令册》简文中所言对“殴辱王杖主”者处以弃市的量刑等级是相同的。尤其值得注意的是,王杖主在给皇帝的奏书中已点明了自己之所以遭受乡吏的殴辱,乃是乡吏“不敬重父母所致也”,也就是说乡吏在家不孝父母,才导致他出外不敬长辈,以至于胆大妄为,殴辱王杖主。这就说明,殴辱王杖主的行为是违犯家族伦理的结果。从《杖诏书令册》简文中看出,殴辱王杖主被以“不道”罪论处(“吏民有敢骂詈殴辱者,逆不道”、“吏民有敢殴辱者,逆不道,弃市”),这反映了汉代统治者严惩伦常犯罪的决心。尽管《奏谏书》并未明言“不孝”罪即是“不道”罪,但从《通典》所引《汉律》“杀母以大逆论”的条文、《杖诏书令册》点明殴辱王杖主这样的“不道”罪乃“不敬重父母所致也”以及《汉书·景帝纪》有关恢说因不孝而被以“大逆无道”论处的记载来看,自可断定汉代“不道”罪确实包含了“不孝”罪在内。也就是说,汉代“不道”罪包含了违犯家族伦理的行为。大庭修认为:“在汉代,违背家族伦理的行为,被归于礼教问题,刑的意识也许没有扩大到由国家处以最大的罪名——‘不道’罪的程度。”这种说法是不能成立的。

关于第二个方面,大庭修认为《唐律》中的“不义”罪与国家社会无关,只是违背了家族伦理和师徒之道这样的个人道德,这种说法只对了一半。《唐律》对“不义”罪的规定是这样的:“谓杀本属府主、刺史、县令、见受业师,吏、卒杀本部五品以上官长;及闻及丧匿不举哀,若作乐,释服从吉及改嫁。”从中可以看出,后半部分是指违犯家族伦理的行为,而前半部分除杀“见受业师”系违犯师徒之道外,其余规定显非与国家社会无关。如果说家族伦理与师徒之道属于个人道德的话,那么尊敬并服从官长则属于“国家道德”了,而杀害官长的行为当然是严重地破坏了国家道德,是重大的反社会行为。正如《唐律疏议》在对“不义”罪作解释时所说的“礼之所尊,尊其义也。此条元非血属,本止以义相从,背义乖仁,故曰‘不义’。”(同上)这一解释揭示了“不义”罪的反社会性质。

综上所述,笔者认为,“不孝”这一罪名并非魏晋以后才出现的,早在秦律中即有此罪名,这已为湖北云梦出土的秦简所证实。汉代的“不道”罪确实包含了“不孝”罪在内,也就是说汉代对“不道”罪的规定中不但包括了反国家、反社会的行为,而且包括了反家族伦理的行为。因此,大庭修所谓“在汉代,违背家族伦理的行为被归于礼教问题,刑的意识也许没有扩大到由国家处以最大的罪名——‘不道’罪的程度”的说法是没有根据的。另外,“不义”罪也非如大庭修所言与国家、社会无关,只是“违背家族伦理或师徒之道这样的个人道德”,而是包括了反国家、反社会的行为在内。

11 《江陵张家山汉简《奏谏书》释文》,《文物》1995年第3期。