张家山汉简《具律》121 简排序辨正

——兼析相关各条律文

张 建 国*

内容提要:张家山汉简出土时原顺序已经打乱,需要正确排定两简以上的条文编联。研究表明,整理小组对 121 简的编联是错的,正确的编联应将其与 107 - 109 简构成一条,而整理小组原以 121 简作为条文开头的编在一起的数枚简,应当以 122 简作为条文的开头。根据律文内部的逻辑结构以及律条文之间的逻辑联系,可以认为 107 - 109 简确属具律而非属于囚律或告律。借助学术界已经取得的研究成果,还可以进一步理解相关条文中大部分律文规定的真实含义。

关键词:张家山汉简　具律　中国法制史　汉律

在汉简出土后,作为最基础的研究之一,就是简文的编联。本文即是在通读《二年律令》释文时对个别条文产生的一些疑问,并根据个人的理解作出新编联的尝试。因为这不仅直接关系到两个条文的释读与理解,还涉及到相关条文在篇章方面的归属,以及这些条文之间的逻辑联系。在新的编联基础上,本文还将对相关各条律文结构与文意作出分析。在整理者编定的张家山汉简《二年律令》中,《具律》部分共有 45 支简(99 号简为两枚残简联缀),除了书有"具律"的 1 支律名简,其余的简经整理后共分成 24 条。为了方便以下的分析,本文暂按整理的排列顺序称为"整编第某某条",再次出现时一般简称为"整某某条"。

一、简文编联与律条文内外部逻辑关系

(一)整理号 121 简的正确位置

先来分析以下 2 条律文,出于分析的需要,本文有时在每支简后同时标明整理号和出土号。

整编第 15 条:

告,告之不审,鞫之不直,故纵弗刑,若论而失之,及守将奴婢而亡之,篡遂纵之,及诸律令中曰同法、同罪,其所 107(C294)与同当刑复城旦舂,及曰黥之,若鬼薪白粲当刑为城旦舂,及刑畀主之罪也,皆如耐罪然。其纵之而令亡城旦 108(C293)舂、鬼薪白粲也,纵者黥为城旦舂。109(C290)

整编第 24 条:

城旦舂、鬼薪白粲有罪迁、耐以上而当刑复城旦舂,及曰黥之若刑为城旦舂,及奴婢当刑畀主,其

* 北京大学法学院教授。

证不言请、诬 121(c303) 人;奴婢有刑城旦舂以下至迁、耐罪,黥颜(额)界主,其有赎罪以下及老小不当刑、刑尽者,皆笞百。刑尽而贼伤人及杀人,先自告也,弃市。有罪 122(c302) 当完城旦舂、鬼薪白粲以上而亡,以其罪命之;耐隶臣妾罪以下,论令出会之。其以亡为罪,当完城旦舂、鬼薪白粲以上不得者,亦以其罪 123(c314) 论命之。庶人以上,司寇、隶臣妾无城旦舂、鬼薪白粲罪以上,而吏故为不直及失刑之,皆以为隐官;女子庶人,毋算事其身,令自尚。124(c313)

整编第 15 条以"告"字打头,则从文意上不妥。虽然这里是根据重文号确定,确实应当有两个"告"字,但条文起首单独一个"告"字,与下面的文字实际不能通读。后面的文字且不提,只需要看句首部分:与"告"字紧密并列的是"告之不审"、"鞫之不直"、"故纵弗刑"、"论而失之"等 4 种行为。这四种行为明显的都属于犯罪行为,其中都包含着罪名。而"告"字本身,却和这 4 种行为性质完全不同,只是一个中性词,既不是犯罪行为,更没有包含罪名,也就是说,不可能因为"告",便确定一个人是在犯罪。因此告的行为和 4 种犯罪行为这样的并列肯定是不正确的。当然,这不是简文本身出现错误,实际问题出在这一支简并非条文的起首部分。经仔细核查,现确定整编第 24 条开头的部分即 121 简,应当排在整编第 15 条的开头,重新排列后的第 15 条应当如下,本文姑且称其为"新编第 15 条":

城旦舂、鬼薪白粲有罪迁、耐以上而当刑复城旦舂,及曰黥之若刑为城旦舂,及奴婢当刑界主,其证不言请,诬 121(c303) 告,告之不审,鞫之不直,故纵弗刑,若论而失之,及守将奴婢而亡之,篡遂纵之,及诸律令中曰与同法、同罪,其所 107(C294) 与同当刑复城旦舂,及曰黥之,若鬼薪白粲当刑为城旦舂,及刑界主之罪也,皆如耐罪然。其纵之而令亡城旦 108(C293) 舂、鬼薪白粲也,纵者黥为城旦舂。109(C290)

新的排序由于前面加上 1 支简,这就使原来整编 15 条开头的孤单的"告"字变成"诬告",如此不仅和其后面列举的 4 种犯罪行为表述一致,同时也和其前面的如"证不言请"这一犯罪行为表述一致,6 种犯罪行为并列,完全符合律文本身逻辑上的要求。"诬告"和"诬人",分别见于汉简和秦简。但比较起来,诬告大约是法条正式用语,是动词。诬人更侧重的是行为指向,是动宾结构的短语。也就是说,作为犯罪使用诬人一词是性质的分类,是"诬告人"的缩写,动词后带有宾语"人"字。可参见被归于《告律》的如下一简:

诬告人以死罪,黥为城旦舂,它各反其罪。126

考虑到整理者在整理时并没有这样编排,另外,构成整编第 15 条的 107、108、109 全部 3 支简,在李均明的研究中被整体划归到推测而成的《囚律》中,[1] 在王伟的研究中被划归到原有律篇名的《告律》中,[2] 因而本文有必要就笔者的排序和这些律文究竟属于哪篇律的问题,提出更多的理由以增加说服力。

首先,从简文书写特点来看。121 简和 107、108、109 等简的字与字之间的间距基本相同,每简的书写字数可基本保持在 42 - 43 字左右。整理者将 121 简放在整编 24 条里,那么我们简单比照一下就可以知道,构成 24 条的其他 3 支简即 122、123、124 简字与字的间距都比较小,每简的书写字数保持在 53 - 54 字左右。这样一种明显的区别为整理者所忽视,因此原来的编排是有疑问的。现在把 121 简和 107 等简排在一起,就每简字数基本相同这一点,即使不成为一个充足理由,至少可以成为

〔1〕 张家山汉简研读班:《张家山汉简《二年律令》校读记(上)》,简帛研究网,2003 年 4 月 14 日。文中将包括 107、108、109 简的从 93 号简到 118 号简除了 103 简均划归到推测出的《囚律》中。参见李均明:《〈二年律令·具律〉中应分出〈囚律〉条款》,《郑州大学学报》2002 年第 3 期。对是否存在《囚律》,使人联想到整理号最末一简 526 的内容:"律令二十□种"。以前我曾推测过,这个看不清的字可能是七,但那时候是不仅见不到律令文字和图版,连究竟有总数多少篇律令,在国内也不知道。现在公布汉简后,我把原来的臆测篇数的看法收回。这个字是六或是七都不太可能了,因为现有律令篇数共 28 种,似乎只能是八或九了。如果此字是"九",那就可以为李均明的见解提供一个间接的有力支持。看上去还似乎真有点像九,我倾向于这样认为。如此关键的简看不清实在可惜,而且还没有出土号。李均明的研究还是很有意义的。

〔2〕 王伟:《张家山汉简《二年律令》编联初探——以竹简出土位置为线索》,简帛研究网,2003 年 12 月 22 日。

一个补充、加强的理由。比起把 121 简和 122 简等排在一条,要更有可信度。

其次,121(c303)简究竟是和 107(c294)简相连,还是和 122(c302)简相连,也应当注意简的出土位置。从简的出土号来看,分别为 c303、c294、c302,其位置均在群简的右方略靠上的外围简中,以 c 群简中心来定位,大概相当于钟表的 2 点 - 3 点钟区间的位置。如果仔细分析,可知 c303 和 c302 是紧密重叠的,通常这种情况下就不是同一层的简,把它们相联,错误的可能性比正确的可能性要大许多。而 c303 和 c294 简虽稍分开一些距离,但 1 支在上,略相当于时针的 2 点、1 支在下,相当于 2 点多钟,中间只是 c281 简的一半简侧身其间,正可以视作 c281 简的冲击造成两简分离,在 107 简前面加上 121 简即 c303,仍然符合作为 107 - 109 简即出土号 c294、c293、c290 简文排序的顺时针规律。

(二)相关各律条的逻辑关系

把 121 简与 107 - 109 简编排成一条,不仅涉及到本条内部律文的文意问题,也关系到 107 - 109 简的归属即应当放到哪篇律中的问题。让我们先从条文内部的逻辑关系来分析,再扩展到条文外部的有机联系。

条文内部的逻辑关系,最基本的是句子的主谓结构。新编 15 条中,文字虽多,实际只有两个句子。第一句,从"城旦舂、鬼薪白粲有罪迁、耐以上",一直到"及刑畀主之罪也",全都是句子的主语,它们的谓语是"皆如耐罪然"。那么,如何"皆如耐罪然"呢?本条并无更多迹象可循。这表明,本句列举的各主语的具体处理办法,要参照规定了"耐罪"方面的条款的内容。作为最基本的参见条,似乎应当是如下的整编第 8 条:

有罪当耐,其法不名耐者,庶人以上耐为司寇,司寇耐为隶臣妾。隶臣妾及收人有耐罪,系城旦舂六岁。系日未备而复有耐罪,完 90(C26)为城旦舂。城旦舂有罪耐以上,黥之。其有赎罪以下,及老小不当刑、刑尽者,皆笞百。城旦刑尽而盗臧(赃)百一十钱以上,若贼伤人及杀人,而先 91(C28)自告也,皆弃市。92(C295)

考虑到与耐罪有关的律文,需要参照的还有对鬼薪白粲犯有耐罪等等如下的整编第 23 条:

鬼薪白粲有耐罪到完城旦舂罪,黥以为城旦舂;其有赎罪以下,笞百。120(C296)

还有如下的律文,其中个别内容也与对人奴婢处以耐罪等等有关。这部分律文是原来整编第 24 条的,由于我们从这一条剔除了第 1 支简即整理号 121 简,改为以 122 简起头,因此以下条文称为新编第 24 条:

人奴婢有刑城旦舂以下至迁、耐罪,黥颜[额]界主,其有赎罪以下及老小不当刑、刑尽者,皆笞百。刑尽而贼伤人及杀人,先自告也,弃市。有罪 122(c302) 当完城旦舂、鬼新 < 薪 > 白粲以上而亡,以其罪命之;耐隶臣妾罪以下,论令出会之。其以亡为罪,当完城旦舂、鬼新 < 薪 > 白粲以上不得者,亦以其罪 123(c314)论命之。庶人以上,司寇、隶臣妾无城旦舂、鬼薪白粲罪以上,而吏故为不直及失刑之,皆以为隐官;女子庶人,毋算事其身,令自尚。124(c313)

这样一来,由于新编第 15 条和以上各条的相关性,它们便组合成了同一类别,如此紧密的有机联系,使它们不大可能分属不同的律篇目,也就是说,如果想把构成第 15 条的大部分的 107 - 109 简划归其他篇目,那么就必须把这些相关条款同时划过去,否则,任何拆分的方式都会在实际上产生矛盾。在简的排列上,字词句等关系到条文内部问题的编联虽说最重要,但是条文与条文的关系也不可轻忽,它们是否属于同一事类,往往也决定了它们是否最有可能同在一篇律之中。所以我认为,以上举出的这些条款包括 107 - 109 简似乎都是具律里的内容,它们是不可分的。从性质上来说,是带有量刑原则性质的综合规定,也符合《晋书·刑法志》中所提到的具律的条文是"具其加减"的基本特征。汉简整理者弄错了 121 简的位置,使第 15 条被某些学者误认为像《告律》的条文,或者因为以"告"开头而误认为属于"告劾"而归入囚律。其实单就律文的篇目归属方面来讲,整理小组把 107 - 109 简放入具律中,笔者认为是正确的。

(三)"其"、"及"、"若"等字的作用与条文内部逻辑结构分析

除去那些因为残断而失去文字的简文所造成的释读方面的困难,可以说新编第 15 条是张家山汉简所有的律令中最难理解的一个条文。《晋书·刑法志》中曾经批评汉代法律是“通条连句,上下相蒙”,这一条从缺点来说大概最具代表性。不过,如果单纯从条文的逻辑结构分析,还是可以弄清不少内容。并且这些分析也适用于其他条款。

首先谈一下“其”字的作用。其在律文中有两种大的分别。一种是“其”字后面紧跟的是名词,如“其罪”、“其法”,这种用法比较简单,现代汉语也在照用,因此不必再分析。一种是后面跟的为动词,在这种用法出现的时候,“其”字最大的功能是分开上下文,由此区分的各并列的部分,总体来看,都可以通过某种方式的组合,变成单独的一句,使各部分实质上成为复杂的条文内部的每一款。以整 8 条为例,它大约可以分成以下 3 款:

第 1 款:有罪当耐,其法不名耐者,庶人以上耐为司寇,司寇耐为隶臣妾。隶臣妾及收人有耐罪,系城旦舂六岁。系日未备而复有耐罪,完 90(C26)为城旦舂。城旦舂有罪耐以上,黥之。

第 2 款:其有赎罪以下,及老小不当刑、刑尽者,皆笞百。

第 3 款:城旦刑尽而盗臧(赃)百一十钱以上,若贼伤人及杀人,而先 91(C28)自告也,皆弃市。92(C295)

通过以上的展开,再进一步释读其他条文,我们还可以发现,根据“其”字在条文中的含义,实际还可以细分为两种用法:

A 用法:“其”字单纯起分割的作用。每个被分割的部分自成一个意群。

B 用法:在与 A 用法基本相同的基础上,“其”字还有另一个功能,即可以作为代词,这种时候,“其”字除了把后面的内容和前面的内容分开的作用,还有代替它前面的某些文字的作用,如代替前面的某个主语。对这种用法,分析条文时最应注意。为了便于提示,根据《晋书·刑法志》中批评汉代法律是“通条连句,上下相蒙”的说法,我们不妨把具有这类特点的条款称之为“通蒙句”。在分款时,如果这个代替的主语在“其”字前面,可以不以其字为分款之处。整 8 条就具有这个特点。它的前 2 款还可采取第二种方式分开,是按共同主语即同一类犯罪主体“城旦舂”为款的开头,谓语部分为犯了不同等级刑罚的罪。前列第一种方式那样的第 1 款是以从各种人即不同的犯罪主体犯耐罪来划分的:

第 1 款:有罪当耐,其法不名耐者,庶人以上耐为司寇,司寇耐为隶臣妾。隶臣妾及收人有耐罪,系城旦舂六岁。系日未备而复有耐罪,完 90(C26)为城旦舂。

第 2 款:城旦舂有罪耐以上,黥之。其有赎罪以下,及老小不当刑、刑尽者,皆笞百。

各条款内部,还通过“及”字进行细分,基本是一些内容紧密相关的再同时并列,这时使用“及”是有意义的而不是可有可无的。它进一步把性质不大相同的词、短语或句分开。另外,“及”字所构成的并列可以通过与条文其他成分的组合构成更小的句子,如果展开,实质上类似于现代法律中条款下面的“项”。

“若”在句中的作用,作为“和”、“或”那样的连词含义,既起到顿号的停顿作用而又起到顿号所没有的以文字点断的作用,标示着并列作用到“或”字后所连的词语即停止。在结构上,它可以起到比“及”字更高一个层次的作用,也可以起到比“及”字更低一个层次的作用。在相对高层次使用时,为方便理解,“若”字看作是“倘若”的含义似乎更容易明白,但这种用法,基本见于唐律,有时似乎把汉律中的“其”字替代了。当然,在以上各种使用中,分割后的成分,有时也可以再和条文其他成分构成单独的句子。在以下的分析中,为了划分条文内容,按条、款、项的顺序标号,如以下的 8 - 1 - 1,是指整编第 8 条第 1 款第 1 项,其他标示以此类推。

在现存《唐律疏议》中,其、及、若等字也是存在的,这从另一角度证明了秦汉法律和唐律渊源关系中的同与不同。

二、律文内容的分析

(一)整 8 条、整 23 条和新 24 条前部的对比分析

我们先分析整 8 条。这一条大致可以分成 3 款,其中第 3 款,还可以视为是一种"但书"性质的款,日本京都大学人文科学研究所组织的包括关西地区许多学者的"三国时代出土文字资料の研究"班(以下简称"三研班"),对《二年律令》作出了较详细的注释并予发表。[3] 为充分利用和尊重他们已取得的成果,本文将予以适当引用,并注明出处。凡是笔者另有看法或补充的部分,则以笔者注的形式以示区别。

8 - 1、有罪当耐,其法不名耐者,庶人以上耐为司寇,司寇耐为隶臣妾。隶臣妾及收人有耐罪,系城旦舂六岁。系日未备而复有耐罪,完为城旦舂。

三研班注:

①"有罪当耐,其法不名耐者":如同 6 简(贼律)"船人渡人而流杀人,耐之",指的是律文中没有规定耐隶臣妾等等具体的刑名时。

②"司寇耐为隶臣妾":参见睡简"司寇盗百一十钱,先自告,何论?当耐为隶臣,或曰赀二甲"(法律答问 8)。笔者注:以下原第 3 注本文省略。

④"系城旦舂 6 岁":"当耐为隶臣,以司寇诬人,何论?当耐为隶臣,又系城旦六岁"(法律答问 118)。笔者注:此注其他部分本文省略。

⑤"系日未备":指拘禁的日期还没有满的意思。

三研班解说:

首先,法文仅就写有"耐"而没有明确记载具体如何给予刑罚时所规定的细则。如果是庶人是指耐为司寇,这是一般情况下的科罚。如果被处刑的人是刑徒,是已经在服劳役的隶臣妾,就要服带有期限的城旦舂这样的更重的劳役(笔者注:这一段前后的解说似乎有排版上的错误,没有提到收人,句子有些难译)。[4] (笔者注:以下的解说一直到第 8 条条文末尾才结束,本文为了分析方便进行了拆分。)

笔者注:

三研班的注、解说,已经将基本情况说明了,本文想在上述内容基础上作些补充说明。作为这一款内容来说,全部是关于各类人等犯有耐罪时的规定。需要区分的项目比较多。

8 - 1 - 1、有罪当耐,其法不名耐者,庶人以上耐为司寇。

对于"庶人以上"的人。有罪时犯了只写作"耐"字的条款,是指耐为司寇。以庶人划界,自然是为了和后面所述的其他人相区别,但我们还需要注意,这里所指的人是一大类人,也就是说,既含庶人本身这一种人,同时指"庶人以上"的人。我的理解,除去"庶人"的"庶人以上",大概至少包括有爵位的人,如"公士、上造"等等。当然这些有特权的人可以有减赎等相应的照顾,但判处时,可能还是需要先定罪,确定本罪应受处罚的等级,然后才能以"爵"等等的法定规定给予减免赎的最终处罚。

8 - 1 - 2、有罪当耐,其法不名耐者,……,司寇耐为隶臣妾。

对于刑徒司寇,则含义略显复杂。实际上包括 a、b 两种情况:

a、司寇犯了类似于整理号 6 简那样的只写一个"耐"字的情况,根据对单独的"耐"字的解释,那就等于说司寇又犯了"耐为司寇"的罪,那么根据律文,可知是要前罪加后罪,加重处以高一等级的"耐为隶臣妾"。适用的是加重的原则。

---

〔3〕"三国时代出土文字资料の研究"班:《江陵张家山汉墓出土《二年律令》译注稿 その(一)》,《东方学报》第 76 册,2004 年 3 月。

〔4〕同上,第 175 页以下。

b、司寇犯了“耐为隶臣妾”的罪,律文对这种情况没有加以说明。综合各种情况推断,似乎应当判处“耐为隶臣妾”(此处为存疑)。

8 - 1 - 3、隶臣妾及收人有耐罪,系城旦舂六岁。

对这一句子里提到的“耐罪”,已经不能单纯理解为“耐”即“耐为司寇”,而是按照赎刑相似的等级划分方式,将其确定为包含两个刑名,即“耐为司寇”和“耐为隶臣妾”。本文前一部分,实际包括了 a、b、c、d 等 4 种情况:

a、隶臣妾有罪当“耐为司寇”的,系城旦舂 6 岁。也就是说,作为刑徒仍然是隶臣妾的身份,但要到重劳役的城旦舂刑徒那里服劳役 6 年。以下均同,即身份不变,但要系于重劳役的刑徒中服带有期限的重苦役。b、隶臣妾有罪当耐为隶臣妾,系城旦舂 6 岁。c、收人有罪当“耐为司寇”的,系城旦舂 6 岁。收人是指那些因罪人犯了较重的罪依法被收没的罪人的家属。d、收人有罪当耐为隶臣妾,系城旦舂 6 岁。

8 - 1 - 4、系日未备而复有耐罪,完为城旦舂。

指隶臣妾或者收人在系城旦舂服役的期间,又犯了耐罪,其加重处罚的方式是“完为城旦舂”。

这一段的规定,还可以使关于秦的刑徒究竟是有期刑还是未定期刑的学术争论得出结论。如果还是机械地按照《汉旧仪》的说法认为完城旦舂是 4 岁,鬼薪是 3 岁,司寇是 2 岁,肯定是无法解释上述整 8 条第 1 款的。隶臣妾明显在司寇、隶臣妾、完城旦舂这样的由低到高的刑徒序列之中,《汉旧仪》没有提到这一刑名,这本身就说明《汉旧仪》不是在谈秦和汉初的刑徒序列,这是其一。其二,如果说完城旦是 4 年(或 5 年)有期刑,那么,无法解释隶臣妾第一次又犯了耐罪时为何系城旦舂 6 年,因为这比完城旦舂还重;也无法解释第二次再犯耐罪的时候,为何判处服刑期要短不少的 4 年的城旦舂。打个比方说,隶臣妾第一次又犯耐罪的时候判了系城旦舂 6 岁,他在半年时再次犯了耐罪,这时,如果判处他为城旦舂,倘若城旦舂是 4 年的徒刑,那么,4 年后就被释放。从第一次又犯耐罪的时间算起,实际上只服了 4 年半劳役刑。就算完城旦是 5 年的有期刑,服刑了 5 年半也比 6 年少,这种第 3 次犯耐罪比第 2 次犯耐罪服刑期还要少,从实际情况来讲,是完全矛盾的。所以,如果说秦是有期刑确实有问题。以前学术界主张秦和汉初的耐以上的劳役刑是不定期刑的那些学者应当说是正确的。

8 - 2、城旦舂有罪耐以上,黥之。其有赎罪以下,及老小不当刑、刑尽者,皆笞百。

三研班注:

⑥赎罪:赎罪的等级紧排在耐罪以下的位置。(笔者注:以下引 120 号简,本文从略)

⑦(笔者注:前略)。“公士、公士妻及□□行年七十以上,若年不盈十七岁,有罪当刑者,皆完之。”(83(具律))(笔者注:后引文略)

⑧刑尽:刑是肉刑之意。“刑尽”不是指刑期尽的意思,而是指设定的黥、劓、斩止各等级的肉刑全部执行尽的意思。88、89 简是肉刑等级式的执行方面的规定。刑尽者是指施行尽了所定的肉刑的人。

⑨赃百一十钱以上:如 55 简(盗律)所示,110 钱以上到不满 220 钱耐为隶臣妾。

三研班解说:

其次,是城旦舂犯有耐刑时处以附加黥刑之后,城旦刑徒犯罪时的处遇。城旦刑徒如果是:A、犯了轻微的罪(赎罪以下)的时候,B、因为年龄以及其他的原因不能处以肉刑的时候,都处以笞刑。B 情况中的因为刑尽而换为处笞刑的人,在犯了特定的罪时,不能以笞刑代替,而是处以死刑。这些特定的犯罪包括:a、110 钱以上的盗罪;b、贼伤人(黥城旦,25 简(贼律));c、杀人而先自告(黥城旦,127 简(告律))。通常城旦刑徒如果犯了耐罪以上的罪,要处以黥,再犯则累加更重的肉刑,B 是依照这种方式判处、不可能再累加肉刑时的规定。和老小不同的是,施行肉刑已尽的人进了 B 的范畴,犯了一定的罪时要处以死刑。[5]

[5] 前引⑧,第 176 页以下。

笔者注:

三研班的解说因为内容相连,无法拆开,所以上述译文一直到条文最后。本文是采取把这一部分拆为两款,所以分别加以分析。

整 8 条第 2 款可分为 4 项:

8 - 2 - 1、城旦舂有罪耐以上,黥之。

城旦舂又犯了耐以上的罪,要处以黥刑。

8 - 2 - 2、(城旦舂)有赎罪以下,笞百。

按类推的原理,这里的城旦舂应包括完城旦舂和刑城旦舂。

8 - 2 - 3、(城旦舂)老小不当刑,(有罪耐以上),笞百。

老小即 70 岁以上和不满 17 岁的完城旦舂刑徒,再犯罪——这些犯罪应当包括耐罪以上至刑城旦舂和赎罪以下——时,因为法律规定对老小不处肉刑,因此均改为笞 100。

8 - 2 - 4、(城旦舂)刑尽者,(有罪耐以上),笞百。

依具律整编第 7 条的规定:"有罪当黥,故黥者劓之,故劓者斩左止,斩左止者斩右止,斩右止者府之。女子当磔若要斩者,弃市。当斩为城旦者黥为舂,当赎斩者赎黥,88 (C24) 当耐者赎耐。89 (C25)"

对某个刑徒来说,所有的肉刑先后都使用了,无以复加,再犯罪——同样,再犯的应当为生罪即包括耐罪以上和赎罪以下——时,为笞 100。

与这些条款有参照意义的有整编第 23 条和新编 24 条,由于新编 24 条与第 8 条第 3 款也有关系,因此放在下面分析,此处只分析整 23 条:

鬼薪白粲有耐罪到完城旦舂罪,黥以为城旦舂;其有赎罪以下,笞百。

这一条比较简明,它可以分成以下 2 款

23 - 1、鬼薪白粲有耐罪到完城旦舂罪,黥以为城旦舂。

23 - 2、鬼薪白粲有赎罪以下,笞百。

以下我们再来分析整 8 条第 3 款:

8 - 3、城旦刑尽而盗臧(赃)百一十钱以上,若贼伤人及杀人,而先自告也,皆弃市。

三研班已经解说这里并列的是 3 种特定的犯罪,笔者作一些补充说明。前面已提到,这是一款类似于现代法律中的"但书"。但书的意思是,虽然有前面的法律规定,但是,如果是以下的情况,那么不适用前面的规定,而按此下的规定执行。即规定前述条文的例外。把"但书"的概念引入汉律的研究是必要的。不仅具律中,其他律中的条款也有不少但书性质的内容,也是涉及到罪与非罪、罪轻罪重、入罪及除免、加重从重、减轻从轻的规定。

"若"字的含义是单纯表示前后 2 个犯罪行为的并列。"及"字虽然也是同样表示并列的连词,但它具有限制意义,即表示"而先自告也",只能和"及"字后的"杀人"相联系,不可越过"及"字,与前面的"贼伤人"等相连。[6] 这方面的并列的划分,我完全同意三研班的解说。因此此句可分为 3 项:

8 - 3 - 1、城旦刑尽而盗臧(赃)百一十钱以上,弃市。

8 - 3 - 2、城旦刑尽而贼伤人,弃市。

8 - 3 - 3、城旦刑尽而杀人,而先自告也,弃市。

本款中犯罪主体为城旦而不是城旦舂,与前款有区别,从现有字面表明,本但书似乎适用的只是男性刑徒的城旦,而没提适用于女性的舂。因为有这种区别,可以推论,舂既便犯了第 3 款的罪,似乎仍然处以笞 100。此款主语文字表述应存疑。

这里有一点感觉需要存疑的是第 3 项。把条文分别展开后,第 3 项出现了两个"而"字。因此需

[6] 参见拙文:《汉文帝改革相关问题点试诠》,《帝制时代的中国法》,法律出版社 1999 年版,207 页以下。

要结合新编第 24 条来分析。24 条比较奇特,不难看出,它实际包含着 3 条内容,3 个律条完全可以独立成条。为保持现有律文原貌,我们不拆开此条,但为了便于分析,我们使用有语病的“24 条第 1 条”的说明方法,而标示条的方式以 24/1、24/2 的表达法,如 24/1-2-3,意为 24 条第 1 条第 2 款第 3 项。以下是该条的第 1 条:

人奴婢有刑城旦舂以下至迁、耐罪,黥颜额界主,其有赎罪以下及老小不当刑、刑尽者,皆笞百。刑尽而贼伤人及杀人,先自告也,弃市。

这是一个关于人奴婢犯罪方面的规定。“人奴婢”的词义,还可参见被划归《贼律》中的以下由 35、36、37 简组成的一条中的有关规定:

(前略)父母告子不孝,皆弃市。其子有罪当城旦舂、鬼薪白粲以上,及 为人奴婢者,父母告不孝, 勿听 ,(下略)

因此可以推论,人奴婢就是私奴婢,从处肉刑后归还给主人这一点也可以确认。奴为男性,婢为女性。秦简中有“人奴”、“人臣”、“人奴妾”、“人妾”的称呼,可证“人奴婢”作为连读的一个词完全成立。以人奴婢作为 24 条的开头,文意十分通顺,而按整理者编定的整编第 24 条,律文无法读通。三研班对整编 24 条的解说(此处译文从略)也注意到句子无法读通的问题,但是没有找到解决答案。我想,经过本文这样的处理后,24 条律文无法读通的问题已经不存在了。它可以分为:

24/1-1、人奴婢有刑城旦舂以下至迁、耐罪,黥颜额界主。

24/1-2-1、(人奴婢)有赎罪以下,笞百。

24/1-2-2、(人奴婢)老小不当刑,(有刑城旦舂以下至迁、耐罪,)笞百。

24/1-2-3、(人奴婢)刑尽者,(有刑城旦舂以下至迁、耐罪,)笞百。

24/1-3-1、(人奴婢)刑尽而贼伤人,弃市。

24/1-3-2、(人奴婢)刑尽而杀人,先自告也,弃市。

人奴婢和城旦舂的罪刑内容可以比较一下异同。在刑尽后,再犯故意伤人,再犯杀人虽先自告,奴婢和城旦都处死刑弃市。不同的是城旦再犯的是盗 110 钱以上时,也弃市。舂则与城旦 3 种特定犯罪处罚均不同,与人婢的 2 种也不同,不明白为何有这样不同规定,结合刑等、性别角度无法解释,因此不排除抄写漏“舂”字的可能性。除此之外的再犯罪刑尽时,再犯耐罪以上和赎罪以下,或犯罪主体为老小,城旦舂相同;奴婢肉刑、笞刑同,但作为主人的私人财产不会同时处劳役刑。

以上分析的整 8 条、整 23 条和新编 24 条第 1 条,还缺少对以下各种情况的规定:

(1)司寇有耐为隶臣妾罪时的规定。

(2)司寇、隶臣妾和收人有鬼薪白粲和城旦舂以上罪时的规定。

(3)鬼薪白粲有刑城旦舂罪时的规定。

(4)收人和各类刑徒如城旦舂、鬼薪白粲、隶臣妾、司寇等犯有迁罪时的规定。

第(1)种,在前面已经做出推定,不再分析。第(2)种,参见第 24 条后面部分的规定:“庶人以上,司寇、隶臣妾无城旦舂、鬼薪白粲罪以上,而吏故为不直及失刑之,皆以为隐官;女子庶人,毋算事其身,令自尚”。根据 24 条这部分的文意推论,似乎司寇、隶臣妾再犯了相当鬼薪白粲和完城旦舂罪,要加重到处以肉刑(以及并处城旦舂)。至于第(3)种,从下面要分析的新编第 15 条推测,似乎直接依所再犯的罪刑为城旦舂。第(4)种,迁罪似乎是一个有些特别的刑种,就像鬼薪白粲是一个特别的刑种,从新编第 15 条开头部分“城旦舂、鬼薪白粲有罪迁、耐以上而当……”云云的表述推测,城旦舂和鬼薪白粲再犯迁罪似乎是和再犯耐罪同等的加重处罚;而收人、司寇和隶臣妾再犯迁罪,目前不知道如何处罚。

总之,以上这些短缺让人感觉似乎简文有缺少的部分,可是从那些缺字的残简里也看不出有联系的内容。因此,本文只能根据类推的原理作出以上推测。

(二)新 15 条的分析

与上述各条有联系的是新编第 15 条:

城旦舂、鬼薪白粲有罪迁、耐以上而当刑复城旦舂,及曰黥之若刑为城旦舂,及奴婢当刑畀主,其证不言请,诬 121(c303) 告,告之不审,鞫之不直,故纵弗刑,若论而失之,及守将奴婢而亡之,篡遂纵之,及诸律令中曰与同法、同罪,其所 107(C294) 与同当刑复城旦舂,及曰黥之,若鬼薪白粲当刑为城旦舂,及刑畀主之罪也,皆如耐罪然。其纵之而令亡城旦 108(C293) 舂、鬼薪白粲也,纵者黥为城旦舂。109(C290)

这一条在分款和律文分析上有些问题,不易理解。而问题的症结似乎并不在本文所新排定的 121 简和 107 简的编联,而是在原整理小组编定的 107 和 108 简所在的律文内容分析上。目前来看,它可以分为 3 款,:

15 - 1、城旦舂、鬼薪白粲有罪迁、耐以上而当刑复城旦舂,及曰黥之若刑为城旦舂,及奴婢当刑畀主,(如耐罪然)。

15 - 2、其证不言请,诬告,告之不审,鞫之不直,故纵弗刑,若论而失之,及守将奴婢而亡之,篡遂纵之,及诸律令中曰与同法、同罪,其所与同当刑复城旦舂,及曰黥之,若鬼薪白粲当刑为城旦舂,及刑畀主之罪也,(如耐罪然)。

15 - 3、其纵之而令亡城旦舂、鬼薪白粲也,纵者黥为城旦舂。

前面的款项,都是和"皆如耐罪然"相关,也就是说,"如耐罪然"是它们的共同谓语。译成现代汉语,是"如耐罪所规定的那样"的意思。而"耐罪"又是什么意思呢?如果允许推测,似乎是指涉及耐罪的那些条款,它们被归为一类,其观念上的(而非实际字面上的)命名,因这一类中第一条(即整编第 8 条)是以"有罪当耐"起头,所以均归类总称为"耐罪",以上列举的诸条,即使是"有罪当黥"条,也可能划归到这一类。只有这样理解,本条才可以勉强分析,否则除了第 3 款,前面的内容都无法理解。为此,我们不妨虚拟一个"耐罪章",把这些相关的律条都包括在里面。以下先对 15 条第 1 款进行分析:

15 - 1、城旦舂、鬼薪白粲有罪迁、耐以上而当刑复城旦舂,及曰黥之若刑为城旦舂,及奴婢当刑畀主,(如耐罪然)。

这一款实际还可细分为 2 项:

15 - 1 - 1、城旦舂、鬼薪白粲有罪迁、耐以上而当刑复城旦舂,及曰黥之若刑为城旦舂,(如耐罪然)。

三研班注:

刑复城旦舂意为:城旦舂又犯罪处以肉刑并再次回到城旦舂的劳役的刑罚,与作为初犯的处罚刑为城旦舂不同。[7]

笔者注:

本项实际是城旦舂和鬼薪白粲再次犯罪时应该参照耐罪类条款加以量刑的规定。是个"通蒙句"。它实际上规定的是"城旦舂有罪迁、耐以上而当刑复城旦舂,及曰黥之,(如耐罪然)"和"鬼薪白粲有罪迁、耐以上而当刑为城旦舂,(如耐罪然)"。

以城旦舂为例,如果参照《亡律》整编第 7 条规定:"城旦舂亡,黥,复城旦舂。鬼薪白粲也,皆笞百"164(F3A、F4)。意为:城旦舂逃亡,对这种再犯罪,判处黥的肉刑,并且再次回复到城旦舂的劳役刑。这是"刑复城旦舂"特别是"复城旦舂"的基本含义。需要补充说明的是:a、这种刑复城旦舂是只针对城旦舂的,而不包括鬼薪白粲。b、之所以称为刑复城旦舂而不直接标明具体的肉刑,是因为具体的肉刑不能包括所有情况,所以用"刑"来通称。比如黥为城旦舂的人再犯耐罪,本应处黥,但属于故黥,那么将处以劓刑,并复城旦舂,所以,用"刑"字来涵盖所有这些不同,比用具体的肉刑名显然更具有通则性的意义,以避免一一列举。至于与耐罪规范的联系,比如和 8 - 2 - 3 的"(城旦舂)刑尽者,笞百",就有关系。参照去做也就是"如耐罪然"。

及曰黥之:及是连词,曰是指对法条对某类人简单规定"黥之"两个字时。

---

[7] 前引[8],第 185 页。

如《贼律》29 简:“鬼薪白粲殴庶人以上,黥以为城旦舂,城旦舂也,黥之”。参照 8 - 1 中就有“城旦舂有罪耐以上,黥之”。这便是本条文里所说的“曰黥之”的含义所在。

本项中的“刑为城旦舂”是专与前面“鬼薪白粲”连接的。上引 29 简就是鬼薪再犯罪被判以刑为城旦舂中具体的“黥以为城旦舂”的例子。鬼薪可依照通则性的耐罪条款 23 - 1 那样,再犯罪“黥以为城旦舂”。这当然属于刑为城旦舂的一种。因为原来不是城旦舂,是第一次处肉刑时合并处罚城旦舂的劳役,所以不用“复”,而用“为”字。

15 - 1 - 2、奴婢当刑畀主,(如耐罪然)。

此项怎样“如耐罪然”,是比较简单的问题,只要承认新编 24 条前面的部分就是关于人奴婢的“耐罪”类条款就可以了。奴婢犯罪当刑畀主时,按 24 条的规定去做。前面已经对 24 条展开列举,内容自明,在此不再多分析。

第 2 款是非常难于理解的条款。三研班也认为这一部分不明的地方比较多,含义不能确定,尤其是许多犯罪行为都规定“如耐罪然”,具体应当依耐罪怎样处置却不清楚。笔者也有同感。笔者重新排序后的原文为“……其证不言请,诬 121 告,告之不审,鞫之不直,故纵弗刑,若论而失之,及守将奴婢而亡之,篡遂纵之,及诸律令中曰与同法、同罪,其所 107 与同当刑复城旦舂,及曰黥之,若鬼薪白粲当刑为城旦舂,及刑畀主之罪也,皆如耐罪然。”……108。它大致可以分为以下各项:

15 - 2 - 1、其证不言请,诬告,告之不审,鞫之不直,故纵弗刑,若论而失之,(如耐罪然)

15 - 2 - 2、及守将奴婢而亡之,篡遂纵之,(如耐罪然)

15 - 2 - 3、及诸律令中曰与同法、同罪,其所与同当刑复城旦舂,(如耐罪然)

15 - 2 - 4、及(诸律令中曰与同法、同罪,其所与同)曰黥之,若鬼薪白粲当刑为城旦舂,(如耐罪然)

15 - 2 - 5、及(诸律令中曰与同法、同罪,其所与同当)刑畀主之罪也,(如耐罪然)。

后 3 项比较容易解释,但前 2 项,列举的 8 类犯罪行为“如耐罪然”,不知是怎样做才符合法律的本意。只能看出第 1 项的 6 类犯罪行为都与司法和审判中致使对他人适用法律不当有关,它们还可以分为两大类,前 3 类的犯罪主体可以是各种人,后 3 类是特定的人即犯罪主体为司法人员。第 2 项的 2 类犯罪行为所涉及的对象是在国家强制力控制下的奴婢、罪人等。由于目前没有对第 2 款的全款得出满意的进一步解读答案,因此留待今后分析。同时也不排除原整编 15 条中 107 和 108 编联不对的可能性,考虑到残简和王伟所说的部分竹简已遗失不存的情况,这种可能性还是存在的。

以下就“篡遂”作些解释。

整理小组注:

篡,劫夺,《汉书·成帝纪》注:“逆取曰篡”。遂,道路。[8]

三研班注:

篡:律,儋乏不斗,斩,篡遂纵囚,死罪囚,黥为城旦,上造以上耐为鬼薪。《奏谳书》158

“广汉男子郑躬等六十余人攻官寺、篡囚徒、盗库兵,自称山君。”师古曰:逆取曰篡。(《汉书》成帝纪·鸿嘉三年冬条)

遂:整理小组认为是“道路”之意,暂从之。但是否有“逃”之意,或者“篡遂”连读,为“追夺”之意呢?

“遂,亡也”。(《说文解字》二篇下)

“任侠并兼,借交报仇,篡逐幽隐,不避法禁”。(《史记》货殖列传)[9]

笔者注:

考《唐律疏议·贼盗》第 10 条:“诸劫囚者,流三千里;伤人及劫死囚者,绞;杀人者,皆斩(注云:但劫即坐,不须得囚。)若窃囚而亡者,与囚同罪;窃而未得,减二等;以故杀伤人者,从劫囚法。”疏议对

〔8〕 张家山二四七号汉墓竹简整理小组:《张家山汉墓竹简[二四七号墓]》,文物出版社 2001 年版,第 149 页。

〔9〕 前引〔8〕,第 185 页。

“劫囚者”的解释是:“犯罪之人,身被囚禁,凶徒恶党,共来相劫夺者”;对“窃囚而亡”的解释是:“谓私窃取囚,因即逃逸。”

这些规定表明,行为人使囚犯脱离官府控制的方式有两种,即“劫囚”和“窃囚”。劫囚等同于汉律中的篡囚,劫是劫夺,为公开的乃至使用暴力手段的方式,与篡的意思基本一致。可以推论,和唐律中的窃囚的“窃”相对应的更古老的汉律中,“遂”可能具有同样的含义。

王先谦所作的《荀子集解》中,《荀子·大略》篇有:“迷者不问路,溺者不问遂”。注:“所以迷由于不问路,溺由于不问遂。……遂谓径遂,水中可涉之径也”。先谦案:“诗载驰篇,‘大夫跋涉’,释文引韩诗曰‘不由蹊遂而涉曰跋涉’,淮南修务训……,高注,‘不从蹊遂曰跋涉’,二遂字与此义同。”

由此可见,荀子把“路”和“遂”分用在不同场合,而似乎不能颠倒为“迷者不问遂,溺者不问路”。说明遂还有另一更细的含义,不是普通的道路。这种路的特点不言而喻是隐于水下,是暗的。因此“遂”所引致的“纵囚”,也可以理解为不公开即暗地里进行的。“遂”的含义可能就是唐律中的“窃囚”。那么,以下的 15 条第 3 款就可以找到一个比较合适的例子解释了。

15 - 3、其纵之而令亡城旦舂、鬼薪白粲也,纵者黥为城旦舂。

第 3 款结合 15 - 2 - 2 的“篡遂纵之”和《奏谳书》中所提到的“篡遂纵囚”,大概可以解释为,劫囚和窃囚的,以致让 a、应处以城旦舂和鬼薪白粲刑罚的人和 b、已经是城旦舂鬼薪白粲刑徒的人得以逃逸,或者有职务上义务的没有对 a 类的人加以逮捕法办,就成了本条的犯罪主体“纵者”,应处以黥为城旦舂的刑罚。这一款也可以视为是一个“但书”。

另外,三研班检索到的《史记·货殖列传》“篡逐幽隐”,其中的“逐”,很可能是今本《史记》流传中出现的错字,正字似乎为“遂”,后人也许对“遂”字不明其义,因而改为“逐”。“幽隐”可理解为被幽禁的刑徒、囚徒,篡遂幽隐可能就是篡遂囚,从目前出土的汉律来看,篡、遂只有犯罪手段和方式上区别的意义,无非是列举犯罪时不要漏掉像唐律窃囚那样非暴力手段非公开方式的行为,故可连读。

起“具其加减”作用的具律条款,在刑事法律规范中显然有非常重要的地位,本文所分析的数条由于其关联性,比目前收进具律的那些具有自成独立规范性质的条款(残简除外)有更广泛的意义,且不易整体理解。它们提及的各类人等如庶人以上人员、官吏、刑徒、私奴婢的犯罪加减例和犯罪的类别、刑罚的种类是如此之多,理解这部分条文可以成为打开许多问题之锁的钥匙。特别是第 15 条,牵涉的范围之广,所提到的刑罚又大都处于刑罚体系的高端,弄清其内外部的含义无疑是最重要的。我希望以上的分析,为学术界进一步研究相关问题起到抛砖引玉的作用。

Abstract: It was out - of - order when the bamboo strips of Han dynasty were unearthed at Zhangjia Hill. We have to arrange correctly the order of at least two bamboo strips. Studies have shown, the arrangement of the order of the bamboo strip No. 121 is wrong and the correct arrangement should be that the bamboo strips No. 107 to No. 109 and No. 121 constitute an article. Therefore, the original arrangement that the bamboo strip No. 121 is the first item of the article that consists of several bamboo strips should be rearranged. The bamboo strip No. 122 should be the first item of the article. According to the logical structure inside the article and the logical relationship among articles, we can distinguish that the bamboo strip No. 107 to No. 109 belong to general laws, not laws on criminals under detention. Therefore, We can further comprehend the true meanings of most of the articles by virtue of achievements that academe have made.

Key words: bamboo strips of Zhangjia Hill, general laws, China legal history, laws of Han dynasty