

陶安あんど《秦漢刑罰体系の研究》

述評

東京：創文社，2009年4月，587頁

劉欣寧*

睡虎地秦簡及張家山漢簡等出土法制史料刊布後，秦漢法制史研究進入蓬勃發展的新紀元。然而由於出土史料具有偶然性、零碎性之特質，體系性、全面性重建秦漢法制史之專著仍不多見。在此條件下，益顯陶安先生《秦漢刑罰体系の研究》一書之企圖與格局令人佩服。

陶安（Arnd Helmet Hafner）先生為德籍人士，1988年起赴日本京都大學法學部留學，師事法社會學者棚瀨孝雄教授及法制史、宋代史學者梅原郁教授，於2000年取得博士學位。現任教於東京外國語大學亞非語言文化研究所。其研究領域由明清法制史跨足至秦漢法制史；2003年至2005年間並前往北京大學中文系，在李家浩教授指導下學習文字學。近年來活躍於中、日法制史學界，著作以中、日文雙語發表。

以下先概述本書論旨，再就幾個具體問題進行討論。祈能拋磚引玉，促使作者提出的問題獲得進一步關注。

本書作者認為，秦漢法制史研究向來奠基於東漢律學家所建構的體系之上，即使睡虎地秦簡及張家山漢簡公布後依然如故，

* 京都大學文學研究科博士後期課程、中央研究院歷史語言研究所助理

學者未曾正視秦律本身的刑罰體系為何。為矯此弊，作者十分注重考證，致力於甄別史料年代，目的在復原秦律之刑罰體系，掌握秦漢刑罰體系變遷的痕跡。本書架構為：

第一部 秦律的刑罰體系

第一章 刑罰體系的架構

第二章 刑罰與身分

第二部 變化的前兆

第三章 刑罰體系的細分化

第四章 贓罪——非刑罰的制裁措施之編入

第三部 漢代刑罰體系的變遷

第五章 中間刑的變遷與減死徒邊的形成

第六章 勞役刑體系的形成

終章 從刑政批判看刑罰體系的變遷

作者相信秦律已具備「絕對的定刑主義」特徵，應有判定刑罰輕重的統一尺度，如同後世之「五刑」。此一尺度即作者所謂「刑罰體系」，亦即「刑名」。在第一章中，作者從贖刑分為「贖死、贖刑、贖耐」，和私刑有「殺、刑、髡」三者得到啓發，認為正刑之架構亦應為「死、刑、耐」。雖然秦律採複合刑形態，「刑」與城旦舂相伴，「耐」與鬼薪白粲、隸臣妾、司寇、候併科，但「耐為司寇」、「耐為隸臣妾」等只是並列而非上下關係。「刑」與「耐」則是不可跨越的上下等級，有些研究主張「刑鬼薪」、「刑隸臣」、「黥顏頰為隸妾」之存在，作者一一駁斥（詳後）。至於眾說紛紜之「耐」，作者詳加考證歷來注釋之不可信，主張應從秦律本身用法確認其意義；由於正刑之死、刑、耐與私刑之殺、刑、髡相對應，可推知耐與髡同指剃髮。

隨著「死、刑、耐」刑罰體系之確認，過去被當作刑罰體系支架的「勞役刑」得以解放。故第二章以「身分」為視角，重新分析了城旦舂、鬼薪白粲、隸臣妾及司寇。作者對隸臣妾之討論

最為精彩，指出相對於城旦舂、鬼薪白粲被剝奪了一切社會行為能力，隸臣妾仍保有財產、婚姻等一定能力；亦即隸臣妾仍被置於秦代的身分秩序中，賦予與其身分相應的義務及權利，一如其他身分。因而降兵和收人被當作隸臣妾，並不意味從身分秩序中排除，而是編入身分秩序中。本章中作者又言及，歷史學的身分概念與法學的身分概念不同，前者是固定，後者則是相對的身分概念。法制史料僅見主奴相對關係的規範，不見奴婢社會能力的限制，故懷疑秦漢奴婢不屬於歷史學的身分概念。

接著作者的分析由靜態轉入動態。事實上在睡虎地秦律中，「死、刑、耐」的體系已幾近崩壞。第三、四章由刑法內部的形式論分析，指出此與刑罰尺度不敷使用，出現細分化的傾向有關。一、贖罪由換刑轉為正刑，為耐以下輕罪提供尺度。作者又指出「贖死」、「贖刑」為勞役刑，只有「贖耐」為財產刑（詳後）。二、「完城旦舂」作為相對於「刑城旦舂」之刑罰而出現，破壞了「死、刑、耐」體系。作者考證「完」字，認為只是普通名詞，與「刑」、「耐」性質絕異。三、「刑」、「耐」內部出現細分化。一般情況下「耐」即「耐為司寇」，「刑」即「黥為城旦舂」。「耐為隸臣妾」及「斬為城旦舂」等原只作為累積科罰使用，卻在特殊情況下借用為加重刑罰，造成「刑」、「耐」內部發生等級分化。四、貲罪編入正刑體系中。作者考證「貲」之本義為「量」，貲罪原為軍隊或行政組織內部可自由裁量的懲戒手段；秦律之貲罪多用於負有一定職責者，正可窺其來源。另作者亦就「居貲」一詞評論舊說抒發己見（詳後）。總結以上變化，秦律已可見十個等級以上的刑名尺度：貲一盾、貲一甲、貲二甲、贖耐、贖刑、贖死、耐為司寇、耐為隸臣妾、完為城旦舂、黥（劓）為城旦舂、斬趾為城旦舂、死。

然而，儘管「死、刑、耐」體系在秦律中已崩壞，取而代之的「死、耐、贖」體系經過秦漢長期的發展，才終於在魏晉落實為國家法典。在第五章中，作者探討中間刑領域的變遷，並將秦

漢刑罰的經濟性利用傾向及其遏止力量視為關鍵因素。作者指出，由於秦漢法制的「商業性格」，肉刑及取代肉刑的髡鉗刑，以及勞役刑皆陷入贖罪化危機中，實質轉化為財產刑。死刑有「殊死」及「非殊死」之分，非殊死領域先可贖死後可減死，減死為髡鉗城旦後，僅須買上造之爵再加五年之僱傭費用即可免刑，造成生命刑以下中間刑的空洞化。成帝以後，髡鉗城旦附加以「徙邊」，才終於設立了不受商業化侵蝕的中間刑，填補了肉刑廢止後的空白。東漢章帝以後，原不得減死之「殊死」領域亦遭侵蝕，生命刑實質上廢止。後死刑雖恢復，徙邊卻成為贖及赦的對象，又回復到生命刑與贖刑的二極分化。東漢末肉刑復活論廣受支持，正反映此一刑罰體系的重大缺陷。¹

第六章討論勞役刑體系之成立問題。作者批判張建國等人〈刑法志〉原文竄入師古注之說，並檢討了有期刑與無期刑之論爭。指出「均質」的有期勞役刑之成立，必須將「刑／完／耐」、「贖」、「戍邊」三種「異質」的勞役刑加以統合，但〈刑法志〉完全未言及。故作者認為文帝改革未發生實質影響，有期勞役刑體系須經東漢律學家之整理，確立要晚到魏晉時代；〈刑法志〉的記述只是繼承秦代以來的慣例，「以赦免間接地設定刑期」（詳後）。另外，作者亦批判日本學界將肉刑廢止與有期刑導入相連結，認為古老肉刑在秦律中已不復存在，以身分制度掌握勞動力乃是秦集體主義下的新產物。天下統一後國家掌握之大量勞動力難以有效運用，赦令頻發導致身分刑之崩壞，才使新的勞役刑體系可能出現。

作為總結之「終章」承第五章，從兩次贖罪論爭和兩次肉刑復活論，詮釋刑罰體系在「嚴罰主義」和「功利主義」之間的力學擺盪。

如以上整理所見，大至數百年之發展趨勢，小至字詞之考證

1 本章部分內容，作者曾以中文發表於《法制史研究》第十期，題名為〈殊死考〉。

釋義，舉凡學界所關注之問題，作者無不提出一己之見，並勇於挑戰舊說另闢蹊徑。然而亦正由於包羅範圍太廣，若干論證似有可商榷之處，略申拙見，祈方家賜正。

一、「死、刑、耐」體系

指出秦律中「死、刑、耐」體系的存在，是本書的重要論點之一。陶安先生認為在此架構之下，採取「複合刑」形態的秦代刑名有固定的組合：

| | | | | | |
|---|---------|--------|-------|------|-----|
| 刑 | 刑（完）爲城旦 | — | — | — | — |
| 耐 | — | 耐爲鬼薪白粲 | 耐爲隸臣妾 | 耐爲司寇 | 耐爲候 |

（頁22）

「刑」只能與城旦舂搭配。是以不得不針對秦簡中「刑鬼薪」、「刑隸臣」、「黥顏頰爲隸妾」等用例的存在提出解釋。

「黥顏頰爲隸妾」出自《法律答問》簡174：

女子為隸臣妻，有子焉，今隸臣死，女子北其子，以為非隸臣子毆（也），問女子論可（何）毆（也）？或黥顏頰為隸妾，或曰完，完之當毆（也）。²

「無疑意味著對隸臣妾施以肉刑」（頁23），「隸臣妾犯耐罪時，科以耐無法產生刑罰效果」，故「參照民間臣妾、奴婢的處理方式，施以黥顏頰」（頁25）。換言之，作者認為「黥顏頰爲隸妾」是施於隸臣妾之特殊刑罰，而非針對一般庶人之普遍刑名。

然而此例之「隸臣妻」並非「隸臣妾」。作者自身亦深明此點，故於第二章注35指出：「外妻之例亦見於《法律答問》簡

2 本文所引《法律答問》、《秦律十八種》等秦律，皆依據《睡虎地秦墓竹簡》（北京：文物出版社，1990）。