

復作考

——《漢書》刑法志文帝改革詔新解^{*}

陶安^{**}

要 目

- 壹、《漢書》刑法志與文帝刑法改革
- 貳、顏師古《漢書注》與文帝刑法改革
- 參、刑法改革與刑期
- 肆、「復作」與赦令
- 伍、刑法改革與「復作」

摘要

漢文帝刑法改革詔的解讀深受制度背景的影響，歷代注釋家多忽視不同時代下的制度背景之不同，造成對改革詔的種種誤解。小文則以秦及漢初律的制度背景為依據，重考改革詔的法律涵義。

相關分析從改革詔和「復作」與「赦」的雙層關聯受到啟示，將改革詔原文與有關「復作」的歷史記載探討比較，得到如下結論：「復作」有三大特徵，即（一）「復作」一詞表示再次服役之義；（二）「復作」指「常赦」後刑徒所從事的勞役；（三）最晚在西漢後期「復作」有固定的服役期限。文帝改革詔規定「城旦

^{*} 本文曾於2013年3月21日－22日，在國立臺灣大學人文社會高等研究院舉辦的《中華法系與儒家思想》國際學術研討會上宣讀。小文包含日本學術振興會科學研究費助成基盤研究 B「中國文書行政形成過程」（代表：陶安）的研究成果。

^{**} 日本東京外國語大學亞非言語文化研究所副教授

舂」、「隸臣妾」等刑徒逐步轉換為「鬼薪白粲」、「隸臣妾」、「司寇」，並以「鬼薪白粲」等身份重新服役若干年，這與「復作」的特徵完全一致。因為「復作」在惠帝以前已出現，可以歸納出如下歷史演變：秦律的「城旦舂」、「隸臣妾」等刑罰原係「身份刑」，在「身份刑」轉換為魏晉新律所見有期徒刑的過程中，曾經產生一種因逐步赦免刑徒身份而間接中止服役的過渡性辦法。其中，「復作」則指赦免之後以新的刑徒身份重新所從事的勞役，而刑法改革對復作制度進行調整，決定逐步赦免的途徑和復作的服役期限。在東漢律學的知識體系中，逐步赦免的制度被重構為有期徒刑。魏晉新律將其採納之後，這才成為了中國法律史上第一個正刑體系中的有期徒刑。

關鍵字：復作、文帝刑法改革、身份刑、有期徒刑、秦律、魏晉新律、東漢律學

On 「Serving Again (Fuzuo 復作)」 — Rereading the Text of the Legal Reform Decree of Emperor Wen in the Han-Annals

Hafner, Arnd Helmut

Abstract

The text of the legal reform decree of the Han-emperor Wen as preserved in the Legal treaties of the Han-Annals has been misrepresented and misconceived for several times. First, Ban Gu squeezed the decree into the context of the political debate on restoration of mutilating punishment at the beginning of the Later Han, misleadingly putting emperor Wen into the role of the great reformer who abolished mutilating punishment. Next, Yan Shigu and probably other precedent commentators raised new questions on the terms of penal servitude, centered on the question how many years of hard labor 「(gatherers of) firewood for the spirits (guixin 鬼薪)」 had to serve. In fact, 「(gatherers of) firewood for the spirits (guixin 鬼薪)」 used to be merely a commutation for the 「wall builders (chengdan 城旦)」 in the penal system of the Qin and the early Han, and the search for its term of servitude in the reform decree had been stimulated by the recomprehension of penal servitude by the legal school of the later Han. In Addition, the question of servitude terms has been put under completely different light again since Gao Heng discovered that under the Qin penal servitude did not have fixed terms. After this discovery, the reforming role of emperor Wen has been often comprehended as to have introduced determinable servitude. However, the introduction of determinable servitude does not fit with the original text of the reform decree.

This paper undergoes a reexamination of the text of the legal reform decree of the Emperor Wen and the historical sources concerning the institution of 「Serving again (Fuzuo 復作)」. Based on this reexamination, we will state that there had been a transitional form of terminating penal servitude through stepwise pardoning between penal servitude without fixed terms in the Qin and determinable servitude in the new codices of the Wei and Jin. 「Serving again (Fuzuo 復作)」 refers to the part of servitude which is imposed after the process of partial pardoning, in a very similar manner before and after emperor Wen's legal reform. The impact of the legal reform on penal servitude was limited to the regulation of the timetable of stepwise pardoning. The legal school of the later Han conversed stepwise pardoning into a concept of determinable servitude, and the new codices of the Wei and Jin embedded this new concept for the first time into statutory law. In other words, the legal institution of determinable servitude has come into existence about 4 centuries later than considered formerly.

Keywords: Serving again, the legal reform of Emperor Wen, penal status degradation, penal servitude, Qin law, the new law code of Wei and Jin, legal school of the Eastern Han

壹、《漢書》刑法志與文帝刑法改革

《漢書》刑法志呈現出很明確的政治意圖，即主張復原肉刑。班固認為文帝廢除肉刑雖然出於「憐悲」之心，但因代替肉刑的笞刑殺傷力太強，結果為「外有輕刑之名，內實殺人」。¹景帝「定箠令」，緩減笞刑的危害，但「酷吏猶以為威。死刑既重，而生刑又輕，民易犯之。」而且武帝「外事四夷之功，內盛耳目之好，徵發煩數，百姓貧耗」，造成「窮民犯法……姦軌不勝」的不良後果。於是張湯、趙禹等「條定法令」，造成「禁罔寢密……典者不能徧睹。是以郡國承用者駁，或罪同而論異。姦吏因緣為市，所欲活則傅生議，所欲陷則予死比，議者咸冤傷之」的僵局。宣帝以後雖嘗試過種種改革方案，但「有司無仲山父將明之材，不能因時廣宣主恩，建立明制，為一代之法，而徒鉤摭微細，毛舉數事，以塞詔而已。是以大議不立，遂以至今（即東漢初期）。」

班固所開的一勞永逸的萬能藥方則是復原肉刑。具體方針為「刪定律令，纂二百章，以應大辟；其餘罪次，於古當生，今觸死者，皆可募行肉刑；及傷人與盜，吏受賕枉法，男女淫亂，皆復古刑，為三千章。」班固的這種藥方恐怕不僅僅是他的個人意見。刑法志批評元帝、哀帝治世下種種改革的失敗，似與梁統的批判出於一轍。據《後漢書》梁統傳，梁統「性剛毅而好法律」，²他在光武年間數次建議加強執法力度，認為「法令既輕，下姦不勝，宜重刑罰，以遵舊典。」他批評「元、哀二帝輕殊死之刑以一百二十三事，手殺人者減死一等，自是以後，著為常準，故人輕犯法，吏易殺人。」輕刑反而造成「人輕犯法」的反效果，與班固所謂「死刑既重，而生刑又輕，民易犯之」的邏輯頗近；「一百二十三事」使「吏易殺人」的主張又

1 班固《漢書》引文均據王先謙，《漢書補注》（臺北：藝文印書館，1996年影印光緒二十六年刊本）。有一些異體字改成通行字，不逐一注明。

2 范曄《後漢書》引文均據中華書局排印本（1965年第一版，1993年第6次印刷）。

與武帝時大辟「千八百八十二事」使「姦吏因緣爲市，所欲活則傅生議，所欲陷則予死比」的批評頗像。

通過編纂法典解決當代法制諸種弊病的想法也見於桓譚上疏：「法令決事，輕重不齊，或一事殊法，同罪異論，姦吏得因緣爲市，所欲活則出生議，所欲陷則與死比，是爲刑開二門也。今可令通義理明習法律者，校定科比，一其法度，班下郡國，蠲除故條。」部分字詞與班固的刑法志完全一致，班固無疑受其影響。桓譚爲著名經學家。據《後漢書》本傳，桓譚「博學多通，徧習五經，皆詁訓大義，不爲章句。能文章，尤好古學，數從劉歆、楊雄辯析疑異。性嗜倡樂，簡易不修威儀，而意非毀俗儒，由是多見排抵。」靈臺會議時，光武「欲以讖決之」，桓譚「極言讖之非經」，觸犯了逆鱗。

法典的編纂事業是東漢律學的一大夢想。據《後漢書》本傳，陳寵曾祖父咸在成哀閒「以律令爲尙書」，在王莽篡位之後，「收斂其家律令書文，皆壁藏之」。陳寵年輕時又「辟司徒鮑昱府」，「爲昱撰辭訟比七卷、決事科條，皆以事類相從。昱奏上之，其後公府奉以爲法。」章帝時，陳寵多以《尙書》典故誘導皇帝。至和帝永元六年，陳寵代郭躬爲廷尉，「鈎校律令條法，溢於甫刑者除之」，并說「聞禮經三百，威儀三千，故甫刑大辟二百，五刑之屬三千。禮之所去，刑之所取，失禮則入刑，相爲表裏者也」，不難看出當時律學深受經學影響。班固欲「刪定律令（三千章）」又全面合乎當時律學編纂法典的方針。

通過班固的〈刑法志〉可知，在東漢律學的眼光中，文帝刑法改革是西漢法制的一大轉折點。這一觀點似與文帝至武帝時代的一般認識略有出入。司馬遷雖然在《史記》孝文本紀³也提及齊太倉令淳于公少女緹縈的上書以及文帝廢除肉刑一事，但據同本紀所引景帝元年詔書⁴來看，在當時的一般認識中，廢除肉刑一事也僅是文帝慈善事業之一，與「除誹謗」、「賞賜長老」、「收恤孤獨」等沒有本質差

3 司馬遷，《史記》；引文均據中華書局排印本（1982年第2版，1992年底2次印刷）。

4 也見於《漢書·景帝紀》。

別，恐未被視為法律制度的一大里程碑。相比之下，班固刻意強調文帝「除肉刑」一舉，這應是復活肉刑的政治主張所致。忽略此點，則難以正確理解文帝改革詔的歷史意義。

貳、顏師古《漢書注》與文帝刑法改革

班固所留下的有關文帝刑法改革的歷史記載在後代又引起學者的另一種興趣。最晚在唐代以後，學者開始關心刑法改革對徒刑的影響。據《漢舊儀》，徒刑分為城旦舂四歲刑、鬼薪白粲三歲刑、司寇二歲刑以及一歲以下的罰作。這就與《漢書》刑法志所引文帝改革詔不一致。按照〈刑法志〉原文，文帝詔書將城旦舂等的服役期限規定如下：

罪人獄已決，完為城旦舂，滿三歲為鬼薪白粲，鬼薪白粲一歲，為隸臣妾，隸臣妾一歲，免為庶人。隸臣妾滿二歲，為司寇，司寇一歲，及作如司寇二歲，皆免為庶人。

據此，城旦舂服役滿三歲逐步將身份轉換為鬼薪白粲和隸臣妾，各身份又服役一歲之後，免除刑徒身份，當作「庶人」。從城旦舂到庶人，共服役五歲。隸臣妾經過一次身份轉換，共服役三歲。司寇則服役兩歲。相關內容可以整理成如下表格。

刑名	身份變化	總服役期限
城旦舂	城旦舂3年→鬼薪白粲1年→隸臣妾1年→庶人	五歲
隸臣妾	隸臣妾2年→司寇1年→庶人	三歲
司寇	司寇2年→庶人	二歲

其中最令人感到疑惑的是，改革詔未涉及「鬼薪白粲」的服役期限。鬼薪白粲應服役多少年呢？顏師古似已意識到這個問題。在城旦舂條下，顏師古加如下注釋：

男子為隸臣，女子為隸妾。鬼薪白粲滿三歲為隸臣，隸臣一歲免為庶人。隸妾亦然也。

鬼薪白粲服役三歲之後，轉換為隸臣或隸妾，再服役一歲，又免為庶人。服役年限加起來，為四歲，正好位於改革詔城旦舂與隸臣妾服役期限之中。這不應屬偶然。

但是，顏師古怎麼能自做主添加鬼薪白粲的服役年限呢？他有什麼依據呢？如果不能明確出處，顏師古此注難免有竄改史書之嫌。王先謙將師古注「三歲」之「三」改為「一」，似將相關一句視為針對城旦舂轉換為鬼薪白粲之後服役期限的注釋，即服役一歲之後轉為隸臣或隸妾，再服役一歲則免為庶人。如此，注與正文就不相矛盾，但「鬼薪白粲滿一歲為隸臣……」又嫌與刑法志正文重複，師古注實讓人難知其真意。

今人張建國對此也表示懷疑，並主張「鬼薪白粲滿三歲為隸臣隸臣一歲免為庶人」十八字原係正文，在抄傳過程中才混入師古注。此前，日本學者滋賀秀三曾經提過「脫文說」，認為〈刑法志〉原文具備有關鬼薪白粲服役期限的規定，在傳承過程中脫落了。張說是受此說影響。⁵但是，張說也難以成立。在〈刑法志〉正文中，刑徒名稱為「城旦舂」、「鬼薪白粲」、「隸臣妾」，都是男性、女性連稱，何故祇有此一條分別規定隸臣與隸妾的相關服役年限？分別稱「隸臣」、「隸妾」與師古「男子為隸臣，女子為隸妾」的注釋相應，明

5 參看：滋賀秀三，〈前漢文帝的刑制改革をめぐって——漢書刑法志脱文の疑い〉，《東方學》79（京都：1990）；又收：滋賀秀三，〈中國法制史論集——法典と刑罰〉（東京：創文社，2003），第十二章；張建國著，富谷至譯，〈前漢文帝刑法改革とその展開の再検討〉，《古代文化》48：10（京都：1996），原文後收於：張建國，〈帝制時代的中國法〉（北京：法律出版社，1999）；滋賀秀三，〈書評：張建國著《前漢文帝刑法改革とその展開の再検討》〉，《法制史研究》47（東京：1997）；又收於滋賀秀三前書。舩山明和石岡浩嘗試從校讎學的角度補充張說，對《漢書》刑法志的版本作出多數很精闢的分析，但終究沒能指出決定性的證據。參看：舩山明，〈《漢書》刑法志の錯誤と唐代文献〉，《法史學研究會會報》9（東京：2004），後與：〈秦漢刑罰史研究的現狀〉，《中國史研究》（東京：1995），第5卷合編，收於：舩山明，〈中國古代訴訟制度的研究〉（京都：京都大學學術出版會，2006）；石岡浩，〈北宋景祐刊《漢書》刑法志第十四葉の復元——前漢文帝刑法改革詔の文字の増減をめぐって〉，《東方學》111（京都：2006）；拙著《秦漢刑罰體系的研究》（東京：創文社，2009），第六章，〈漢代における勞役刑體系の形成〉。