

秦及西汉初期的奸罪与腐刑

——以出土简牍资料为主要依据

霍存福 程令政

[摘要] 在秦及西汉初期，奸罪已经被分为和奸与强奸两种类型，其相应的刑罚也有相当大的区别，其中的强奸要被处以腐刑。不过，在张家山汉简《二年律令》中，腐刑的适用并不单纯，在其律文之中，腐刑无法以一种统一的含义去理解。如果结合奸罪分析腐刑就会发现，在秦及西汉初期存在两种不同意义上的腐刑。虽然在秦汉之后的传统中国法里，这两个问题并没有必然的联系，但在出土简牍资料中却可发现秦及西汉初期的奸罪与腐刑之间的隐秘联系，并可以尝试将这种联系追溯到刑罚初定之时。

[关键词] 奸罪；腐刑；睡虎地秦简；《二年律令》；岳麓书院藏秦简

[作者简介] 霍存福，法学博士，吉林大学法学院教授，博士生导师（吉林 长春 130012），沈阳师范大学特聘教授；程令政，吉林大学法学院博士研究生，天津财经大学法学院讲师。

[中图分类号] D90 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1001-6198 (2020) 02-0069-11

性犯罪也许是人类最为古老的犯罪形态之一，向来是文明社会中的严重问题，古今中外皆然。事实上，任何文明社会，不管是已经消逝的，还是存续至今的，对于该种犯罪行为都有所界定与规制。那么，秦及西汉初期的中国，对于这种两性之间的性犯罪是怎么认识并反映在其法律制度中的，本文拟主要利用目前出土的简牍资料^①，来探讨这一问题。同时，在早期中国的刑罚制度

里，腐刑——也就是宫刑，是一种广受注目而又模糊不清的刑罚，古来关于这一刑罚的记载扞格不通之处甚多，而这一刑罚与奸罪却有着千丝万缕的联系，应从这种联系出发，探讨这种刑罚的本质属性。另外，在张家山汉简《二年律令》中，腐刑或腐罪出现多次，而其律文相互之间又无法通读，矛盾不通之处令人费解，从腐刑的本质属性出发，或许能解决这一问题。

^①本文主要利用了三种出土资料，分别是睡虎地秦简、岳麓秦简与张家山汉简，其释文分别见睡虎地秦墓竹简整理小组：《睡虎地秦墓竹简》，北京：文物出版社，1990年；陈松长主编：《岳麓书院藏秦简（壹-叁）》（释文修订版），上海：上海辞书出版社，2018年；张家山二四七号汉墓竹简整理小组编：《张家山汉墓竹简（二四七号墓）》（释文修订本），北京：文物出版社，2006年。为避文繁，如非必要，本文在引用这三种材料时只注明简号，不再出注。



一、秦及汉初出土资料里的奸罪

由于睡虎地秦简所出土律令资料的特殊情况，其大部分律令都是关于官吏日常管理工作的相关规定，主要涉及到我们今天所说的行政法方面，因此，关于奸罪方面的资料只有有限的几条，并且因其语辞简单，在理解方面也不无疑问。我们先看比较明确的两处简文：

(1) 甲、乙交与女子丙奸，甲、乙以其故相刺伤，丙弗智（知），丙论可（何）殴（也）？毋论。〔1〕

(2) 奸爰书：某里士五（伍）甲诣男子乙、女子丙，告曰：“乙、丙相与奸，自昼见某所，捕校上来诣之。”〔2〕

简文（1）的意思很清晰，不过其虽是与“和奸”有关，但主旨却无关奸罪，也与本文所述问题无关。简文（2）也简单，但透露出的信息却很丰富，首先是和奸是有罪的，“相与奸”，即双方同意，非强迫之意，古之中国，和奸亦是要受到刑罚处罚的行为。其次，“捕校上来诣之”，其中的“校”，整理者释为“木械”，也就是古代控制犯人的“桎”，因为这条简文出于《封诊式》，乃是秦时的公文格式，所以想来其中的字词都有严格的标准与深刻的用意，这一点如果结合张家山汉简《奏谳书》的相关资料来看，就愈显清晰。因此张建国在分析两处的资料后认为，此处的“校上”是一个不可分的法律名词，指的是奸罪必须要将男女双方都捕送到官府，这样才能在审理时校核双方口供。〔3〕

此外，《法律答问》中还有“臣强与主奸”和“同母异父相与奸”这两条涉及到奸罪，是中国古代法里关于亲属、尊卑之间性犯罪情况的规定，此类犯罪之情形及对其所处之刑罚皆远较常人为

重，但因为本文的主旨是探讨一般人即常人之间奸罪的情况，故不予讨论。睡虎地秦简中最后一条可能涉及奸罪的简文：

(3) “内（纳）奸，赎耐。”今内（纳）人，人未蚀奸而得，可（何）论？除。〔4〕

简文（3）语辞很短，意思却有些模糊，主要问题在于，此处“奸”的准确意思是什么，不太容易确定。“未蚀”的“蚀”该作何解，也是难题。整理小组将此处的“奸”释为“奸人、坏人”，纳奸，即容使坏人入内之意；“蚀”，则“疑读为食，《汉书·谷永传》注：‘犹受纳也’”。因此，这句话的意思可以表达为：容使坏人入内，应赎耐；如果容使坏人入内，在坏人奸谋得逞之前其就被抓获，容使者可以除罪。按照这种理解，此条简文与奸罪并无关系。

不过，何四维提出了另外一种解释，他怀疑纳奸是性关系方面的犯罪，这样的话，纳奸就变成了帮助通奸之意。①何四维只是指出了这种可能，但没有给出说明及论证。对于何的这一认识，李学勤认为“也是很有可能的”〔5〕，不过李同样也没有进行详细的说明。后来，角谷常子也作了和何四维一样的理解，还结合后面出土的张家山汉简《奏谳书》中的案例进行了简单的分析。②我们认为，何四维可能是受整理小组将“蚀”释为“食”的影响，而孟子有“食色性也”这一著名的话语，因此就将纳奸的“奸”理解为与性关系有关的犯罪了。只是何的这种解读成立的可能性微乎其微。一方面，对于以汉语为母语的读者来说，整理小组原来的认识读来毫无滞碍，合情合理，而如果将“奸”理解为“通奸的人”的话，这种“奸”的用例很难找到。另一方面，蒋非非的一项研究证明，如果这里的“奸”是与性关系有关的犯罪，因在秦末汉初时性犯罪之男女双方会受到

①何四维的这种解释比较独特，受制于语境与“奸”字在典籍中的常见含义，中国学者在释读该条简文时一般不会有此种念头。A.F.P.Hulsewe, *Remnants of Ch'in Law: An Annotated Translation of the Ch'in Legal and Administrative Rules of the 3rd Century B.C. Discovered in the Yun-meng Prefecture, Hu-pei Province, in 1975*, Leiden: Brill, 1985, p.138.

②角谷常子的分析也很简单，并且她应该是认识到理解这条简文的要点是其中的几个关键词，因此她说：“对这一律文中的‘内’、‘奸’、‘蚀’等字的正确语义，以及赎刑的理由，留待日后另考。”参见角谷常子：《秦汉时代的赎刑》，陈青、胡平生译，李学勤、谢桂华主编：《简帛研究2001》，桂林：广西师范大学出版社，2001年，第589、593页。

同样的处罚，但男子得以爵减刑，因此在很多情况下实际上男女双方被判处的刑罚并不一样，因此一律以“赎耐”作为“纳奸”的刑罚，则“未区分男女”^①。蒋非非的思路很好，不过在具体论证过程中可能将奸罪的主体与此处条文所指向的主体混淆了（虽然这种混淆最终不会影响其结论），因为这里要说明的主要是，“纳奸”的人是否要承担刑事责任以及要承担何种责任，而不是奸罪的主体应该承担何种责任（如果将此处的“奸”释为“通奸”的话）。其实这里有一种比较简单的反证方式。“奸”本来有“和奸”与“强奸”两种情况，何四维等想当然地将这里的“奸”理解为“通奸”，这是缺乏依据的，单从此处文义，实在无法看出是和奸还是强奸。那么，既然有和奸与强奸两种性犯罪，而强奸的危害程度又远大于和奸，因此按照罪刑相适应的刑罚设定原则，所纳奸不同，则纳奸的人所受的处罚也该不同，而此条文没有区分这两种情况，一律断之为“赎耐”，这反过来就可以证明此处的奸与性犯罪没有关系。因此，这一条简文还是应该以整理小组的释读意见为准；这样我们就排除了这条简文与奸罪的相关性。

只是，关于奸罪的具体情况，比如有几种情形，处断的刑罚是什么，这些问题在睡虎地秦简里都没有得到解决，好在与此有关的进一步的信息在目前已公布的岳麓秦简中有相对丰富的内容，下面我们试加分析。

在岳麓秦简《为狱等状四种》所收的诸案例中，案例 11、12 恰好是属于奸罪并且分属两种类型的绝佳材料。案例 11 被整理者称为“得之强与弃妻奸案”^[6]，这是一件强奸案，其大意是名为“得之”的人先已经抛弃其前妻，有一天晚上碰到了前妻，“欲与之奸”，被其前妻拒绝，因此得之是强奸未遂，随后被判处“耐隶臣”的刑罚。虽然此案后来多有反复，得之对其罪行不是完全认可，所以有“乞鞠”（可以理解为今日所说之上

诉）的行为，但上级官府并没有采纳得之的自辩意见，仍维持了原判刑罚。此案的关键在于，由此我们可以知道，强奸是犯罪行为，在未遂的情况下，罪人被判处“耐隶臣”之刑。案例 12 名为“田与市和奸案”^[7]，是我们在上面已经分析过的和奸的案子，田与市是两个人名，也就是本案的男女双方。这起和奸案虽然田提起了上诉，但仍被认为案情成立，田被判处“耐隶臣”。与案例 11 相比，强奸与和奸案情轻重不同，之所以量刑一致，应该是由于前者是未遂，后者是既遂的缘故。同时，案例 12 里，田上诉时的上诉理由之一即是“吏不捕田、市校上”，即没有一起被捕并送往官府，这就再一次确认了我们前面结合睡虎地秦简《封诊式》95 条简文分析过的张建国的说法，和奸犯罪成立的程序要件之一即是男女双方要一起被捕送官府（怀疑强奸罪亦如此），否则这类犯罪可能就很难被认定。

总之，从睡虎地秦简到岳麓秦简，关于奸罪，目前我们能确定的一些情况是：1. 奸罪分为强奸与和奸两种情形；2. 和奸的刑罚男女双方一样，是“耐隶臣妾”，强奸，在未遂的情况下，也是“耐隶臣”。不过，由于目前所见秦律简文的性质，关于奸罪，并没有直接的律文规定来说明，而且强奸既遂该被判处何刑，仍是没有解决。下面我们来看看张家山汉简里的情况。事实上，因为张家山汉简所出土的汉初律令，包含了当时刑律的主体部分，因此至此我们终于获得了关于奸罪的法律的直接规定：

(4) 诸与人妻和奸，及其所与皆完为城旦舂。其吏也，以强奸论之。^[8]

(5) 强与人奸者，府（腐）以为官隶臣。^[9]

简文（4）明确规定，与人妻和奸，通奸双方皆被判处“完为城旦舂”之刑。前面我们在分析“田与市和奸案”时指出，和奸的刑罚是“耐隶臣

^①此外，蒋非非还重点讨论了这条简文里“蚀”的释读，认为这里的“蚀”字应是同音字“失”的误抄写，并在此基础上对简文进行了重构。不过这一论证，在岳麓秦简公布之后已不攻自破，“未蚀”之用例，岳麓简里多次出现，整理者将其释为“未遂”之意，可从。参见蒋非非：《训释简牍语义不明文字的间接证据——以校释云梦睡虎地秦简〈法律答问〉65 简释文及语译为例》，杨振红、邹文玲主编：《简帛研究 2014》，桂林：广西师范大学出版社，2014 年，第 189 页；陈松长主编：《岳麓书院藏秦简（壹—叁）》（释文修订版），上海：上海辞书出版社，2018 年，第 159、160、161 页。



妾”，看似与此处规定不同，“耐隶臣妾”要远轻于“完为城旦舂”；实际上多数情况下秦汉律的律文规定有很严密的层级与逻辑，这种不同其实是与和奸犯罪里女方是否具有“人妻”这一身份有关。换言之，结合“田与市和奸案”与简文（4），关于秦及西汉初期的和奸犯罪，我们得出的结论是，和奸犯罪，女方如果不具有人妻身份，耐隶臣妾；如果是人妻，完为城旦舂。^①

简文（5）是关于强奸的规定，被判处的刑罚是“腐以为宫隶臣”。这里的“腐”，即宫刑之意，宫隶臣，整理小组释为“曾受宫刑之隶臣”，大致可从。不过，此处简文里前面既然已有表示宫刑的“腐”，后面宫隶臣的“宫”仍释为宫刑似有同义重复之嫌，考虑到受过宫刑之人多数皆在皇宫或王宫中服役，是不是释为“宫中”更为合适呢？关于这一点，我们可以看一下睡虎地秦简《法律答问》里这三条简文：

可（何）谓“宫均人”？宫中主循者毆（也）。

可（何）谓“宫更人”？宫隶有刑，是谓“宫更人”。

可（何）谓“宫狡士”、“外狡士”？皆主王犬者毆（也）。〔10〕

这三条答问里，其中的“宫”都是“宫中”之意，其用例与此处《二年律令·杂律》的“宫隶臣”完全一样，所以这里的“腐以为宫隶臣”还是释为“受过腐刑之后，在宫中服隶臣的劳役”更为合理。^②

至此，我们可以将上面分析的秦及西汉初期法律中关于奸罪的规定简单总结如下：

和奸，耐隶臣妾，若女子为人妻者，完为城旦舂。

强奸，腐以为宫隶臣。

二、秦及汉初出土资料里的腐刑

在上面的分析中，我们已将秦及西汉初奸罪情形作了总结，在其刑罚部分，也第一次出现了我们将要重点探讨的腐刑这种类型。与奸罪有关的刑罚，不管是“耐隶臣妾”“完为城旦舂”，还是与腐刑并处的“宫隶臣”，这三种刑罚的主要内容都是程度不同的劳役刑，其涵义与性质前人已多有讨论，此处不赘。^③这里我们主要就腐刑展开探讨。

腐刑又称宫刑，史料里多有记载。《周礼·司刑》：“宫罪五百。”注云：“宫者，丈夫则割其势，女子闭于宫中。”《尚书·吕刑》注云：“宫，淫刑也。男子割势，妇人幽闭。次死刑。”两处资料所说相同。宫刑之所以又称为腐刑，《汉书·景帝纪》注云：“宫刑其创腐臭，故曰腐刑。”因此，腐刑与宫刑为同一罪名，根据相关史料，宫刑或腐刑乃是肉刑中最重、仅次于死刑的重刑。

秦汉时期，腐刑之存在证据很多，比如秦时，《史记·吕不韦列传》：“吕不韦乃进嫪毐，诈令人以腐罪告之。”《史记·蒙恬列传》：“赵高昆弟数人，皆生隐宫，其母被刑，世世卑贱。”索隐：“盖其父犯宫刑，妻子没为官奴婢，妻后野合所生子皆承赵姓，并宫之，故云‘兄弟生隐宫’。”汉朝仍然采用此刑，虽然在《汉书·景帝纪》里有关于文帝曾废除过宫刑的说法，腐刑也可能曾短暂废除过，不过到了景帝时，“死罪欲腐者许之”，将其作为一种减死之刑又恢复了。所以武帝时的司马迁、宣帝时的许广汉都受过此刑，受刑的法

^①在唐律中，不管是强奸还是和奸，女子是否具有人妻的身份都是加刑一等的理由。刘俊文对此作了简单的说明：“一、和奸者，如女方无夫，则男女双方各徒一年半；女方有夫，则男女双方各徒二年。二、强奸者，如女方无夫，则男方徒二年；女方有夫，则男方徒二年半。”唐律的这种规定可以帮助我们理解这一问题。参见刘俊文：《唐律疏议笺解》，北京：中华书局，1996年，第1839页。

^②栗劲在分析宫刑时曾说：“虽然宫刑是仅次于死刑的最重的肉刑，但是，按周朝留下的‘宫者使守内’的传统，他们能够在宫廷内部为君王服务……”同时，还认为秦简此处所说之“宫均人”“宫更人”“宫狡士”“外狡士”都是受过宫刑在宫中服役的人。这种意见值得我们深思。参见栗劲：《秦律通论》，济南：山东人民出版社，1985年，第244、245页。

^③这方面的研究很多，基础性的研究可参见栗劲：《秦律通论》，济南：山东人民出版社，1985年，第263-273页；刘海年：《战国秦代法制管窥》，北京：中国社会科学出版社，2017年，第94-100页。

律依据应该就是“死罪欲腐者许之”。

此外，作为肉刑中最重的刑罚，腐刑除了是死刑的“代刑”之外，通常并不单处，而是以“加刑”的方式适用于某些罪行极重但又不够判处死刑的情况。比如，富谷至认为劓（斩趾）和劓这两种肉刑只是黥刑的附加刑，不能被单独执行。^{〔11〕}韩树峰也主张：“斩黥城旦舂、黥劓城旦舂、斩城旦舂并不是正式刑名，而是一种加刑。”^{〔12〕}虽然基于腐刑特殊的性质，他们都没有明确论及腐刑，但共同之处是二者都不认为黥之外的其他肉刑可以直接合并“城旦舂”成为正式刑名。换言之，引申其说，劓、斩与腐这三种肉刑通常并不单处，而是在要对某种罪行加重处罚时附加于肉刑的基准刑“黥城旦舂”而适用的。虽然徐世虹对于这一结论持保留态度，并且她提出了若干证据说明其他肉刑也有直接合并城旦舂而适用的情形，但她也承认“劓、斩、宫作为黥依次加重的肉刑，在以黥城旦舂为量刑基点时，其加重处罚的功能是显而易见的”^{〔13〕}。因此，即或如徐世虹所论，斩、宫等也存在单处的情形，但此类情形极其稀少，其基本的适用方式仍是加刑，这一点是确定的。并且，《二年律令·具律》中有具体的条文也明确指向了加刑这种情况（详见下文）。

上述关于腐刑的种种情形，在张家山汉简出土之前，本来也算清晰，不过在张家山汉简《二年律令》公布之后，其中关于腐刑或腐罪的若干律条，却无法用已有的关于腐刑的认识去解释，因而就给我们留下了种种疑问。为叙述的方便，我们先将相关简文引之如下，并展开讨论。

睡虎地秦简里，关于腐罪的材料只有一条：

(6) 可(何)谓“赎鬼薪鋈足”？可(何)谓

“赎官”？臣邦真戎君长，爵当上造以上，有罪当赎者，其为群盗，令赎鬼薪鋈足；其有府(腐)罪，赎官。其它罪比群盗者亦如此。^{〔14〕}

从简文(6)可知，秦时的腐罪，对于“臣邦真戎君长，爵当上造以上”者来说，可以“赎官”代替。这相当于富谷至所总结的秦时赎刑两种类型之一的“代刑”的情况^①，一般只适用于一定社会阶层以上的人物，与后世我们通常所知的赎刑一样，比如汉武帝时期就经常有入钱赎死的情形，其本刑是死刑，缴纳足够的金钱以后可得免死，被处以轻于死刑的其他刑罚。简文(6)中，本刑明确，是腐罪^②，不过因犯罪者身份特殊，所以以赎论处；同时，这也是秦时腐刑存在的明确而可靠的证据。

张家山汉简中腐刑的材料比秦简多，不过，相关疑惑也由此而生。先看简文：

(7) 有罪当黥，故黥者劓之，故劓者斩左止(趾)，斩左止(趾)者斩右止(趾)，斩右(趾)者腐之。^{〔15〕}

简文(7)所透露出来的信息非常丰富。首先我们能明确，汉初刑律的肉刑的确是包含了黥、劓、斩、腐四种类型，这与传统所说的旧五刑之内容及序列完全吻合。《尚书·吕刑》称旧五刑为墨、劓、劓、宫、大辟，《周礼·秋官·司刑》则称为墨、劓、宫、劓、杀，两说之中除了宫刑与斩趾刑的次序不同之外，其他完全一样，而且宫刑与斩趾刑即便位次不同，其本身之存在也无异议。由简文(7)我们可以知道，至少《二年律令》时期的汉初，当时肉刑的类型、位次是符合《尚书·

①除“代刑”之外，秦及汉初还有本刑即为赎刑的刑罚，这一点前人多有指出，可参见富谷至：《秦汉刑罚制度研究》，柴生芳、朱恒晔译，桂林：广西师范大学出版社，2006年，第38-43页。进一步的研究可参见角谷常子：《秦汉时代的赎刑》，陈青、胡平生译，李学勤、谢桂华主编：《简帛研究2001》，桂林：广西师范大学出版社，2001年，第587-601页；张金光：《秦制研究》，上海：上海古籍出版社，2004年，第554-560页。

②本文是在同一意义上使用腐罪与腐刑的。中国秦汉时期的法律语辞，并不严格区分“罪”(行为)与“刑”(刑罚)二者，因此“某罪”有时可解为对犯罪行为的表述，如“夫有罪，妻先告”中的“罪”是犯罪之意，而秦汉简文中经常出现的“耐罪”“刑罪”以及此处的“腐罪”等，其中的“罪”乃是“刑罚”之意。这一点富谷至已有所论，参见富谷至：《秦汉刑罚制度研究》，柴生芳、朱恒晔译，桂林：广西师范大学出版社，2006年，第18-19页；又参见富谷至：《二年律令中的法律用语——其一》，《东方学报》第76册，2004年。



吕刑》的说法的。其次，前已言及，富谷至、韩树峰等学者已经认识到，秦汉时期的肉刑，“黥城旦舂”是基准刑，劓、斩等刑是在“加刑”的意义上适用的，其本身通常并不单处；简文（7）即可以作为其观点的一个绝好例证。也就是说，此条简文实际规定的是累犯量刑的一种原则：黥城旦舂再有黥罪，劓之，即是黥劓城旦舂；黥劓城旦舂再有黥罪，因已劓过不能再劓，故而斩左趾；以下可以依此类推，斩止刑无法再施之后即是腐刑，而最高就是腐刑。这一处刑的原则可以得到张家山汉简《奏谳书》所收案例“解娶亡人符为妻案”的证实：解本是隐官，被处过劓、黥两种肉刑，在这一案件中，解又娶亡人符为妻，《二年律令》169简规定：“取亡人以为妻，黥以为城旦舂”，因解原已受过劓黥之刑，故最后官府对其判处的刑罚是“斩左趾（趾）为城旦。”〔16〕这与简文（7）所规定的处刑原则完全一致。并且，《二年律令·具律》中有“刑尽”①一词，徐世虹、陈中龙将其释为“肉刑穷尽”之意，即是在正确认识到简文（7）所述的加刑原则基础上作出的合理解释。②因此，到这里我们可以认为，出土的汉律简文完全证实了传世文献中关于肉刑的相关记载，按照由轻到重的顺序，我们可以将其排列为黥、劓、斩左趾或斩右趾、腐五级共四种类别，这与我们的固有认识一致。此外，下面两条关于赎刑的简文也能证实这一点：

（8）赎死、赎城旦舂、鬼薪白粢、赎斩宫、赎劓黥、戍不盈四岁，系不盈六岁，及罚金一斤以上罪，罚金二两。〔17〕

（9）赎死，金二斤八两。赎城旦舂、鬼薪白粢，金一斤八两。赎斩腐，金一斤四两。赎劓、黥，金一斤。赎耐，金十二两。赎迁，金

八两。有罪当腐者，移内官，内官腐之。〔18〕

虽然在简文（8）和（9）中，赎死之下的赎刑并不是赎腐或赎宫，而是“赎城旦舂、鬼薪白粢”，这很有些奇怪，但是如果我们暂且不管这一点，则“赎城旦舂、鬼薪白粢”之后的赎刑序列中的肉刑部分，还是符合我们上面讨论过的情况。并且，将这两条简文对读即可发现，简文（8）的“赎斩宫”即为简文（9）的“赎斩腐”，这是秦及汉初时宫刑即是腐刑的最直接证据。但是，关于腐刑的这些认识，在下面这一条简文里，却出现了严重的问题，并且严重到无法在已有的知识框架下得以解决：

（10）诬告人以死罪，黥为城旦舂；它各反其罪。告不审及有罪先自告，各减其罪一等，死罪黥为城旦舂，城旦舂罪完为城旦舂，完为城旦舂罪□□鬼薪白粢及府（腐）罪耐为隶臣妾，耐为隶臣妾罪耐为司寇。〔19〕

简文（10）的意思是说，告不审及有罪先自告，在量刑时可以减罪一等，后面就是减罪一等的具体规定，比如死罪减为黥为城旦舂，黥城旦舂罪减为完为城旦舂等，这都是正常的情况，而虽然简文并不完整，但是下面我们却看到了这样的说法：鬼薪白粢及府（腐）罪耐为隶臣妾。这个说法又该如何解释呢？

首先，“鬼薪白粢”前的缺文应是“耐”，耐鬼薪白粢减罪一等即是耐为隶臣妾，这没有问题。但是，腐罪，这种“次死之罪”“肉刑之至高者”减罪一等之后也是“耐为隶臣妾”？这完全颠覆了我们固有的认识。目前的研究已经一再证明，秦汉律的律文与立法技术，其严谨与高明，远超过

①分别见于91-92与122号简，简文曰：“其有赎罪以下及老小不当刑、刑尽者，皆笞百。城旦刑尽而盗贼（赃）百一十钱以上，若贼伤人及杀人，而先自告也，皆弃市。”（91-92）；“其有赎罪以下及老小不当罪、刑尽者，皆笞百。刑尽而贼伤人及人，先自告也，弃市。”（122）

②“刑尽”一词，说法多种，本文认为当以徐世虹、陈中龙所释为正。如徐世虹言：“……‘刑尽’，当指执行完自黥至腐的全部肉刑。此等‘刑尽者’由于备受肉刑，已无刑可加，其罪又不至死，故予以笞百。”此说最为精辟。这一问题的相关讨论，可参见徐世虹：《秦及汉初律中的城旦刑》，张中秋主编：《中华法系国际学术研讨会文集》，北京：中国政法大学出版社，2007年，第190页；陈中龙：《论秦与汉初时刑罪中的“完”与“刑尽”》，武汉大学简帛研究中心主编：《简帛》第12辑，上海：上海古籍出版社，2016年，第215、228-230页。

我们的想象，因此此处律文必须得有一个合理的解释。^①徐世虹完全认识到了这一问题，她说：“……腐罪与（耐为）鬼薪白粲为一组，耐为鬼薪白粲减等自然为耐为隶臣妾，而腐罪至耐为隶臣妾，中间尚隔肉刑各等、完城旦舂及耐为鬼薪白粲……秦及汉初律中的‘减罪一等’及‘加罪一等’的加减界限，尚待进一步探讨。”^{〔20〕}不过，关于腐罪的这一处律文到底该如何解释，到目前仍然没有一个合理的说法。下面，本文打算谈谈关于这一问题的看法，以就教于方家。

三、腐刑的本质及其适用

我们认为，解决上述疑问的关键是需要弄清楚腐刑的本质属性。由于书缺有间，以下所述虽不免有想象与猜测的成分，但相信应该去真相不远。

古人视腐刑为“淫刑”，男女不以义交者即处此刑。这里的“男女不以义交”，并没有区分我们在本文第一部分里所分析出的和奸与强奸两种性犯罪的情形，而且，如果仔细揣摩文意就可知道，这种应受到“淫刑”处罚的犯罪行为，其实反倒排除了或者不包括在秦汉律里量刑更重的强奸，其明确指向的是“男女不以义交”之淫，所以说的更可能是和奸的情形。只有和奸，才谈得上“男女不以义交”，所以男女双方才会受到同样的处罚。蔡枢衡曾指出：“最古老的罪名是有关性交的。”^{〔21〕}照此说法，最古老的刑罚应是与最古老的罪名相一致的。最古老的犯罪既是淫乱，所以最古老的刑罚也就是处罚淫乱的刑罚。比如宫刑就可能是这最古老的刑罚之一。此外，李悝《法

经》的所谓“淫禁”之一，就是“妻有外夫者，则宫”。淫罪或腐刑是否是最古老的虽然不易确定，但该种犯罪及其刑罚有悠久的历史则没有疑义，否则就不会在目前所知最早的法典中留下位置。因此，我们认为，腐刑的本质属性就在这里，也就是说，腐刑本是为了惩罚违反了当时社会伦理或礼法习俗“不以义交”的男女双方而设立的，这是腐刑的核心涵义，这种属性的腐刑早在秦汉律之前就出现了；至于到了秦汉律，被处以腐刑的只是强奸，目前可见的和奸的最高刑只是完城旦舂，这是一种后起的情形。

当然，“后起”并不意味着秦汉时人对腐刑的本质属性已经缺乏明确的认识了。事实上，腐刑虽然在《二年律令》的肉刑之列，但我们对这一刑罚被适用情况的了解却相当模糊。比如，有两个现象非常异常，首先是我们知道秦律当中已有腐刑，而秦及西汉初期的罪犯，在被判处肉刑之后都要同时服一定种类的劳役刑，但目前所见的出土文献中的刑徒资料，不管是秦还是汉，居然没有一则腐刑刑徒从事相关劳动的记载，相反的，其他的刑徒种类，不管是在岳麓秦简的律令文里，还是在里耶秦简的刑徒徒簿里，都大量出现。^②里耶秦简的刑徒徒簿，是有关当时在官府直接管理之下正在服某种劳役刑的刑徒的第一手公文记录，具有无可替代与无可比拟的史学价值，其科学性与重要性甚至要超过出土于古人墓葬作为陪葬品的睡虎地秦简与张家山汉简。目前简牍学界对于以陪葬品形式存在的出土简牍的性质尚有不同的意见^③，但无人质疑里耶秦简这种出土于古井、作为当时公文记录的“活的史料”，因此，既然腐刑

^①从立法技术、律文严密性等角度对秦律进行评价的研究，可参见堀毅：《秦汉法制史论考》，北京：法律出版社，1988年，第326-328、330、336页。

^②隶臣妾、城旦、城旦舂司寇、鬼薪白粲等刑徒类型，岳麓简中经常可以见到。里耶秦简的刑徒徒簿所包含刑徒的类型则更为丰富，不仅有我们已经知道的常见类型，还包括了像仗城旦这样不太常见的类型，不过“宫刑徒”目前则绝无一见。陈直曾广搜两汉文献与出土资料中的刑徒资料，也不见与“宫刑徒”有关的记载。参见陈松长主编：《岳麓书院藏秦简（肆）》，上海：上海辞书出版社，2015年；《岳麓书院藏秦简（伍）》，上海：上海辞书出版社，2017年；湖南省文物考古研究所：《龙山里耶秦简之“徒簿”》，《出土文献研究》第12辑，上海：中西书局，2013年，第101-131页；陈直：《两汉经济史料论丛》，北京：中华书局，2008年，第269-299页。

^③可能是夏德安最早提出，墓葬中的简牍文书乃是一种“借书籍的巫术去邪作用来保护坟墓不受侵害”的陪葬品，暗指这类文书的内容未必可靠，在使用时务必要特别小心。参见夏含夷主编：《中国古文字学导论》，上海：中西书局，2013年，第221页。富谷至也有同样的看法：“律令是以镇魔、辟邪的目的被随葬的，如果说与法律有关系的话，那么在现世社会中具有威吓恶之行为效果的律与令，转用于对黄泉世界的邪气、恶鬼进行威吓。即，作为随葬品的法律，其目的就是除魔、辟邪。这一想法即使



是当时肉刑的主刑之一，腐刑刑徒服役资料的这种缺失，就很是奇怪。其次，上文所引用的《二年律令·具律》简 119，关于腐刑有这样的说法：“有罪当腐者，移内官，内官腐之。”如果这是一种普遍的情况，也就意味着腐刑的这种刑罚，需要由“内官”来负责施行。这里我们把“内官”视为宫中之官^①，如果这个理解没错的话，那就指向了这样的一种可能，一方面，掌握宫刑施行技术的是内官，另一方面，我们分析过的简文(5)已说明，受过腐刑之后，是“腐以为宫隶臣”，也就是在宫中服“隶臣”之役的意思。这里为什么要强调“宫刑施行技术”呢？因为我们注意到了这样一条秦令的令文：

(11) 道故塞徼外蛮夷来盗略人而得者，黥劓斩其左趾以为城旦……斩为城旦者，过百日而不死，乃行捕者赏。廷卒乙廿一。〔22〕

这条令文的重要性在于第一次向我们透露出至今学界尚未着手探讨的一个问题，那就是古时肉刑施行的“技术问题”。不管是黥、劓还是斩、腐，特别是后两种，其在公元前的前现代中国是怎样施行的呢？要知道，在抗生素尚未发明的前现代社会，身体上的严重创伤往往是无救的，死亡率非常高。这条令文即充分证明了这一点：来盗掠的蛮夷被“斩为城旦”后，如果过百日不死的话，捕获该蛮夷的人才能领取赏金。如果我们结合这一条令文，并从肉刑施行的“技术问题”角度重新考虑《二年律令·具律》简 119 关于腐刑施行的规定的话，就能认识到，作为惩罚“男女不以义交”的淫刑而存在的“腐刑”，主要是一种“宫中之刑”^②，其最开始可能与王权确立之后控

制附属于王而存在的王的众多嫔妃有关。因此，腐刑的惩治重心是男女双方达成合意之和奸，而非秦及汉初时的强奸。特殊的宫廷环境，王权所关注的，只是如何控制众多嫔妃使其不生外向之心而已。这同时也解释了，腐刑为什么又被称为宫刑。

当然，除了“男女不以义交者其刑宫”这一传统说法所指向的和奸之外，性犯罪也包括了另外一面，那就是强奸。这里暂且让我们思考这样一个问题，古人制定或设计不同刑罚类型的依据与缘由是什么？换言之，对于我们已经知道的黥、劓、斩、腐这四种秦及汉初的肉刑来说，为什么是纹脸、割鼻、斩趾、去势，而不是比如拔牙、割耳、断手、眇目呢？在所谓刑罚这种东西还没有开始的原初状态，当面临要对犯有某种错误的人施以惩罚的时候，要对其施以怎样的惩罚呢？古人原初的想法是什么？其“灵感”的来源何在？他们所选定或者设置的刑罚方式是完全随机与偶然的，还是有一定的必然性与合理性？关于这些问题，《晋书·刑法志》记载的西晋时人刘颂在议复肉刑的上书中有这样的说法：

圣王之制肉刑，远有深理，其事可得而言，非徒惩其畏剥割之痛而不为也，乃去其为恶之具，使夫奸人无用复肆其志，止奸绝本，理之尽也。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，非徒然也。〔23〕

这段话能比较好地解释肉刑之初起的情况，这符合人类思维的基本逻辑，所以“亡者刖足，无所用复亡。盗者截手，无所用复盗。淫者割其

现在也没有改变。”参见富谷至：《江陵张家山二四七号墓出土竹简》，李力译，《简帛研究 2008》，桂林：广西师范大学出版社，2008 年，第 309 页。邢义田也认为随葬文书是“明器”，参见邢义田：《治国安邦：法制、行政与军事》，北京：中华书局，2011 年，第 317-318 页。广濂薰雄认为，在利用出土律令进行研究时，要注意这些律令文书的主体性与实效性，也表达了同样的意思。参见广濂薰雄：《秦汉律令研究》，东京：汲古书院，2010 年，第 10 页。

^①宫宅濂认为：“所谓内官是掌管宫中女官、宦官的官署，既是役使他们的制作官府或者武器制造作坊，也管理着作为劳动力一部分的刑徒。”参见宫宅濂：《中国古代刑制史研究》，杨振红等译，桂林：广西师范大学出版社，2016 年，第 32 页。

^②宫中的妇人有过，是在宫中受审施刑的，宫中之事，宫中解决，不预外朝。因此发生在宫中的犯罪行为，与宫外普通的民政司法系统是隔绝的。《史记·吕太后本纪》记载，刘邦死后吕后怨恨刘邦生前所宠爱之戚夫人，因此“乃令永巷囚戚夫人，而召赵王。”此处所谓“永巷”，后来发展为掖庭诏狱，即是设在宫中的监狱。这说明“宫中之刑”并非空穴来风，而是其来有自。

势，理亦如之”，肉刑的这种“反映刑”的特点非常明显。^①对于腐刑来说，这揭示出了腐刑另一方面的起源可能：腐刑也可能是对于强奸这种性犯罪的一种“反映刑”。不过，无论是“男女不以义交者”的和奸，还是强奸，适用“淫者割其势”的这种腐刑来惩罚，都是能够成立的。

作为惩治淫罪而出现的腐刑在其产生之后，随着社会的演进发展，渐渐地脱离了其原本的属性，或者也可以说具有了新的应用空间，从而迈向了其作为刑罚体系中一种普通刑罚类型的道路。腐刑的这种发展，目前可见比较早的事例是《左传·昭公五年》的这则记载：

楚子朝其大夫曰：“晋，吾仇敌也。苟得志焉，无恤其他。今其来者，上卿、上大夫也。若吾以韩起为阉，以羊舌肸为司宫，足以辱晋，吾亦得志矣，可乎？”大夫莫对。^[24]

此处文字涉及到了两种肉刑，“阉”是守门人之意，春秋时通常由受过“刖”刑之刑徒担当此职；而这里的“司宫”之“宫”，可能与宫刑有关，盖其多由阉人充任，所以楚王才认为“以羊舌肸为司宫，足以辱晋”。因羊舌肸并无淫罪，楚王想要处其宫刑，与淫罪无关，这说明至晚在此时，宫刑已经可以用于一般的犯罪了。又《列子·说符篇》：

孟氏之一子之秦，以愆于秦王。秦王曰：“当今诸侯力争，所务兵食而已。若用仁义治吾国，是灭亡之道。”遂宫而放之。^[25]

这里“宫而放之”之“宫”，也是宫刑的意思，而“孟氏之一子”之获此咎，与淫罪也没有任何关系。大概从春秋时期以后，宫刑渐渐可以

用于普通的犯罪，从而程度不同地进入了当时各国的刑罚体系。不过，需要注意的是，一方面对普通犯罪处以宫刑的事例相对于其他肉刑来说，仍然很少见，另一方面，宫刑原本所具有的核心属性——淫刑——这一宫刑的本质属性在当时的刑律里仍然完整地保留着。

综合上述种种情形，我们不得不认为，即使到了秦及汉初的刑律，腐刑在其刑罚体系里，仍是一种“特别的存在”，其本身具有非常特殊的色彩；而腐刑的这一种特殊面相，起码在《二年律令》里，还以一种显著的方式存在着。因此，对于腐刑的本质属性，秦汉时人应该还有着相对明确的认识。换言之，在《二年律令》里，我们看到了两种意义上的腐刑，一种是代表腐刑本质属性、惩治性犯罪的腐刑，另一种是作为普通肉刑体系的一部分——“肉刑之至高者”，通常只在加刑或死刑之代刑的意义上适用、祛除了淫刑色彩的腐刑。

如果上面的说法大致无误，对于腐刑，我们大致可以做这样的推断：

第一，腐刑从其本质属性来看，是一种惩罚“男女不以义交者”的淫刑，其初始是针对男女双方的，主要的重心可能在和奸。

第二，腐刑的施刑方式具有鲜明的“反映刑”特点，这指向了其起源于惩治“强奸”这种性犯罪的可能性；但是，即便是对于“男女不以义交者”的和奸来说，采用“去势”一类的刑罚方式也是顺理成章的。

因此，对于上述这两种腐刑起源的可能，目前我们不持特定立场而都予以采纳。腐刑是一种专门针对性犯罪的淫刑。

第三，腐刑在产生之后，可能因其严厉性与震慑性，渐渐可用于普通的犯罪，但基本上是以加刑或死刑之代刑的方式而适用的。

^①仁井田陞认为：“所谓反映刑，就是对犯人犯罪时所使用的那一部分身体直接加以伤害的刑罚，如割掉盗窃者的手，在高贵者面前放屁的人则在其臀部打上烙印。”参见仁井田陞：《中国法制史》，上海：上海古籍出版社，2011年，第63页。这种反映刑的想法，是很自然的，拉法格指出，“埃及人把强奸自由妇女的犯罪者的睾丸割去”，“伪造货币或关防者砍手”，“小偷小窃谈不到死刑，只是砍断他们的手”，这与晋人刘颂的思考方式完全一样。参见拉法格：《思想起源论》，王子野译，北京：三联书店，1963年，第75-76页。霍存福、日本学者堀毅在这方面做了非常精彩的工作，具体可参霍存福：《复仇 报复刑 报应说——中国人法律观念的文化解说》，长春：吉林人民出版社，2005年，第166-170页；堀毅：《秦汉法制史论考》，北京：法律出版社，1988年，第196、323-325页。



第四，秦及西汉初期的刑律里，存在两种意义的腐刑，一种是后发的以加刑或死刑之代刑的方式存在的腐刑，一种是代表了腐刑本来含义“淫刑”意义上的腐刑。后一种腐刑可以直接适用，在《二年律令》里，目前可见的律条，只用于强奸这一种情形，和奸已被“耐隶臣妾”或“完为城旦舂”这两种更轻的刑罚所取代。和奸所代表的对性犯罪所处刑罚的这种趋势，是当时的一般情形，后世的性犯罪，不管是强奸还是和奸，其刑罚中淫刑的色彩慢慢消失了，比如唐律里关于奸罪是这样规定的：

诸奸者徒一年半，有夫者徒二年……强者各加一等。〔26〕

这就完全和普通犯罪的刑罚一样了。

现在，我们需要回到本文第二部分最后所提的问题，并尝试做出回答。

那么，在简文（10）里，耐鬼薪白粲和腐罪并列，减罪一等之后为耐为隶臣妾，这条律文之所以能够成立，是因为此处的腐罪并非“次死之罪”“肉刑之至高者”的普通腐罪，而是代表了腐罪本来含义的“淫刑”意义上的腐罪。我们在本文第一部分关于秦及汉初奸罪的讨论中已经指出，《二年律令》中，严格意义上的直接适用腐刑的犯罪，只有强奸这一种情形。和奸，如女子无夫，则耐隶臣妾，若女子为人妻者，完为城旦舂。虽然从刑罚减罪一等的角度，在腐罪代表性犯罪这个含义上，不管是将和奸之刑还是强奸之刑代入到这条律文里都难以完全吻合，但比之前面提及的徐世虹的疑问——腐罪至耐为隶臣妾，中间尚隔各等肉刑、完城旦舂及耐为鬼薪白粲——来说，由“腐以为宫隶臣”或“完为城旦舂”降等为“耐隶臣妾”就合理得多了。由于腐罪本身的特殊性质，加上简文有缺，虽然这个理解尚不能完全解决问题，但我们相信这是解决问题的正确途径。

如果允许猜测的话，我们倾向于将此处的腐罪理解为“强奸，腐以为宫隶臣”意义上的腐罪，

原因在于，此种直接适用意义上的腐罪，本就是《二年律令》中的一种特殊存在，此种腐罪之刑徒，原本即要在被“腐”之后服隶臣之劳役，因此减罪一等“耐为隶臣”的可能性是很大的。

另外，前已言及，秦汉律的律文通常有很严谨的逻辑，我们看这条律文：

（12）罪人完城旦舂、鬼薪以上，及坐奸府（腐）者，皆收其妻、子、财、田宅。〔27〕

此处之“奸府（腐）”，必须理解为“强奸，被判处腐宫隶臣”之意，不得将“奸”理解为广义上的奸罪。因为如果此处的“奸”包括了和奸，和奸之一乃“与无夫女子奸”，此时被判处的刑罚是“耐隶臣妾”，而秦及西汉初期刑律中只有鬼薪白粲以上的刑罚才会被“收”妻子财产，“隶臣妾”是不收的。另外，此条简文的后半部分“皆收其妻、子、财、田宅”，这个规定本身即说明这条律文的主体“罪人”指的只能是男子，因为只有男子才有“妻”。所以综合这两点，这里的“奸腐”，只能是强奸而腐的意思，这说明通常情况下，《二年律令》中的腐，就是腐刑之意。^①所以，简文（10）中的“腐罪降等耐为隶臣妾”中的腐，和此处的“奸腐”是同一意思。此外，这条律文还再一次充分说明“奸府（腐）”之罪在当时的特殊性：这种犯罪，不在“完城旦舂、鬼薪以上”犯罪的罪行序列里，所以需要单独对其进行规定。

本文主要利用了目前出土的秦汉简牍资料，讨论了秦及西汉初期的奸罪与腐刑这两个问题。虽然在秦汉以后的传统中国法律中，这两个问题并不具有必然的联系，但我们发现，在刑罚初定之时，早期的奸罪与腐刑乃是一事之两面，两者是紧密联系在一起，而这种紧密关联在出土的秦汉简牍资料特别是《二年律令》中，留下了鲜明的痕迹。

质言之，秦及西汉前期的法律中，宫刑或腐刑在两种意义上存在，一是具有起源意义且代表其“反映刑”性格的腐刑，主要是用来惩治“淫

^①李均明也认为，“‘奸府（腐）者’通常指强奸犯”，并指出了《二年律令》中两种强奸的情况。参见李均明：《张家山汉简〈收律〉与家族连坐》，中国社会科学院简帛研究中心编：《张家山汉简〈二年律令〉研究文集》，桂林：广西师范大学出版社，2007年，第212页。

罪”的，在《二年律令》中，这种意义的腐刑只用于“强奸”这一种犯罪；二是作为一种普通刑罚，进入了刑罚体系并以“肉刑之至高者”面貌存在的腐刑，这种腐刑通常是在累犯“加刑”的意义上适用。腐刑的这种情况，体现了我们所说的刑罚生成的原理或机制：五刑，或者一般意义上的刑罚，往往原本各有其特定的来源与生成途径，在经过长期演化之后，才进入刑罚体系成为普通刑罚的一种，而我们在《二年律令》中所见到的腐刑，正处于演化的末尾，尚未完全褪去其原本所具有的刑的色彩，因此才让我们得以窥其真相。

【参考文献】

[1][2][4][10][14]睡虎地秦墓竹简整理小组：《睡虎地秦墓竹简》，北京：文物出版社，1990年，第134、163、108、138、120页。

[3]张建国：《关于张家山汉简〈奏谏书〉的几点研究及其他》，袁行霈主编：《国学研究》第4卷，北京：北京大学出版社，1997年，第539页。

[5]李学勤：《何四维〈秦律遗文〉评介》，《中国史研究》1985年第4期。

[6][7]陈松长主编：《岳麓书院藏秦简（壹—叁）》（释文修订版），上海：上海辞书出版社，2018年，第160-162、162-

164页。

[8][9][15][16][17][18][19][27]张家山二四七号汉墓竹简整理小组编：《张家山汉墓竹简（二四七号墓）》（释文修订本），北京：文物出版社，2006年，第34、34、21、94、22、25、26、32页。

[11]富谷至：《秦汉刑罚制度研究》，柴生芳、朱恒晔译，桂林：广西师范大学出版社，2006年，第21页。

[12]韩树峰：《秦汉刑徒散论》，《历史研究》2005年第3期。

[13][20]徐世虹：《秦及汉初律中的城旦刑》，张中秋主编：《中华法系国际学术研讨会论文集》，北京：中国政法大学出版社，2007年，第192、196页。

[21]蔡枢衡：《中国刑法史》，南宁：广西人民出版社，1983年，第140页。

[22]陈松长主编：《岳麓书院藏秦简（伍）》，上海：上海辞书出版社，2017年，第127页。

[23]房玄龄等撰：《晋书·刑法志》，北京：中华书局，1974年，第932页。

[24]杨伯峻编著：《春秋左传注（修订本）》第5册，北京：中华书局，2016年，第1403页。

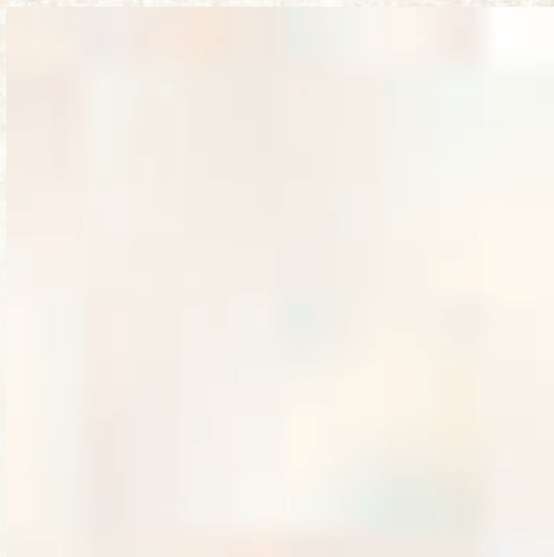
[25]杨伯峻撰：《列子集释》，北京：中华书局，1979年，第245页。

[26]刘俊文：《唐律疏议笺解》，北京：中华书局，1996年，第1836页。

【责任编辑：水杨】



学人风采



霍存福，1958年生，吉林大学法学院博士生导师，沈阳师范大学特聘教授，沈阳师范大学法律文化研究中心主任，《法律文化论丛》主编。获国务院政府特殊津贴，教育部“跨世纪优秀人才培养计划（人文社会科学）”学者。主要研究方向为法律史、法律文化、权力问题等。主持国家哲学社会科学基金3项（重点课题2项），重大项目子课题2项，主持教育部项目4项，出版个人学术专著4部，在国内权威法学期刊《法学研究》《法学家》《法制与社会发展》《现代法学》《当代法学》《北方法学》及综合类期刊《社会科学战线》《甘肃社会科学》《社会科学辑刊》等发表论文100余篇。

马陵合，1968年生，安徽师范大学二级教授，博士生导师，入选教育部新世纪优秀人才，安徽省学术与技术带头人。主要从事中国外债史、中国铁路史和经济思想史研究。主持3项国家社科基金和多项省部级课题。著有《清末民初铁路外债观研究》《晚清外债史》《外债与民国经济变迁》《安徽近代铁路史》《钱神志校勘》等8部著作，主编《中国近现代史》等教材，参编《安徽通史》《安徽人物大辞典》等。在《中国经济史研究》《史学理论研究》《学术月刊》《清史研究》等刊物发表近150篇论文，有10余篇论文被人大复印资料全文转载。

