

汉代“殊死”考

魏道明

(青海师范大学,青海 西宁 810008)

摘要:“殊死”是常见于汉代史籍的法律用语,自古至今,学者从罪名或刑名的角度对此作了各种解释,计有律有明文的死罪、大逆罪、重大死罪、斩刑、弃市、死刑等。本文认为殊死在汉代是一个用以表示死罪严重程度的复合概念,其要素包括罪行性质、是否律有明文、能否赦免及处刑方式与处刑时限。具体来说,殊死是专指律有明文的大逆不道罪,主要包括谋反、谋大逆、谋叛、恶逆等,此类死罪,性质严重,绝不赦免,处死方式固定为腰斩,且行刑决不待时。由于受刑时罪犯的身体被斧钺断开,故曰殊死。后世法律中的真犯死罪(真死)制度即源自于此。

关键词:汉代;殊死;律有明文;大逆不道;腰斩;真死

中图分类号:D691

文献标识码:A

文章编号:1674-9227(2018)01-0060-10

青海民族大学学报

一、“殊死”诸家说回顾

“殊死”一词,作为法律用语,常见于汉代史籍,如《汉书·高帝纪下》:“今天下事毕,其赦天下殊死以下。”从三国开始,对于何为殊死,学者的解释就已出现歧异。如淳说:“死罪之明白也,《左传》曰‘斩其木而弗殊’”;韦昭则直言“殊死,斩刑也”。^①韦昭是从刑名或刑罚方式的角度来理解殊死;如淳说的后一句似乎也隐约涉及到了刑罚方式,但他解释的着眼点在于罪名或罪行性质,认为殊死是指罪名明确、律有明文的死罪。其后,争论依旧,且日趋复杂。

东晋董勋说:“殊,异也,死有异死者,大逆:族诛、梟首、斩腰,《易》有焚如之刑也。”^②董勋的说法多有晦涩难解之处,其大意是说,殊为离异,死刑中有尸身离异之刑,大逆不道一类的罪行要处以族诛、梟首、斩腰、焚如等尸身分异之刑。唐代大儒颜师古在《汉书注》及《匡谬正俗》中都对殊死进行了解释,他是韦昭说的支持者,并给予了斩刑说训诂学上的根据:“殊,绝也,异也,言其身首离绝而异处也”;^③又说:“称殊死、绝死,谓斩刑也……殊

者训绝,而死有斩、绞,故或云殊死,或云死。但云死者,绞、缢刑也;云殊死者,身首分离,死内之重也。”^④

韦昭、颜师古所谓的斩刑,是指断开受刑者身体的死刑;相比而言,董勋虽也是从断开、离异的角度来解释殊死,但殊死刑的范围比之韦昭、颜师古说有所扩大。在他列举的族诛、梟首、斩腰、焚如等殊死刑中,至少族诛、焚如两种刑罚,并不是以断开身体的方式来处死罪犯。族诛即是夷三族,按《汉书·刑法志》所载,夷三族之正犯“皆先黥,劓,斩左、右止,笞杀之,梟其首,菹其骨肉于市。”焚如是指用火烧死罪犯,王莽曾以此刑制裁谋反并投靠匈奴的陈良等人。^⑤遭族诛、焚如者,只是被笞死或被烧死,死时身体完整,并没有被断开。

董勋之所以将二者也看作殊死刑,原因恐怕在于遭族诛、焚如者,虽死时身体尚能保持完整,但死后却免不了尸身分散:族诛的正犯首级悬竿示众并被剁碎骨肉,遭焚如刑者也难免肉尽骨散。换言之,韦昭、颜师古只是单纯以处死时断开受刑者身体的角度来理解殊死,而董勋在此基础上又增加了死后断开尸体的情形,无论断开身体还是

收稿日期:2017-10-12

作者简介:魏道明(1963-),男,河南遂平人,青海师范大学人文学院历史系教授,博士研究生导师。研究方向:中国法制史、隋唐史。

尸体,皆为殊死刑。此外,董勋说还有一点值得重视,他虽是从刑名意义上来解释殊死,但将殊死看作是专门针对于对大逆罪的处刑方式,突出了二者之间的密切联系,似乎在隐约提示我们,殊死在罪名意义上是专指大逆罪。

到了南宋,徐天麟认为殊死即是弃市的别称。^[4]弃市为秦汉时期的死刑刑名,其处刑方式有斩刑、绞刑之争:《周礼·掌戮》郑玄注:“杀以刀刃,若今弃市也”,是将弃市解为斩刑。而司马贞《史记索隐》在注《史记·高祖本纪》时说:“今律谓绞刑为弃市是也”,是将弃市解为绞刑。徐天麟尽管只是对弃市刑名的由来作了说明,^[5]没有对弃市到底是斩刑还是绞刑做出说明,但揣测徐氏本意,他应该是将弃市理解为斩刑,在此基础上,又见韦昭、颜师古释殊死为斩刑,于是认为既然殊死和弃市都是斩刑,殊死当然也可以解释为弃市。

徐天麟将殊死与弃市等同起来的看法,令人疑惑。虽然究竟何为殊死,一直存在不同意见,但殊死是死刑之重,并无争议;同样,弃市的处刑方式,虽有不同看法,但弃市是死刑之轻,也无异议。可见,殊死与弃市,无论如何都不能等同起来。而且,如果弃市已是殊死也即死刑之重,那么刑等在弃市以上的腰斩、枭首、磔刑,又该称作什么呢?

相比而言,清人段玉裁虽也受弃市为斩刑说的影响,但他的说法比徐天麟要合理得多:“凡汉诏云殊死者,皆谓死罪也;死罪者,首身分离,故曰殊死,引伸为殊异。”^[6]段氏之说,恐怕是先将弃市看作是首身分离的斩刑,然后以此类推,既然刑等最轻的弃市已属殊死,那么腰斩、枭首、磔也当然得归入殊死,于是认定汉代所有的死刑都是殊死刑。这样一来,殊死刑与死刑就含义相当,殊死就是死刑。

在现代,韦昭、颜师古的斩刑说,获得的认可最多,^[7]段玉裁的死刑说也有支持者。^[8]也有学者在传统罪行、罪名说的基础上发展新说,认为殊死即是重大死罪,如牛继清认为殊死是指“犯了与一般死罪有性质区别的不赦大罪”;^[9]陶安也说殊死是“死罪之‘甚’者。正因为这些罪名明明白白地应当处刑,所以常赦‘不得赦’”。^[10]

综上,自古至今,学者从罪名或刑名的角度对殊死作了各种解释,计有律有明文的死罪、大逆罪、重大死罪、斩刑、弃市、死刑等。由于秦汉时期,罪与罚界限模糊,语义经常出现混同,^[11]罪名与刑

名往往同一,^[12]故无论罪名说还是刑名说,皆有其合理之处,在汉代史籍中也都能找到依据,不能轻易否定。但正是因为罪名、刑名说都有合理之处,殊死可能是一个兼有罪名、刑名的复合概念,^[13]若执着于一端,就会失之偏颇。以下将先分别从罪名、刑名两个角度来验证殊死各家说,在此基础上,力争对殊死作出一个正确的概念解释。

二、作为罪名的“殊死”

在汉代史籍中,“罪殊死”、“罪非殊死”一类的用法并不稀见:如《汉书·宣帝纪》:“罪殊死,皆上请廷尉以闻”;又《后汉书·章帝纪》:“罪非殊死,且勿案验。”皆可视为罪名意义上的殊死。笼统而言,殊死无非是指死罪。当然,并非所有死罪都属于殊死,汉代的死罪分为殊死与非殊死两类,汉章帝建初九年(84)的诏令可以为证:

郡国中都官系囚减死一等,勿笞,诣边县,妻、子自随,占著在所。其犯殊死,一切募下蚕室,其女子宫。(《后汉书·章帝纪》)

诏令中的减死分为两种,死罪“系囚”(非殊死)减为戍边,殊死罪者减为宫刑。可知,殊死罪只是死罪中的一种。

那么,什么样的死罪被称为殊死呢?殊死诸家说中,涉及到罪行性质者,有如淳、董勋、牛继清、陶安四人。其中,如淳认为是“死罪之明白也”,董勋认为是大逆罪,牛继清说是大罪,陶安说是死罪之甚者。除去如淳说,其余所谓大逆罪、大罪、死罪之甚者,所指皆类似。大逆即是大逆不道,又称“大逆无道”、“大逆毋道”、“大不道”、“逆道”等,是汉代对谋反、谋大逆、谋叛等罪行的概称,就是大罪和死罪之甚者。因如淳说较为特殊,留待后论,以下先来考察大逆不道与殊死之间的关系。

证之史籍,殊死罪与大逆罪的确可以互称:

(章帝章和元年九月)诏郡国中都官系囚减死罪一等,诣金城戍;犯殊死者,一切募下蚕室,其女子宫。(《后汉书·章帝纪》)

(和帝永元八年八月)诏郡国中都官系囚减死一等,诣敦煌戍;其犯大逆,募下蚕室,其女子宫。(《后汉书·和帝纪》)

这几乎是两道一模一样的诏令,其“募下蚕室”者,或称殊死,或称大逆,我们似乎可以认定殊死罪就是大逆不道一类的犯罪行为。然而,再结合明帝的诏令来看,问题就没有这样简单:

(明帝永平八年十月)诏三公募郡国中都官死罪系囚,减罪一等,勿笞,诣度辽将军营,屯朔方、五原之边县……其大逆无道殊死者,一切募下蚕室。(《后汉书·明帝纪》)

明帝的赦令中,“募下蚕室”的对象,由殊死或大逆变为了“大逆无道殊死”。如果大逆不道即是殊死,就没有必要采用“大逆无道殊死”这样的累赘表述方式,直书大逆不道或殊死即可。由此可知,大逆不道罪与殊死罪还存在着区别。那么,如何理解两者之间这种既有联系又有区别的关系呢?我们再来结合光武帝、明帝的诏令进行分析:

(光武帝建武六年)秋九月庚子,赦乐浪谋反大逆殊死已下。(《后汉书·光武帝纪下》)

(明帝永平二年春正月)其令天下自殊死已下谋反大逆,皆赦除之。(《后汉书·明帝纪》)

光武帝诏文是赦谋反大逆中的殊死已下罪,明帝的诏令是赦殊死已下的谋反大逆罪,所指皆同,都是说仅赦谋反大逆罪中的殊死已下者而殊死者不赦,也即赦免部分谋反大逆者。这说明汉代的谋反大逆或大逆不道罪可分为殊死和殊死已下(非殊死),换言之,并非所有的大逆不道罪,都属于殊死罪,殊死只是部分大逆不道罪的专称。

那么,什么样的大逆不道属于殊死罪呢?如淳所谓殊死是“死罪之明白也”的解释,或许为我们提供了线索。“明白”一词,也常见于汉代文献,以下略举几例:

(淮南王安谋反)赵王彭祖、列侯让等四十三人皆曰:“淮南王安大逆无道,谋反明白,当伏诛。”胶西王端议曰:“其书印图及它逆亡道,事验明白,当伏法。”(《汉书·淮南王传》)

于是左将军丹等奏:“(王)商位三公,爵列侯,亲受诏策为天下师……执左道以乱政,为臣不忠,罔上不道……罪名明白。臣请诏谒者召商诣若卢诏狱。”(《汉书·王商传》)

臣敞谬豫机密,言所不宜,罪名明白,当填牢狱。(《后汉书·郅恽传附郅寿传》)

以上引文中,“明白”一词皆与犯罪事实是否清楚、罪名是否符合法条规定联系在一起。汉代在定罪量刑时,将罪行分为两类,一类是罪名明确、律有明文,严格按照律条判刑者,汉律中称为“真罪”,如《二年律令·亡律》:“取(娶)人妻及亡人以为妻及为亡人妻,取(娶)及所取(娶),为谋(媒)者,智(知)其请(情),皆黥以为城旦舂。其真罪重

者,以匿罪人论。”简文中的“真罪”,虽是指亡人本身之罪,但结合后世法律“真犯”的概念来看,汉代有可能将律有明文的罪行也称为“真罪”。

另一类是罪行、情理与律文有出入,律无明文而以“与同法”、“与同罪”、“反其罪”等名目比照某一律条判刑者。这在《二年律令》中有明确反映:如《盗律》:“谋遣人盗,若教人可(何)盗所……皆与盗同法”;“智(知)人略卖人而与贾,与同罪……买者智(知)其请(情),与同罪”;《告律》:“诬告人以死罪,黥为城旦舂;它各反其罪。”这些都是比照定罪的证据。如淳说殊死是“死罪之明白也”,意思就是说殊死是指律有明文的死罪,若比照律条判处死罪者,则不属于殊死。

论述至此,再回到前文所谓殊死是指部分大逆不道罪的结论,就不难明白,殊死无非是律有明文的大逆不道罪,比照定罪的大逆不道则不属于殊死罪。

汉代比照定罪大逆不道的情形,较为常见。1957年在甘肃武威汉墓出土的《王杖十简》中,对于年七十而受王杖者,“有敢征召、侵辱者,比大逆不道”、“有敢骂詈、殴之者,比逆不道”。^[10]又据《汉书·杜周传附杜延年传》记载,昭帝时,桑弘羊谋反,其子桑迁本应缘坐,侍御史却认为桑迁“知父谋反而不谏争,与反者身无异”,以谋反罪来处置。“与反者身无异”,大概就是“与同法”或“与同罪”的意思。对于反叛事件中被动参与、支持叛乱者也往往以“与同罪”的名目判大逆不道。《汉书·景帝纪》记载,汉文帝三年(前177),济北王刘兴居反,“诏曰:‘济北王背德反上,诬误吏民,为大逆。济北吏民,兵未至先自定及以军、城邑降者,皆赦之,复官爵。与王兴居去来者,亦赦之。’八月,虏济北王兴居,自杀。赦诸与兴居反者。”所谓“赦诸与兴居反者”,可证明在济北王反叛事件中,很多人都被“与同罪”的名目判谋反罪,包括参与、支持叛乱甚至是“与王兴居去来者”。但这些比照判处谋反罪者,多属被动参与、支持叛乱,在性质上与真犯谋反有明显差异,所以在平叛后往往给予赦免。又据《后汉书·彭城靖王恭传》记载,汉安帝元初三年(116),赵牧诬奏彭城靖王刘恭“祠祀恶言,大逆不道。有司奏请诛之。恭上书自讼。朝廷以其素著行义,今考实,无征,牧坐下狱,会赦免死。”赵牧奏刘恭大逆不道,却以不实反坐大逆下狱,就是属于“反其罪”。

正是因为大逆不道罪有比附定罪的一面,同为大逆罪,差异明显,⁹故处罚也各不相同。律有明文的大逆不道,正犯腰斩,还要株连亲属受刑;如晁错案,丞相青翟等举劾晁错曰:“亡臣子礼,大逆无道,错当要(腰)斩,父母、妻子、同产无少长皆弃市。臣请论如法。”¹⁰而比照大逆不道者,仅处弃市,也不株连亲属。据《王杖十简》记载,成帝河平元年(前28),汝南西陵县昌里一位名先的人,年七十而受王杖,游徼吴赏命其随从殴打先,比大逆治罪,“赏当弃市”;¹¹1981年在武威新发现的《王杖诏令册》中,更是有对受王杖者“吏民敢有殴辱者,逆不道,弃市”的明确记载,并记录了多例因毁损王杖或殴伤、擅召受王杖者比照大逆定罪处以弃市刑的案例。¹²

弃市为汉代最轻的死刑,适用于较轻的死罪,故在汉代史籍中,罪当弃市的死罪往往与殊死罪分列,以示区别。如汉成帝鸿嘉元年(前20),曾定令:“年未满七岁,贼、斗杀人及犯殊死者,上请廷尉以闻,得减死。”¹³贼、斗杀人,按汉律规定,罪当弃市。¹⁴汉令将贼、斗杀人罪与殊死罪并列,可知罪当弃市的死罪不属于殊死罪。对比照定罪的大逆不道罪,仅处弃市刑,说明此类罪行还不够殊死罪的“资格”,只有律有明文的大逆不道罪,才属于殊死罪。

殊死罪是专指律有明文的大逆不道罪,其它律有明文的死罪则不属于殊死。大逆不道罪,按照《汉书·霍光传》“侮上者,逆道也”的解释,其含义较广,凡不利于皇室、社稷的言行,皆是;对于杀父、杀母一类的行为,也以大逆罪论处,¹⁵具体包括近二十个罪名,¹⁶涵盖了后世法律中十恶罪的前四项,即谋反、谋大逆、谋叛、恶逆。按罪等排列,以下应为不道、大不敬,这两类罪按汉律应处弃市刑。《周礼·秋官·庶氏》郑玄注引汉律:“敢蛊人及教令者弃市”;汉文帝时,张释之为廷尉,有人盗高庙坐前玉环,“释之案律盗宗庙服御物者为奏,奏当弃市。”¹⁷按此,巫蛊一类的不道罪、盗宗庙御物一类的大不敬行为,按汉律皆为弃市。史籍中也不乏因不道、大不敬而被弃市的实例,如韩延寿以狡猾不道,¹⁸严延年¹⁹以诽谤政治不道坐弃市;薛况、²⁰蔡邕²¹皆坐大不敬而弃市。处以弃市刑的死罪,如前所述,不同于殊死罪,可证不道、大不敬皆非殊死罪,²²不道、大不敬以下的死罪则更不可能属于殊死罪。

殊死罪,性质严重,故严惩不贷。汉代虽大赦频繁,但多是“赦殊死以下”,殊死罪不赦。汉代有所谓“不当得赦”的制度,²³类似于后世之“常赦所不免(原)”。即使特赦“不当得赦”者,殊死罪也不在其列,如汉顺帝阳嘉三年(134)的诏令:“其大赦天下,自殊死以下,谋反、大逆诸犯不当得赦者,皆赦除之。”²⁴按此,殊死以下罪及诸不当得赦者,皆可赦除之,唯独殊死不赦,可知,殊死属于绝不赦免的严重死罪。²⁵

三、作为刑名的“殊死”

汉代史籍中在刑罚或刑名意义上使用殊死一词者,也不罕见,以下试举两例:

考自昭、宣、元、成、哀、平六世之间,断狱殊死,率岁千余口而一人,耐罪上至右止,三倍有余。(《汉书·刑法志》)

(建武年间,梁统奏曰):“臣窃见元、哀二帝轻殊死之刑以一百二十三事,手杀人者减死一等,自是以后,著为常准,故人轻犯法,吏易杀人。”(《后汉书·梁统传》)

殊死是死刑,向无异议,但殊死究竟是泛指汉代所有的死刑还是部分死刑,从上引两条资料来看,似乎可以得出不同的结论。《汉书·刑法志》所言为汉昭帝至平帝期间断狱状况,所列死刑只有殊死一类,以下即为右止(斩右趾),似乎说明汉代所有的死刑都可以称殊死。但《后汉书·梁统传》中,却将“轻殊死之刑”与“手杀人者减死”并列,可知手杀人者所处的死刑与殊死刑有别,²⁶殊死是部分而非全部死刑。

揆之情理,殊死只能是部分死刑的代称。前已述及,汉代在罪名意义上将死罪分为殊死与非殊死两类,在刑名意义上,死刑也分为殊死和非殊死两类。汉章帝建初七年(82)九月,“诏天下系囚减死一等,勿笞,诣边戍……及犯殊死,一切募下蚕室,其女子宫。”²⁷明白无误地说明死刑分为殊死和非殊死两种。既如此,《汉书·刑法志》所言汉代死刑为何只有殊死一种呢?这就要从汉代死刑的执行程序说起。

汉代的非殊死刑在判决后并不立即执行,秋冬以后方行刑;²⁸只有殊死刑,才坚持不待时而杀。曹魏初年,曾议恢复肉刑以代死刑,司徒王朗认为:“夫五刑之属,著在科律,自有减死一等之法,不死即为减。施行已久,不待远假斧凿于彼肉刑,

然后有罪次也。”^[22]所谓“施行已久”，自然是指汉代以来的制度；“不死即为减”，意味着只要不是判决后立即执行，就很有可能获得赦宥，^[23]实际上并不执行死刑。正是因为非殊死刑在实施方面具有不确定性，故断狱统计中的死刑没有将之包含进去。

殊死之“殊”，许慎释为“断”，^[24]前引颜师古、董勋训为“绝”或“异”，皆取离绝、断开之意，所谓殊死，顾名思义，是指断开受刑者身体的死刑。

从《二年律令》及其它记载来看，汉代的死刑有腰斩、梟首、磔、弃市。^[25]其中，腰斩的处刑方式史有明载：“今臣之胸不足以当椹质，而要（腰）不足以待斧钺”；^[26]又“（张）苍当斩，解衣伏质”，^[27]可知腰斩是用斧钺一类的兵器拦腰斩断犯人身。但梟首、磔、弃市的处刑方式并不清楚，甚至它们究竟是处死方式还是死后处置尸体的方式，都需要重新审视。

日本学者富谷至在论及秦代的死刑制度时，曾言梟首和磔是根据尸体处理办法命名的刑名。^[28]汉代也应如此。

梟首，颜师古在《汉书·高帝纪》注为“县（悬）首于木上”，^[29]在同书《陈汤传》又释为“斩其首而县（悬）之也”。^[30]将首级悬于木杆，肯定要“斩其首”，问题在于是以斩首的方式处死还是处死后再斩首？后者的可能性居多。本文首节所引《汉书·刑法志》夷三族之正犯“笞杀之，梟其首”，是先笞死而后斩首梟示；又东汉末年，吕布被缢杀，然后“梟首送许”，^[31]是先缢死再斩首梟示。自杀者也被梟首刑，如汉王刘邦四年（前 203），塞王司马欣自杀，后刘邦“梟故塞王欣头栌阳市”；^[32]又灵帝时，窦武、窦绍“皆自杀，梟首洛阳都亭。”^[33]故梟首是依据尸体处理办法命名的刑名，要害在于割下已处死犯人的首级悬竿示众，至于处死方式，则无定法。

磔的情形与梟首类似，应劭说“诸死刑皆磔于市”，颜师古说磔就是“张其尸”，^[34]段玉裁认为：“凡言磔者，开也，张也，剖其胸腹而张之，令其干枯而不收。”^[35]也即处死后暴尸街市，并分解其尸体，挖开胸腹、掏出内脏。^[36]平帝时，“（吴）章坐要（腰）斩，磔尸东市门。”^[37]又顺帝时，阳球逮中常侍王甫父子，“使以土窒萌口，菑朴交至，父子悉死杖下……乃僵磔甫尸于夏城门。”^[38]吴章、王甫的处决方式为腰斩或杖死，只是死后又被施以磔刑，都

证明磔刑刑名的由来与处死方式无关，而与处决后处置尸体的方式相联系。

至于弃市，因前引《周礼·掌戮》郑玄注有“斩以斧钺，若今要（腰）斩也；杀以刀刃，若今弃市也”之句，故多理解为是处死方式，甚至直接释为斩首刑。其实，弃市与处死方式无关，而与梟首、磔一样，也是以处决后处置尸体的方式来命名的刑名，取《礼记·王制》所谓“刑人于市，与众弃之”之意。无论犯罪人自杀、死于狱中还是被掠杀而死，只要死后将尸体弃之于市，皆可称之：兹侯刘明，《汉书》记为自杀，^[39]而《史记》却说弃市；^[40]廷尉李种，《汉书》一记为狱死，^[39]一记为弃市；^[40]文昌太守曹鸾，《后汉书》一记为在狱中被掠杀（拷打）而死，^[41]一记为弃市。^[42]最能说明弃市刑处死无定法的是《后汉书》中的另一段记载：

安丘男子毋（毋）丘长与毋俱行市，道遇醉客辱其母，长杀之而亡，安丘追踪于胶东得之……（吴）祐问长：“有妻、子乎？”对曰：“有妻未有子也。”即移安丘逮长妻，妻到，解其桎梏，使同宿狱中，妻遂怀孕。至冬尽行刑，长泣谓母曰：“负母应死，当何以报吴君乎？”乃啗指而吞之，含血言曰：“妻若生子，名之‘吴生’，言我临死吞指为誓，属儿以报吴君。”因投缯而死。（《后汉书·吴祐传》）

毋丘长因醉客辱其母而杀之，属斗殴杀人，按前引《二年律令·贼律》的规定应处弃市。但官方在“冬尽行刑”时，却任由其“投缯而死”，也即自缢而死。^[43]合理的解释便是弃市的关键要害在于弃尸街市，而处死的方式并没有限定，甚至允许自己选择死亡方式。

弃市与磔都是将被处死者暴尸街市，只不过磔刑还要毁损尸体，而弃市并不毁损尸体，故能保持尸身完整。天水放马滩秦简记载有一个叫丹的人因伤人而自杀，被处以弃市，以后又死而复生的故事：“丹矢伤人垣雍里中，因自刺毆。弃之于市，三日，葬之垣雍南门外。三年，丹而复生。”^[43]丹若非尸身完整，断不能有死而复生之事。在适用中，可能存在对应弃市者也滥施磔刑的情形，故汉景帝中二年（前 148），曾下诏“改磔，曰弃市勿复磔。”^[44]即处死后应当弃市者不再磔尸，这也从一个侧面证明弃市刑并不毁损尸体。

以上死刑中，弃市刑在处死及处理尸首的过程中并无断绝身体或尸体的行为，与殊死断绝的本意不符；且弃市是死刑之轻，而汉代的死刑分为

殊死与非殊死,故可确定弃市非殊死。其余腰斩、枭首、磔诸刑,皆有断开身体或尸体的情形,是否属于殊死,取决于我们的衡量标准。以断开身体为标准,只有腰斩刑属于殊死;如果采用断开身体、尸体的双重标准,腰斩、枭首、磔皆是殊死刑。笔者以为,只有腰斩才属于殊死。理由有二:

其一,殊死之“殊”,除了公认的断绝之意外,也有特别或不同的含义,^[44]殊死即是有别于一般死刑的特殊死刑。汉代死刑中,枭首、磔和弃市皆以死后处置尸体的方式来命名,惟独腰斩是以行刑方式命名的刑名,最为特别,同时符合断绝、特别之意,称为“殊死”,名符其实。

其二,上节的论述已证明殊死在罪名意义上是专指大逆不道罪,与之相应,刑名意义上的殊死也应是专指惩处大逆不道罪的刑罚。在汉代,腰斩刑专用于大逆不道罪的惩处,早在20世纪50年代,日本学者布目潮瀨就已证明此点。^[45]从新发现的简牍资料来看,这一结论仍具有可信度。在《二年律令》中,死刑在适用上就已呈现出分工态势,^①腰斩刑专用于大逆不道罪的惩处,^②而枭首与磔刑分别用于不孝或强盗一类的犯罪,^③并不见用于大逆不道罪的规定。在汉代的司法中,对大逆不道罪虽有适用枭首刑的情形,但都是因为正犯自杀未能适用腰斩刑^④或妇女犯大逆罪按法条规定不适用腰斩刑者,^⑤这恰恰说明腰斩刑是大逆不道罪的固定处罚方式。

为何将腰斩称为殊死呢?殊死的原意可能是指在战场上死于斧钺等重兵器之下,尸身断离。如楚汉战争中,韩信背水为阵,因无退路,故“军皆殊死战”,^[46]即抱着死于斧钺之下的决心与敌人一战,结果,大败赵军。在中国古代,兵刑合一,刑始于兵,《汉书》云:“大刑用甲兵,其次用斧钺;中刑用刀锯,其次用钻凿;薄刑用鞭扑。”^[47]甲兵、斧钺同属大刑,用于反逆行为。发生兴师动众的反叛行为,自然要用甲兵征讨,一般谋反行为,虽不必出兵征讨,但要持斧钺等兵器治狱,如淮南王谋反,武帝“使仲舒弟子吕步舒持斧钺治淮南狱”。^[48]行刑也用斧钺,所谓“为臣不忠,当伏斧钺之诛。”^[49]将腰斩称为殊死,或由于此。

综上所述,殊死在汉代是一个用以区别死罪严重程度的复合概念,其要素包括罪行性质、是否律有明文、能否赦免及处刑方式与处刑时限。具体来说,殊死是专指律有明文的大逆不道罪,主要包

括谋反、谋大逆、谋叛、恶逆等,此类死罪,性质严重,绝不赦免,处死方式固定为腰斩,且行刑决不待时,由于受刑时罪犯的身体被斧钺断开,故曰殊死。

四、余论:“殊死”与“真死”

后世法律中有所谓真犯死罪,简称真死,与杂犯死罪(杂死)相对而言。真死之“真”,指律有明文,若比照定死罪者,不称真死。当然,并非所有律有明文的死罪都属于真死,真死还与所犯死罪的严重程度相联系,指常赦所不原的死罪。在唐代,真死包括十恶、故杀人、反逆缘坐、监守内奸、盗、略人、受财枉法死罪,^[50]明时又扩大至十恶、杀人、盗系官财物,及强盗、窃盗、放火、发冢、受枉法不枉法赃、诈伪、犯奸、略人略卖、和诱人口,若奸党及谗言左使杀人,故出入人罪,若知情故纵、听行藏匿引送、说事过钱之类的死罪。^[51]

真死与殊死都是区别死罪严重程度的概念,在是否律有明文和能否赦免两方面,二者保持一致,但在处刑方式及处刑时限方面有很大的不同,殊死要处斩刑且决不待时,而真死的处刑方式有斩、绞之分,处刑时限也分为决不待时和秋后处决两类。

尽管真死与殊死不同,但在史书作者笔下,真死却往往被称作殊死。^⑥如《明史》本纪中一些“赦殊死以下”之类的记载,对照《明实录》赦令原文,其实应是赦真死以下:

(宣德元年八月丙寅)宥武臣殊死以下罪,复其官。^[52]

(宣德元年八月丙寅)都察院北京行部备录武官所犯……凡五百二十人以闻。上既阅之。命除杀一家非死罪三人、谋故杀、强盗、子殴父母及真犯情重者不宥外,其余杂犯死罪、徒、流、笞、杖及见问未完追赔粮草者,悉宥还职。^[53]

(正统十一年十一月壬申)减殊死以下罪。^[54]

(正统十一年十一月壬申)上命巡按御史会审刑官,审勘明白,真情实犯者,依律监候处决;情可矜疑者,具实以闻。其余毒人未死、斗殴伤人致死者,情罪稍轻,俱宥死,杖一百发戍边卫。^[55]

不难看出,皇帝赦令的原文都是赦宥真犯也即真死^⑦以下,而《明史》的作者称之为赦殊死以下。既然是赦真死以下,为何不用真死而用殊死?除了史书作者言必征古的习惯,更是因为真死的

概念实际上是在殊死的基础上发展而来。

殊死与非殊死在汉代之所以成为区别死罪严重程度概念,与汉代的赦宥力度过大有关。汉代有所谓“不当得赦”,相当于后世之“常赦所不原”。按照常规,赦宥时只应赦不当得赦以外之罪,但在实际操作时,赦宥的幅度却非常宽。卫宏在《汉旧仪》中总结汉代赦宥制度时曾言:“践祚、改元、立皇后太子,赦天下。每赦自殊死以下及谋反、大逆不道诸不当得赦者,皆赦除之。”^②按此,汉代的赦令模式为赦殊死以下各罪及不当得赦者,这就意味着不仅死罪以下各罪包括不当得赦者皆赦免,即是不当得赦的死罪,若属于非殊死,也赦免。由于在汉代,真正被看作是死罪之重、绝不赦免的是殊死罪而非不当得赦之死罪,故殊死成为严重死罪的代称。

汉代赦宥频繁,而殊死包含的罪种过少,许多不该赦免的死罪都被赦免,带来许多弊端。其后,不当得赦也即常赦所不原的死罪一般不赦。如唐代,赦令的基本模式为赦死罪以下各罪及常赦所不原者,^③也就是说赦常赦所不原者,只限于死罪以下,属于常赦所不原的死罪包括十恶、故杀人、反逆缘坐、监守内奸、盗、略人、受财枉法等,皆不赦免,不赦的死罪种类比之汉代大大增加。

但这些不赦的严重死罪,已不能概括称为殊死。因为,殊死的本意是以断开身体的方式来行刑,而这些死罪中有很多是处以绞刑,也不是立即执行死刑。这样一来,尽管唐代还保留有殊死概念,^④但作为区别死罪严重程度方法,殊死与非殊死却失去了原有意义。取而代之的就是真死与杂死。

自唐代发展出真死、杂死概念之后,宋元两代皆继承之,^⑤明清时成为常见名称,明代曾数次颁定、重修《真犯杂犯死罪》条例,《大清律例》则将死刑分门归类为杂犯死罪与实(真)犯死罪两类。^⑥真死与杂死制度日渐成熟,成为衡量死罪严重程度的新概念。

(本文曾于 2014 年 8 月作为会议论文提交“汉晋时期国家与社会”国际学术研讨会)

注释:

①《汉书·高帝纪下》颜师古注引如淳、韦昭说,北京:中华书局,1962年,第51页。

②[唐]颜师古:《匡谬正俗》卷8“殊死”条引董劭说,文渊阁四

库全书本,台北:台湾商务印书馆,1986年,第221册,第513页下栏。

③徐天麟在《西汉会要》卷61《刑法·刑制》“弃市”条中只是对弃市刑名的由来作了说明:“师古曰:‘取刑人于市,与众弃之。’”北京:中华书局,1955年,第607页。

④参见张建国:《“弃市”刑相关问题再商榷——答牛继清先生》,《甘肃理论学刊》1998年第1期,收入氏著《帝制时代的中国法》,北京:法律出版社,1999年,第173页;蒲坚主编《中国法制史》,北京:光明日报出版社,1987年,第88页;胡兴东:《中国死刑制度史》,北京:法律出版社,2008年,第54页;《辞源》、《辞海》也释殊死为斩刑,参见《辞源》(修订本),北京:商务印书馆,1988年,第910页,《辞海》(第六版),上海:上海辞书出版社,2010年,第1737页。

⑤参见郑秦主编《中国法制史》,北京:法律出版社,1999年,第108页;此外,日本学者堀毅则将“殊死”解释为“相当于死刑的罪”,似也可归入此类,参见[日]堀毅:《秦汉刑罚考》,载氏著《秦汉法制史论考》,北京:法律出版社,1988年,第203页。

⑥最近,宋杰撰文认为“殊死”既是刑名也是罪名,本文也认为“殊死”是一个复合概念。在这一点上,笔者与宋杰先生不谋而合。但本文系数年前的旧作,此次发表,未作修订,故文中对于宋杰先生的观点未能充分吸收。宋杰先生的论述请参见宋杰:《汉代“弃市”与“殊死”辨析》,《中国史研究》,2015年第3期。

⑦沈家本先生曾不无困惑地指出:“汉狱之以大逆定罪者,往往与本意不合,或其律别有条文,今不能详也。”([清]沈家本:《汉律摭遗》卷3《贼律一》“大逆无道”条,载氏著《历代刑法考》,北京:中华书局,1985年,第1414页)。沈家本先生的疑惑,或许就是忽略了大逆不道在定罪方式上的差异。

⑧参见武威县博物馆:《武威新出土王杖诏令册》,载甘肃省文物工作队、甘肃省博物馆编《汉简研究文集》,兰州:甘肃人民出版社,1984年,第35-37页。同简册记载的案例包括“汝南太守馱廷尉吏殴辱王杖主者……弃市;云白水亭长张熬坐殴挫受王杖主……弃市”;“汝南郡男子王安世坐策击鸠杖主折伤其杖,弃市;南郡亭长司马护坐擅召鸠杖主击留,弃市;长安东乡番夫田宜坐殴鸠杖主男子金,里告之,弃市;陇西男子张汤坐策殴王杖主折伤其杖,弃市;亭长二人、乡番夫二人、白衣民三人皆坐殴辱王杖功,弃市。”不过,在富谷至先生看来,《王杖十简》中吴赏不处腰斩而处弃市,只是减刑的结果。他认为,吴赏本应处腰斩,只是西汉末期,“随着‘原心定罪’的理论基础——春秋公羊学的地位发生了变化”,“对教唆犯与实施犯罪者量刑相等的汉律原则,伴随着时代的迁移而发生动摇”,所以,对吴赏的教唆行为进行了减等处罚。至于《王杖诏令册》,富谷至先生则认为不能完全相信,其理由之一就是殴辱王杖主既然以大逆不道来治罪,而大逆罪的量刑按汉律规定应为腰斩,而《王杖诏令册》中却为弃市,明显与汉律不符(参见[日]富谷至:《王杖十简》,载杨一凡主编《中国法制史考证》丙编第一卷《日本学者考证中国法制史主要成果选译·通代先秦秦汉卷》,北京:中国社会科学出版社,2003年,第543-552页)。笔者以为,富谷至先生怀疑比大逆治罪者是否仅仅处弃市,进而怀疑《王杖诏令册》的真实性,或是忽略了各种大逆不道罪在罪行严重程度上的差异。大逆不道是一个罪名群,罪行最严重的谋反、谋大逆就在其中,处罚最为严厉,正犯腰斩,父母、妻子、同产无少长皆弃市。而殴辱王杖主虽比照大逆不道来治罪,但在罪行的严

重程度上,显然不能与谋反罪相提并论。对殴辱王杖主就处以同实犯谋反大罪相同的刑罚,无论如何都是说不过去的。在汉代,就是对罪名明确的谋反、谋大逆的处罚,也通常要考虑罪行的严重程度,区别对待(参见魏道明:《始于兵而终于礼:中国古代族刑研究》,北京:中华书局,2006年,第114-115页)。所以,《王杖诏令册》中所谓对殴辱王杖主者处以弃市刑的记载,应该是可信的。

⑨《二年律令·贼律》:“贼杀人、斗而杀人,弃市”;“贼杀人及与谋者,皆弃市。”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)》,北京:文物出版社,2001年,第137页。

⑩《通典》卷166《刑制·杂议上》:“依律,杀母以大逆论。”(台北:新兴书局影印本,1965年,第878页上栏)“以大逆论”虽也属比照定罪,但称“以”者与称“与同法”、“与同罪”、“反其罪”者不同,称“以”者以真罪(犯)论。如《唐律疏议》卷6《名例律》“称反坐罪之等”条:“诸称‘反坐’及‘罪之’、‘坐之’、‘与同罪’者,止坐其罪。疏议曰:称反坐者……及罪之者……坐之者……与同罪者……不同真犯,故死者止绞而已。称‘准枉法论’、‘准盗论’之类,罪止流三千里,但准其罪。疏议曰:准枉法论、准盗论之类,皆止准其罪,亦不同真犯。称‘以枉法论’及‘以盗论’之类,皆与真犯同。疏议曰:以枉法论者……称以盗论之类者……所犯并与真枉法、真盗同,其除、免、倍赃,悉依正犯”(北京:中华书局,1983年,第137-139页)。汉代的情况应与唐代同。

⑪光武帝建武六年(30)诏曰:“惟天水、陇西、安定、北地吏人为隗嚣所注误者,又三辅遭难赤眉,有犯法不道者,自殊死以下,皆赦除之”(《后汉书》卷1下《光武帝纪下》,第48页)。单纯从诏令来看,似乎殊死罪中也包括不道罪。但观诏令全文,这一诏令的针对性极强,当时,天水四郡有隗嚣反叛,京畿地区则是赤眉军活动的重要地区,这些地区必然有不少人被卷入到叛逆事件中,诏令大概就是赦除参与、支持叛乱的从逆人员。参与、支持叛乱,从性质上看,应属于大逆不道一类,故诏文中的不道实际上是指大逆不道。

⑫“不当得赦”也是汉代习见的法律用语,如章帝元和二年(85)“诏曰:‘其大赦天下,诸犯罪不当得赦者,皆除之’”(《后汉书》卷3《章帝纪》,第150页)。

⑬所谓殊死罪绝不赦免的结论,前提是将赦免理解为完全免除罪行。若将部分免除(如减死一等)也理解为赦免,则这一结论并不成立。景帝时曾下诏允许死罪减为宫刑:“死罪欲庸者,许之”(《汉书》卷5《景帝纪》,第147页)。这里的死罪应包括殊死罪。因为,按照三国时人钟繇的说法,景帝还有弃市刑减死之令:“使如孝景之令,其当弃市,欲斩右趾者,许之”(《三国志》卷13《魏书·钟繇传》,北京:中华书局,1982年,第397页)。既然弃市死罪可自愿减为斩右趾,以此推之,减为宫刑的死罪应是殊死等重罪。至东汉明帝以后,殊死罪“募下蚕室”的诏令则颇为常见,前文多有引征,不再赘述。

⑭上引《后汉书》卷三四《梁统传》梁统所奏也见于《晋书》卷30《刑法志》:“臣窃见元帝初元五年,轻殊(死)刑三十四事,哀帝建平元年尽四年,轻殊死者刑八十一事。其四十二事、手杀人,皆减死罪一等,着为常法”(中华书局,1974年,第918页)。其中“轻殊死者刑八十一事。其四十二事、手杀人”容易误解为殊死刑八十一事其中包括四十二事手杀人者,似乎殊死中包括手杀人者。其实,这段奏疏是说元帝、哀帝曾下诏共减死殊死刑一一五事,其中四十二事减死与手杀人者减死,制为律令一类的常法。殊死刑与手

杀人者所处的死刑是有区别的。

⑮如《后汉书》卷3《章帝纪》:“(建初元年春正月)丙寅,诏曰:‘罪非殊死,须立秋案验’”(第132页)。东汉不少皇帝都颁布过类似的诏令,可知非殊死刑并不立即执行。

⑯两汉赦宥频繁,包括大赦、曲赦、赎罪、减等在内的各种赦宥共达280余次,平均不到两年就有一次分量不等的赦宥(陈俊强:《皇权的另一面:北朝隋唐恩赦制度研究》,北京:北京大学出版社,2007年,第18页);另,沈家本先生所统计两汉各帝的赦宥次数也非常惊人,参见沈家本:《赦考·赦三》“汉世诸帝赦之次数”条,戴氏著《历代刑法考》,第582-587页。

⑰腰斩,如《二年律令·贼律》:“以城邑亭障反,降诸侯,及守乘城亭障,诸侯人来攻盗,不坚守而弃去之,若降之,及谋反者,皆要(腰)斩。”枭首,如《二年律令·贼律》:“子贼杀伤父母,奴婢贼杀伤主、主父母妻子,皆枭其首市。”磔,如《二年律令·盗律》:“劫人、谋劫人求钱财,虽未得若未劫,皆磔之”;弃市,如《二年律令·徧律》:“同产相与奸,若取(娶)以为妻及所取(娶),皆弃市”(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)》,第133、139、144、158页)。

⑱沈家本先生对腰斩刑的处刑方式论述甚详,参见氏著《历代刑法考·刑法分考三》“腰斩”条,第115-118页。

⑲但张建国、曹旅宁先生皆认为毋丘长“投缳而死”的记载,并非指自缢而死,而是主动就刑戮之意。其主要理由就是汉代监狱管理严格,犯人手脚加桎梏,不可能从容自尽;且汉律不允许囚犯自杀,囚犯自杀要追究当事人的责任,而吴祐对毋丘长有恩,毋丘长自杀等于陷害吴祐,于情于理都说不过去(参见张建国:《秦汉弃市非斩刑辨》,《北京大学学报》1996年第5期;曹旅宁:《从天水放马滩秦简看秦代的弃市》,《广东社会科学》2000年第5期)。笔者以为,汉律不允许囚犯自杀,是出于平日监狱管理的需要,特别是未审讯完毕的囚犯若自杀,会给司法审理带来诸多不便,被判腰斩的囚犯也当然也不允许自杀。但弃市刑的要义是暴尸街市,行刑之时任其选择死亡方式,可能性还是很大的。

⑳《汉书》卷5《景帝纪》,第145页。“改磔曰弃市,勿复磔”之句,通常我们将此句标点为“改磔曰弃市,勿复磔。”其意不明。元代学者方回认为此句句读应为“改磔,曰弃市勿复磔”(参见[元]方回:《续古今考》卷25“附论弃市”条,影印文渊阁四库全书本,台北:台湾商务印书馆,1986年,第853册,第455页下栏)。甚是,从之。

㉑这种分工似乎在先秦时期就已出现。如何休所言:“无尊上、非圣人、不孝者,斩首梟之;无营上、犯军法者,斩要(腰);杀人者,刳劓”(《公羊传·文公十六年》何休注,《十三经注疏》,第2275页上栏)。

㉒《二年律令》中,腰斩刑的适用范围包括“以城邑亭障反,降诸侯,及守乘城亭障,诸侯人来攻盗,不坚守而弃去之,若降之,及谋反者”;“伪写皇帝信玺、皇帝行玺”;“徼外人来入为盗者”(参见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)》,第133、134、142页)。全部都是谋反、谋大逆、谋叛一类的大逆不道行为。

㉓《二年律令·贼律》:“子贼杀伤父母,奴婢贼杀伤主、主父母妻子,皆枭其首市”;《盗律》:“群盗及亡从群盗……盗杀伤人,盗发冢……自以为吏以盗,皆磔”;“劫人、谋劫人求钱财,虽未得若未劫,皆磔之。”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)》,第 139、143、144 页。

②④如汉王刘邦四年(前 203),塞王司马欣反汉兵败自杀,后刘邦“梟故塞王欣头栎阳市”(《汉书》卷 1 上《高帝纪上》,第 45 页);又灵帝时,窦氏家族谋反案内,作为主犯的窦武、窦绍“皆自杀,梟首洛阳都亭”(《后汉书》卷 69《窦武传》,第 2244 页)。

②⑤按汉律规定,女性适用腰斩、磔刑者,应以弃市替代。《二年律令·具律》:“女子当磔若腰(腰)斩者,弃市”(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)》,第 146 页)。但女性犯大逆不道应腰斩者,可能是因为弃市刑过重,故加罚梟首:武帝元光五年(前 130),“女子楚服等坐为皇后巫蛊祠祭祝诅,大逆无道……楚服梟首于市”(《汉书》卷 97 上《外戚传上·孝武陈皇后传》,第 3948 页);又武帝征和三年(前 90),丞相刘屈氂之妻“以丞相教有讱,使巫祠社,祝诅主上,有恶言……有司奏请案验,罪至大逆不道。有诏载屈氂厨车以徇,要斩东市,妻子梟首华阳街”(《汉书》卷 66《刘屈氂传》第 2883 页)。

②⑥或因此,魏晋隋唐以来,乃至明清,尽管殊死作为法律用语已经过时,史籍中却屡见“赦殊死以下”之类的记载。如《晋书》卷 3《武帝纪》:“雍、凉、秦三州饥,赦其境内殊死以下”(北京:中华书局,1974 年,第 61 页);《魏书》卷 3《太宗纪》:“曲赦司州殊死已下”(北京:中华书局,1974 年,第 62 页);《旧唐书》卷 12《德宗纪上》:“特布新令,赦其殊死”(北京:中华书局,1975 年,第 346 页);《宋史》卷 199《刑法志一》:“庆历五年,诏罪殊死者,若祖父母、父母年八十及笃疾无期亲者,列所犯以闻”(北京:中华书局,1977 年,第 4977 页);《明史》卷 2《太祖纪二》:“赦殊死以下”(北京:中华书局,1974 年,第 21 页);《清史稿》卷 3《太宗纪二》:“赦殊死以下”(北京:中华书局,1977 年,第 78 页)。

②⑦“真犯”与“真死”在史籍中可以互称,参见张光辉:《中国古代“杂犯死罪”与“真犯死罪”考略》,《商丘师范学院学报》2009 年第 2 期。

②⑧《太平御览》卷 652《刑法部·赦》引《汉旧仪》,上海:上海古籍出版社,2008 年,第六册,第 855 页下栏。卫宏的说法应该没有错误,汉顺帝阳嘉三年(134)的诏令完全可以作为其注脚:“其大赦天下,自殊死以下,谋反、大逆诸犯不当得赦者,皆赦除之”(《后汉书》卷 6《顺帝纪》,第 264 页)。

②⑨如代宗宝应元年(762)五月十七日《即位赦文》:“自宝应元年五月十七日昧爽已前,大辟罪以下,已发觉未发觉、已结正未结正,系囚见徒,常赦所不免者,罪无轻重,咸赦除之”(《全唐文》卷 49《代宗皇帝》“即位赦文”条,北京:中华书局影印本,1983 年,第一册,第 538 页下栏)。

②⑩殊死指恶逆以上罪,对于此类罪行的处置,唐代其实延续了汉代的做法,此类罪行绝不赦免,判决后立即执行死刑:“依《狱官令》,‘从立春至秋分,不得奏决死刑。’违者,徒一年;若犯恶逆以上及奴婢、部曲杀主者,不拘此令”(《唐律疏议》卷 30《断狱》“立春后秋分前不决死刑”条疏议,第 571 页)。所不同只是恶逆以上在汉代处腰斩,而唐代已无腰斩刑,改处斩首,从断开受刑者的身体的角度来说,斩首与腰斩并无本质区别,都符合殊死之本意。因此,一定意义上讲,唐代还保留有汉代的殊死概念。

②⑪宋代法典完全继承唐代的真死、杂死概念,参见《宋刑统》卷 2《名例律》“以官当徒除名免官免所居官”条疏议,北京:法律出版社,1999 年,第 36 页;元代也将死罪分为真死与杂死:“诏遣官审理诸路冤滞,正犯死罪明白者,各正典刑;其杂犯死罪以下量断

遣之”(《元史》卷 6《世祖纪三》,北京:中华书局,1976 年,第 122 页)。

参考文献:

- [1] 汉书·高帝纪下颜师古注[Z]. 北京:中华书局,1962:51-52.
- [2] 唐·颜师古·匡谬正俗[Z]. 文渊阁四库全书本·第 221 册:513.
- [3] 汉书·匈奴传下[Z]. 北京:中华书局,1962:3827.
- [4] 宋·徐天麟·东汉会要·刑法上·刑制[Z]. 北京:中华书局,1955:374.
- [5][23][33]清·段玉裁·说文解字注[Z]. 上海:上海古籍出版社,1981:161.161.237.
- [6] 牛继清·关于秦汉“弃市”的几个问题——兼与张建国先生商榷[J]. 甘肃理论学刊,1997,(3).
- [7][44]陶安·殊死考[A]. 张中秋,主编,中华法系国际学术研讨会文集[C]. 北京:中国政法大学出版社,2007:150.146.
- [8][26][日]富谷至·秦汉刑罚制度研究[M]. 桂林:广西师范大学出版社,2006:267.47.
- [9] 张伯元·《秦简·法律答问》与秦代法律解释[J]. 华东政法学院学报,1999,(3).
- [10][12]甘肃省博物馆,中国科学院考古研究所,编·武威汉简[Z]. 北京:中华书局,2005:140.140.
- [11] 汉书·晁错传[Z]. 北京:中华书局,1962:2302.
- [13] 汉书·刑法志[Z]. 北京:中华书局,1962:1106.
- [14] 魏道明·汉代的不道罪与大逆不道罪[J]. 青海社会科学,2003,(2).
- [15] 史记·张释之传[Z]. 北京:中华书局,1959:2755.
- [16] 汉书·韩延寿传[Z]. 北京:中华书局,1962:3216.
- [17] 汉书·酷吏传·严延年传[Z]. 北京:中华书局,1962:3671.
- [18] 汉书·薛宣传[Z]. 北京:中华书局,1962:3395.
- [19] 后汉书·蔡邕传[Z]. 北京:中华书局,1965:2002.
- [20] 后汉书·顺帝纪[Z]. 北京:中华书局,1965:264.
- [21] 后汉书·章帝纪[Z]. 北京:中华书局,1965:143.
- [22] 三国志·魏书·钟繇传[Z]. 北京:中华书局,1959:397-398.
- [24] 史记·范雎传[Z]. 北京:中华书局,1962:2404.
- [25] 汉书·张苍传[Z]. 北京:中华书局,1962:2093.
- [27] 汉书·高帝纪上颜师古注[Z]. 北京:中华书局,1962:46.
- [28] 汉书·陈汤传颜师古注[Z]. 北京:中华书局,1962:3028.
- [29] 三国志·魏书·吕布传[Z]. 北京:中华书局,1959:227.
- [30] 汉书·高帝纪上[Z]. 北京:中华书局,1962:45.
- [31] 后汉书·窦武传[Z]. 北京:中华书局,1965:2244.
- [32] 汉书·景帝纪颜师古注及引应劭语[Z]. 145-146.
- [34] 曹旅宁·张家山汉律磔刑考辨[A]. 载氏,著·张家山汉律研究[C]. 北京:中华书局,2005:219.
- [35] 汉书·云敞传[Z]. 北京:中华书局,1962:2927.
- [36] 后汉书·酷吏传·阳球传[Z]. 北京:中华书局,1965:2500.
- [37] 汉书·王子侯表上[Z]. 北京:中华书局,1962:435.
- [38] 史记·建元已来王子侯者年表[Z]. 北京:中华书局,1959:1071.
- [39] 汉书·昭帝纪[Z]. 北京:中华书局,1962:222.
- [40] 汉书·霍光传[Z]. 北京:中华书局,1962:2953.
- [41] 后汉书·灵帝纪[Z]. 北京:中华书局,1965:338.

- [42]后汉书·党锢传[Z].北京:中华书局,1965:2189.
- [43]甘肃省文物考古研究所,编.天水放马滩秦简[Z].北京:中华书局,2009:107.
- [45][日]布目潮颯.试论汉律体系化:围绕列侯的死刑[J].东方学报,1957,(27).
- [46]史记·淮阴侯传[Z].北京:中华书局,1959:2616.
- [47]汉书·刑法志[Z].北京:中华书局,1962:1079-1080.
- [48]汉书·五行志上[Z].北京:中华书局,1962:1333.
- [49]汉书·马宫传[Z].北京:中华书局,1962:3365.
- [50]唐律疏议·名例·除名[Z].北京:中华书局,1983:50.
- [51]大明律·名例·常赦所不原[Z].北京:法律出版社,1999:9.
- [52]明史·宣宗纪[Z].北京:中华书局,1974:117.
- [53]宣宗实录[Z].中研院史语所校印本,1962:527.
- [54]明史·英宗前纪[Z].北京:中华书局,1974:136.
- [55]英宗实录[Z].中研院史语所校印本,1962:2890.
- [56]大清律例·总类[Z].北京:法律出版社,1999:859-907.

(责任编辑 杨卫)

An Examination of the Death Penalty(殊死) in the Han Dynasty

Wei Dao-ming

Abstract: "Special death penalty" is often appeared in the Han Dynasty in the history of legal language, from ancient times to the present, the scholars from the perspective of this crime or litigation made various interpretations, there are laws expressly to death(死罪), great high treason(大逆罪), significant death(重大死刑), beheaded(斩刑), execution of a prisoner in a crowded market(弃市), death penalty(死刑). The Special death penalty in the Han Dynasty a compound used to indicate the severity of the concept, its main elements including the criminal acts of nature, whether the law expressly, whether pardon and punishment and sentenced to time. Specifically, the law expressly refers to the Special death penalty is not the crime of regicide(大逆不道罪), including conspiracy against(谋反), seeking regicide(谋大逆), insurgence(谋判), e ni(恶逆), this kind of the death of sin, character is tough, never forgive, death was cut Yaozhan(腰斩), the execution will not wait for the time. Because of the torture of criminals in the body by the axe off, so the Special death penalty. Later in the law really committed a capital offense (really dead) system is derived from the Special death.

Key words: Han Dynasty; The Special Death Penalty; Law Expressly; The Crime of Regicide; Yaozhan; Really dead(真死)