

北朝胡汉融合视域下中古“五刑” 刑罚体系形成史新论

——兼评富谷至《汉唐法制史研究》

周东平 薛夷风

摘要 所谓上古“五刑”刑罚体系的观点是受儒家经典和战国时邹衍的“五行”思想等影响而产生的，在迟至秦汉时期律令尚未法典化的背景下，难以确认先秦乃至秦、汉初存在着规范的“五刑”刑罚体系。曹魏《新律》“更依古义制为五刑”的实践探索具有划时代的意义。此后北朝少数民族王朝对中古法律史影响的一个亮点，是胡汉融合对上古“五刑”刑罚体系的形成具有重要作用，举凡“刑”的意涵演变、北魏绞刑入律在中国死刑立法中的划时代意义、流刑在北朝渐次进入正刑体系、鞭杖刑的转化、官刑的一度死灰复燃等，无不与之相关。这对我们梳理中国古代刑罚史，尤其重新认识中古“五刑”刑罚体系的形成史和隋唐“新中国”等，多有启迪。

关键词 五刑 胡汉融合 绞 流 刑罚体系

作者周东平，厦门大学法学院教授（福建厦门 361005）；薛夷风，厦门大学法学院助理教授（福建厦门 361005）。

中图分类号 K23

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2021)03-0181-12

在我国历史上，至少自《尚书·吕刑》成立以来，以“五刑”统摄中国传统刑罚体系的概念就已经出现。学术界通常把从以墨劓剕宫大辟为主的上古五刑到以笞杖徒流死为主的中古五刑概括为中国传统刑罚制度的主要发展脉络。然而，中国上古时期是否存在着规范的“五刑”刑罚体系，中古“五刑”刑罚体系与其有着怎样的关系，是如何形成的，尤其北朝胡汉融合对上古“五刑”刑罚体系形成史的具体影响问题，目前还有不同认识。本文根据自己的研究心得，结合翻译富谷至近著《汉唐法制史研究》^①的感想，予以梳理和评介，以求教于同仁。

一、上古“五刑”与汉文帝改革刑制后的刑罚体系

在中国，“刑”可以称谓法律，还可以是“罚臯”的刑罚之义，有时甚至专指肉刑。而将刑罚分为五种，称之为“五刑”的表述方式源远流长。但对上古时期是否确实存在“五刑”，颇有歧见。持肯定

^① 富谷至：《汉唐法制史研究》，东京：创文社，2016年。全书511页，除序论、跋之外，由法典、刑罚、犯罪三部分共计九章构成，书末还附有英文摘要和索引，另计31页。笔者有幸先一步拜读并作为译者受领翻译该书，即将杀青。下文引用该书时，仅在括弧内注明原书页码，不再具引具体信息，以省篇幅。

意见者认为中国上古时期自商周时起存在“五刑”，^①乃至可能更早就已有之；当时甚至存在着一个“以肉刑为中心的”刑罚体系；^②《尚书·吕刑》等所记载的“五刑”（墨、劓、剕、宫、大辟），反映了约公元前 10 世纪时代的刑罚制度，且可与出土资料互证。这些通行观点见诸大量的法史教科书，如夏朝“适用的刑罚主要有两大类。第一类是五刑。这五刑是指大辟、膺辟、宫辟、劓和墨……这五刑被商朝的刑法所继承，作了更为规范的规定。第二类是赎刑”^③。大陆商周史学界也多采之。^④

持否定意见者主要从思想史角度认为，“将刑罚分为五个种类之事的根源，可追溯至中国文献上的‘经书’。”这与尊重“五经”并以此作为生活规范之事如出一辙。《尚书·吕刑》大约出自战国时代，包括同书的《舜典》《皋陶谟》，以及《周礼·秋官》“司刑”等记载的“五刑”（墨、劓、宫、剕、杀），其内容反映的大约是战国时期的事实。^⑤自曹魏律“更依古义制为五刑”^⑥以降，成文法上的“五刑”逐渐定型化。隋律以后成文法上最终形成笞、杖、徒、流、死五种的刑罚体系。还有学者甚至认为，更早的甲骨文中的“伐”“剕”乃至“五刑”不属于惩罚、处罚（Strafe）的范畴，它们或是毁损被抓的异族人身体后成为家内奴隶的行为，或是举行使用异族的人身供牺（人祭），而不是作为压迫奴隶手段的刑罚。^⑦

总之，先秦部分文献中，将墨、劓、剕、宫、大辟总称为“五刑”，但不等于现实中相应地存在着规范的“五刑”刑罚体系。至于《尚书大传》曰“夏刑三千条”，《孝经》所谓“五刑之属三千”，更难免夸大条文数之嫌疑。这仅仅表明，西周、春秋之后，至少在战国、秦朝的刑罚中，对身体加以不可能恢复的损伤的“肉刑”是重要的刑罚制度。其中总称为大辟的死刑略显特殊，它既属于生命刑，也有肉刑色彩，因此，富谷至称其为究极的肉刑。^⑧

对于秦、汉初的刑罚体系，依据富谷至的研究，主要有死刑、自由刑（劳役刑）、财产刑三大种类，核心在于死刑和自由刑。^⑨按照鹰取祐司的理解，秦代的刑罚大体上可分为死刑、肉刑、劳役刑及财产刑

① 赵佩馨：《甲骨文中所见的商代五刑——并释剕、劓二字》，《考古》1961年第2期；胡厚宣：《殷代的刑刑》，《考古》1973年第2期。另，《尚书·吕刑》载有苗民的“五虐之刑”，《墨子·尚同中》又云：“譬之若有苗之以五刑然。”梁启超根据这些记载进而认为五刑起源于苗民。参见氏著：《中国成文法编制之沿革》，上海：中华书局，1936年，第6页。然仅此尚难以认为是史实。或依据《尚书·吕刑》的相关论述，认为“五刑的内容各有不同的表述，但无根本性歧义。而五刑的来源则有重大歧义”。其来源有三苗创制五刑尧舜沿用说；五帝时原有五刑，三苗另创更残酷五刑说；三苗只是滥用五刑说等三说。尤韶华：《归善斋〈吕刑〉汇纂叙记》，北京：社会科学文献出版社，2013年，第160页。

② 宁汉林、魏克家：《中国刑法简史》，北京：中国检察出版社，1999年，第5—6页。

③ 《中国法制史》编写组主编：《中国法制史（第2版）》（马克思主义理论研究和建设工程重点教材），北京：高等教育出版社，2019年，第21页。并参看同书第23—24页、第31页等。

④ 王宇信、宋义华：《商代国家与社会》，北京：中国社会科学出版社，2011年，第584—598页；宋镇豪：《甲骨文中所见商代的墨刑及有关方面的考察》，《出土文献研究》1999年总第5集，第52—58页。

⑤ 奥村郁三：《日本史上の中国》“第四章 新律綱領と明律”，东京：阿咩社 2015年，第167—231页；陈杰中、周东平译：《〈新律纲领〉与明律》，《法律史译评》（第四卷），上海：中西书局，2017年，第248—280页。如奥村郁三认为：在同书（指《尚书》）的《舜典》篇里，可以看到流、鞭、扑、金之事，至少战国时期的刑罚可以推定不限于《吕刑》所谓的五种而已。从这些情况看来，《吕刑》中所见的五种刑罚，乃是从当时实施的各种各样的刑罚中挑出墨、劓等五种刑罚，在编撰《尚书》时将其归纳整理为“五刑”的表现吧。那么，又为何整顿为“五”这一数字呢？万物的事象分为五种的想，来自盛行于战国时代的邹衍的五行说，“五刑”也来自于此。换言之，《尚书·吕刑》记载的“五刑”，非远古周穆王时的事情，实乃反映着战国以后的思想。可以说《吕刑》是将战国时期的各种刑罚用五行说整理为墨、劓等五刑的吧。同理，学者也指出：“‘五礼’名称或与五行有关，五礼之说至少出现在战国后期。”汤勤福：《秦晋之间：五礼制度的诞生研究》，《学术月刊》2019年第1期。笔者基本赞同上述意见，并认为邹衍的“五行说”与古希腊哲学家恩培多克勒（Empedocles，约前495—前435年）提出的“四根说”有异曲同工之妙。后者认为，火、土、气、水是组成世界万物之根，万物因四根之组合或分离而生成或消失。总之，四根也好，五行也好，都是早期人类对世界的自然物质条件的朴素认识。

⑥ 《晋书·刑法志》。与此类似的情形，亦可证诸学界近年来力倡“以‘五礼’形式撰制礼仪，始于西晋”之说。参见杨志刚：《中国礼仪制度研究》，上海：华东师范大学出版社，2001年，第157页；梁满仓：《魏晋南北朝五礼制度考论》，北京：社会科学文献出版社，2009年，第13页。

⑦ 初山明：《甲骨文中の“五刑”をめぐって》，《信大史学》第5号，1980年。

⑧ 富谷至：《究極の肉刑から生命刑へ——漢—唐死刑考》，载氏编：《東アジアの死刑》，京都：京都大学学术出版会，2008年，第3—48页；《从终极的肉刑到生命刑——汉至唐死刑考》，周东平译，《中西法律传统》（第7卷），北京：北京大学出版社，2009年，第1—48页。

⑨ 富谷至：《古代中国の刑罰——髑髏が語るもの》，东京：中央公论社，1995年，第55页；《秦汉刑罰制度の研究》，京都：同朋舍 1998年，第23页。

等四类，它们保持着以劳役刑为基础的横向并列体系；西汉文帝十三年（前167）刑制改革以前的刑罚大致上可分为死刑、肉刑、身分刑、财产刑，肉刑与身分刑的并科则为一种原则。^①陶安的研究则认为有死刑、肉刑与耐刑、笞刑（痛苦刑）、徒刑、流刑、贖刑与赎刑、夺爵与废等七种。^②汉承秦制，但均未见“五刑”的现实刑罚体系。^③

汉文帝改革刑制，废止此前继受而来的毁损身体的刑罚（黥、劓、斩趾、腐等肉刑），并建立以刑期为目的的劳役刑体系。^④此后，汉代的刑罚主要表现为由死刑、劳役刑、赎刑、罚金刑相互配合的刑罚体系。（第262页）秦律罚金刑中以劳动折算金钱（一日八钱）的财产刑也被劳役刑吸收而逐渐消失。^⑤可以说，在秦汉时期律令尚未法典化的总背景下，难以看出其刑罚已具有“五刑”那般整齐规范的正刑刑罚体系。

二、魏晋南朝“更依古义制为五刑”的实践探索

随着法律儒家化进程的推进，从西汉后期、东汉初年开始，因为君主大力崇儒，法律体系和内容在悄然变化。东汉时人梁统、陈宠等就试图改造现实的法，以期与“经书”相对应。这不仅表现在富谷至既已论述的儒家经书《周礼》对现实行政法典成立的影响上，我们如果根据汉成帝诏令追述“《甫刑》云‘五刑之属三千，大辟之罚其属二百’”^⑥，《古文孝经·五刑章》《盐铁论·刑德》“五刑之属三千”等，或者根据《后汉书·陈宠传》《晋书·刑法志》等记载，陈宠永元六年（94）为廷尉，针对当时“宪令稍增，科条无限”的状态，改定律令，“刑法溢于《甫刑》者，奏除之”，期望“应《经》合义可施行者，大辟二百，耐罪、赎罪二千八百，合为三千，与礼相应。”可见当时的人希望将现行法条文数整合为三千条的努力。

迨及曹魏，不仅效法《周礼》“八议”入律，而且将儒家经典中“五刑”的想法明确地反映到现实法律，即在第一部分成熟的律典^⑦中，始将刑罚限定为五种，这就是《晋书·刑法志》记载的“改汉旧律不行于魏者皆除之，更依古义制为五刑。其死刑有三（笔者按：应指枭首、腰斩、弃市），髡刑有四，完刑、作刑各三，赎刑十一，罚金六，杂抵罪七，凡三十七名，以为律首。”尽管曹魏新律首次制定“五刑”，且置于“律首”，但却列出七种，导致歧见颇多，未有一是。对于“五刑”，或认为是后文所说的死、髡、完与作、赎、罚金，杂抵罪不属于刑罚；或认为当指下文所述刑罚中的死刑、髡刑、完刑、作刑、赎刑。^⑧无论如何，曹魏开始尝试制定的儒家观念中的“五刑”与三十七名之间并不规整和对应，当是事实。

陈寅恪认为：“司马氏以东汉末年之儒学大族创建晋室，统治中国，其所制定之刑律尤为儒家化”。^⑨

① 鹰取祐司：《秦汉时代的刑罚与爵制的身分序列》，《立命馆文学》第六〇八号，2008年12月；《秦汉时代的刑罚与爵制性身分序列》，朱腾译，《法律史译评》（2012年卷），北京：北京大学出版社，2013年，第1—27页。

② 陶安あんど：《秦汉刑罚体系的研究》，东京：创文社，2009年，第5-6页。作者进一步认为，若综合考虑秦律的正规刑罚体系以外的刑罚与处罚，其结果则是以“死、刑、耐”为核心的刑罚体系之外，还有由换刑而产生的正刑赎罪、由军事和行政规制领域产生的贖罪，以适用于轻重不同的犯罪或越轨行为，且刑罚等级超过十个以上。同上书，第202页。

③ 当然，对于秦汉刑罚体系有多种不同的理解，如何四维认为，“早期传统的中国知道的刑罚有三种：死刑、肉刑、徒刑（艰苦劳役）。”此外还有赎刑和罚金。参见崔瑞德、鲁惟一：《剑桥中国秦汉史》，杨品泉等译，北京：中国社会科学出版社，1992年，第506—509页。水间大辅结合二年律令认为，秦律、汉律的刑罚有死刑、身体刑、劳役刑、财产刑、迁刑，并列有秦律、二年律令、文帝十三年以降三个时期的刑罚种类表格。见氏著：《秦汉刑法研究》，东京：知泉书馆，2007年，第15—95页。不再一一列举。

④ 宫宅洁：《中国古代刑制史的研究》，京都：京都大学学术出版会，2011年，第80页；《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64页。

⑤ 富谷至：《古代中国の刑罰——髡體が語るもの》，东京：中央公论社，1995年，第79—84页。

⑥ 《汉书》卷23《刑法志》，北京：中华书局，1962年。

⑦ 滋贺秀三：《曹魏新律十八篇の篇目について》，收入氏著：《中国法制史論集 法典と刑罰》，东京：创文社，2003年（首刊于1955年），第408页注25；《关于曹魏〈新律〉十八篇篇目》，程维荣等译，收入冈野诚编：《日本学者考证中国法制史重要成果选译·魏晋南北朝隋唐卷》，北京：中国社会科学出版社，2003年，第266页注①。如果根据富谷至的意见，《九章律》不过是律文集（第71—72页）。即使到东汉时期，也没有将所有的律汇集为法典。直至曹魏制定新律十八篇，律典由此诞生。曹魏律十八篇开启了律典的立法化；西晋泰始律令的制定，法典始分为刑罚法典的律典与行政法典（非刑罚法典）的令典两种（第89页）。

⑧ 参见周东平主编：《晋书·刑法志》译注，北京：人民出版社，2017年，第191页。

⑨ 陈寅恪：《隋唐制度渊源略论稿·刑律》，北京：生活·读书·新知三联书店，2001年，第111页。

晋律儒家化的表现之一就是继续探索“五刑”，这是以往讨论晋律儒家化时^①比较少注意到的角度。据《晋书·刑法志》记载：“五刑不简，正于五罚，五罚不服，正于五过，意善功恶，以金赎之。故律制，生罪不过十四等，死刑不过三，徒加不过六，囚加不过五，累作不过十一岁，累答不过千二百，刑等不过一岁，金等不过四两。”又据《唐六典·尚书刑部》的记载，晋律“其刑名之制，大辟之刑有三：一曰梟，二曰斩，三曰弃市。髡刑有四：一曰髡钳五岁刑答二百^②；二曰四岁刑；三曰三岁刑；四曰二岁刑。赎死，金二斤；赎五岁刑，金一斤十二两；四岁、三岁、二岁各以四两为差。又有杂抵罪，罚金十二两、八两、四两、二两、一两之差。弃市以上为死罪，二岁刑以上为耐罪，罚金一两以上为赎罪^③。”可知其刑制包括大辟（死刑三为一等），髡刑四、赎刑五、罚金五（此即“生罪不过十四等”），以及杂抵罪（程树德认为：“盖即夺爵免官除名之类。”^④）等五种刑罚。晋志下文引张斐《注律表》还有“梟首者恶之长，斩刑者罪之大，弃市者死之下，髡作者刑之威，赎罚者误之诚”。则“五刑”似又指梟首、斩刑、弃市的死刑和髡作、赎罚等生刑；“刑杀者是冬震曜之象，髡罪者似秋彫落之变，赎失者是春阳悔吝之疵也。五刑成章，辄相依准，法律之义焉”。则成体系的“五刑”似包括刑杀、髡罪、赎失等刑罚。

总之，不论曹魏的“依古义制为五刑”，还是晋人所谓的“王者立此五刑”“五刑成章”，表达的都是魏晋时人所追求的理想及为此进行的实践探索。当此之时，即使“五刑”之“五”也并非确数，远未达到如后世那般的规则化、体系化。同时，流刑未引起立法者的足够注意，更未被吸纳到主刑体系中成为正刑；死刑之下依然是髡钳五岁刑答二百，文景刑制改革以来生死悬殊、轻重失品的旧缺憾并未克服。可见儒家理想的“五刑”与立法现状尚在探索磨合中，距离颇大，很难迅速定型。

司马晋所制定之刑律“既为南朝历代所因袭”^⑤，可知东晋及南朝宋、齐刑罚基本沿袭晋律。正如富谷至指出：

《唐六典》卷六“刑部郎中”条有“宋及南齐，律之篇目及刑名之制略同于晋氏”。就其刑罚体系而言，死刑、耐刑（髡钳刑五岁刑~二岁刑）、赎刑、罚金刑的序列化，是全盘承袭汉晋的刑罚体系，而存在于北朝刑罚中的隋唐五刑的萌芽状况，在南朝完全看不到。（第 254 页）

《隋书·刑法志》也记载梁律“其制刑为十五等之差……五刑不简，正于五罚，五罚不服，正于五过，以赎论，故为此十五等之差。”可知其刑罚效法《吕刑》五刑、五罚、五过，共设三种刑罚十五等之制，即死罪二（“大罪梟其首，其次弃市”，“死罪二为一等”^⑥）、耐罪四（五至二岁刑）、赎罪十，并被陈律所继承，但连“五刑”的五种刑名都没凑齐。^⑦这也可以说是依据儒家经典而设计的另一套刑罚体系吧。

既然魏晋未能成功探索出规范的“五刑”刑罚体系，华夏正朔所在的南朝“专守晋律”，“律学在江东无甚发展”，梁、陈在制定刑罚方面更剑走偏锋，不愿意借鉴北朝吸纳流刑入律为正刑的经验。“那儿没有产生如北朝那样的新的死刑，即迥异于至那时为止的死刑的原理、性质的绞刑尚未出现。所以，南朝的死刑没有被隋唐所继承。”（第 257 页）那么，我们就回看民族情况复杂、“颇传汉代之律学”且兼采

① 参见祝总斌：《略论晋律之“儒家化”》，《中国史研究》1985年第2期，等等。

② 陈仲夫点校的《唐六典》作“一曰髡钳五岁刑，答二百”（北京：中华书局，1992年，第181页），与中华书局旧版和修订本的《晋书·刑法志》中“有髡钳五岁刑，答二百，收赎绢，男子六十匹”一样，都把原文“髡钳五岁刑答二百”给点断了，文意难解。内田智雄编、梅原郁补：《译注續中國歷代刑法志（補）》，东京：创文社，2005年，第19页、第21页，均未点断，当是。根据相关研究，实际上这里的答应该是加答，也是肉刑的替代。例如，《汉书·刑法志》载文帝十三年改革中“当劓者，答三百”实际是以“髡钳为城旦春答三百”取代“刑（这里应是劓）城旦春”或“黥劓为城旦春”。也就是说，这里的“髡钳五岁刑答二百”是一个统一的刑罚名，不能被点断。隋志下文紧接着的“赎髡钳五岁刑答二百者”也能证明这一点。

③ 罚金一两以上为赎罪：韩国磐认为：“末句有误，罚是罚金十二两至一两者，赎谓赎死者金二斤至赎二岁刑者金一斤，罚金与赎罪不是一回事。”参见韩国磐：《中国古代法制史研究》，北京：人民出版社，1993年，第263页。

④ 程树德：《九朝律考·晋律考》，北京：中华书局，1963年，第247页。

⑤ 陈寅恪：《隋唐制度渊源略论稿·刑律》，第111页。

⑥ 程树德：《九朝律考·梁律考》，第317—319页。

⑦ 《隋书·刑法志》载南朝梁天监三年（504年）始有“诏流于交州”之事，“至是复有流徒之罪”。虽有流，但似偶或为之，且具有皇帝矜死赦宥恩德下的死刑之替代刑性质，流刑并未制度化。

魏晋南北朝因素的北朝在“五刑”创制方面的情况吧。

三、北朝的胡汉融合与“五刑”刑罚体系的法典化

(一) 总论

隋唐律典的刑罚体系为笞、杖、徒、流、死的“五刑”二十等。其中只有徒刑（强制劳役刑）从汉至唐一直存在。^①唯需注意者，濂川敬也对秦代劳役刑性质问题，跳出学界关注的刑期论争焦点，指出所谓的劳役刑，是由黥、耐等肉刑和城旦、鬼薪、隶臣、司寇、候等“劳役”两要素构成；秦代的刑罚不仅肉刑，就连“劳役”也因身体上的标识而导致与普通人的异形化，这是其主要目的，就劳（劳役）不是主要目的。^②进而认为，文帝的刑制改革承袭秦制以“身体刑+劳役刑”为原则的基本构造，但废止刑罪，把各种身体刑改为可恢复的耐罪系统；废止刑罪是为身体刑的有期化，结果却导致属于身体刑的劳役（就劳）期间也有期化，但它仍谈不上是在向以有期劳役刑为中心的刑罚体系过渡，并未真正挣脱秦制的桎梏，只不过清除了秦代刑罚体系中的刑罪而已。其意义在于使此前不可恢复的身体刑被废止，全面统一为可恢复这一点上，遂开启让服役囚犯可以回归社会之道，结果，具有终身为正常社会驱逐性质的刑罚除死刑外走向消亡，其标识不过变为除去体毛那般的身体短暂异形化、枷等可短时间着脱的形式化方向发展。但是，以劳役刑为主的刑罚体系的建立依然困难。魏明帝制定新律时，“更依古义制为五刑。其死刑有三，髡刑有四，完刑、作刑各三……”死刑之下依然以“髡刑”“完刑”等身体刑作为分类的总称，只是改定后不科以身体刑而以“作刑”体现。可见魏新律还存在着从身体刑为主的刑罚体系向劳役刑为主的刑罚体系的过渡期，从中方有可能产生以劳役刑为主的刑罚体系。^③经魏晋至北朝时，徒刑多分为一至五年，以一年为差，往往附加鞭笞。如北魏多次修改律令，徒刑有时五等，有时三等，且多称“某岁刑”，北齐则径称“刑罪（耐罪）”，北周才定名为“徒刑”，至隋唐律最终确定徒刑为一至三年，以半年为差分五等。

而在秦汉时，绞刑、流刑、笞刑、杖刑这类刑罚，或者未见其名称，或者未被定性为刑罚。如前所述，其渊源在南朝完全看不到，而在于北朝。为何在于北朝？除前面说的儒家学说的影响外，^④当时的少数民族入主中原，胡汉融合当是重要原因。

北魏法制作作为中华法系成立的重要节点历来颇受关注。历来认为的上古时期以肉刑为核心的刑罚体系，具有从共同体中驱逐出犯罪人的特征，该特征至中古“五刑”则逐渐淡化乃至消失。引发这一变化的重要因素之一，正是北魏时期汉化进程中新刑罚理念的引入和胡汉融合的中古“五刑”刑罚体系的建立，并被此后各朝所继承。

仅以《魏书·刑罚志》为例，就留下不少反映当时的少数民族政权固有法与中国传统法之间冲突、调和的珍贵法律史料，如拓跋魏政权在从部落到王朝、从分权到集权的发展过程中，其法律内容一方面继承拓跋鲜卑等北方游牧民族固有风俗习惯，从早期的“礼俗纯朴，刑禁疏简”，“四部大人坐王庭决辞讼，以言语约束，刻契记事，无囹圄考讯之法，诸犯罪者，皆临时决遣”，逐渐“乃峻刑法，每以军令从

① 富谷至在《秦汉刑罚制度的研究》（同朋舍 1998 年）中，已经设有《汉代的劳役刑——刑期と刑役》一章，专论汉文帝刑制改革确立的劳役刑刑期及其意义，且此后未能找到值得论列的重大变化，故《汉唐法制史研究》不再讨论该问题。

② 濂川敬也：《秦代刑罚再检讨——いわゆる“劳役刑”を中心に》，《鹰陵史学》第 24 号，1998 年 9 月，第 21—43 页。

③ 濂川敬也：《秦汉时代の身体刑勞役刑——文帝刑制改革を挟んで》，中国出土资料学会：《中国出土资料研究》第七号，2003 年 3 月，第 82—102 页。鹰取祐司进一步指出：“归属于身分刑的司寇、隶臣妾、鬼薪白粲、城旦舂是以身分的贬降为第一义之制裁的刑罚，因此劳役成为一种属性而附着于被贬降的身分之上，并且在身分上被贬至司寇以下也就意味着被纳入劳役的优先征发对象中。在这一意义上说，身分刑在实质上可谓劳役刑。”见前引《秦汉时代的刑罚与爵制性身分序列》，《法律史译评》（2012 年卷），第 1—27 页。

④ 如富谷至同意辻正博认为的当时在死刑与劳役刑之间存在间隙，为弥补该间隙，遂依据《尚书·舜典》所举“流宥五刑”，设计死刑减一等的“迁徙刑”，这是儒教思想融入国家体制并确立其地位的表现。（第 303 页）即是一例。又如关于“男女不以礼交皆死”这一条文应如何解释的探讨，关于从正始元年（504）律的内容明确包含“内乱”（与之互为表里的则是未婚男女之奸）等探讨北魏可能有十恶内容的设想，均是其例。

事”，昭成帝（什翼犍）“建国二年（339年）：当死者，听其家献金马以赎；犯大逆者，亲族男女无少长皆斩；男女不以礼交皆死；民相杀者，听与死家马牛四十九头，及送葬器物以平之；无系讯连逮之坐；盗官物，一备五，私则备十”。足见游牧民族的赔偿主义刑罚之盛行。再到后来，既定中原，约定科令，神麴（428—431年）定律令，更引入具有其固有法色彩的绞刑^①对“为蛊毒者，男女皆斩，而焚其家。巫蛊者，负羝羊抱犬沉诸渊”；其“门（房）诛”之法^②，新创设的流刑等，多少都遗留着本族固有法的特点。另一方面，出于建立政治权威、巩固统治的需要，以华夏正统自居，广采先进的汉族文化乃至法制，继受中国法，也是北魏法律的发展趋势。首先设立谋反大逆等国事罪，进而逐步确立《北魏律》二十篇的法典体例；糅入儒教理想，创设迥异于前朝的中古“五刑”刑罚体系，诸如死刑大辟区分死（绞）、斩二等，吸纳不具有身体标签烙印的流刑、鞭杖刑，劳役刑更加规范，财产刑降为辅刑，融入魏晋以降财产刑退出主刑体系的风潮，迈上以实刑主义刑罚为主的快车道；罪名上，增加“不道”罪的新内涵，谋反、大逆、降、大不敬等政治性重罪完全分化成为独立罪名，甚至已基本具备后来“十恶”的十项内容（第464—465页）；法律形式上，“以格代科”；司法上，由早期军事行政首领四部大人兼任司法官，继而由胡汉杂糅、职能多样的三都大官担任司法官，再转为设置专门司法机构廷尉和尚书三公郎曹，名称职能，一依汉制。

北魏法制兼收并蓄的结果，创建了具有多元色彩的胡汉融合的法律体系，独树一帜，成为“北系诸律之嚆矢”^③，被推为“华夏刑律不祧之正统”^④。

富谷至正是基于上述判断，尤其胡汉融合与中古“五刑”形成史的密切关系，在该书第一部关于裁判规范转向行为规范的问题，尤其第二部刑罚中涉及汉唐刑罚制度变迁及其理念的诸考证，无不贯穿北朝尤其北魏胡汉融合对其刑罚制度的重要影响之观念。该线索也贯穿于同书第三部犯罪诸问题。

（二）死刑

秦汉时期的刑罚原理，以“斩”、损毁身体的肉刑为其基础。《尚书》中的“五刑”包括墨、劓、剕、宫、大辟（死），也是其成书时的部分重要刑罚的折射。秦律中有黥、劓、斩趾、宫刑、死刑，汉律有“刑尽”一词，是指逐步加重肉刑的等级，随着严重程度的增加，设定了究极的肉刑——死刑。

随着肉刑被汉文帝废止，墨、劓、剕等肉刑中的一部分，或者为死刑所吸收（斩右趾升为弃市），或者转化为“加笞”“髡钳”等象征性肉刑^⑤，但死刑作为究极的肉刑的原理并没有变化，或者说，致其变化的根本原因还没有出现。故在汉、魏、晋等朝，属于“身体的处刑”^⑥的法定正刑主要为腰斩、弃市（执行方法为斩首）。由于以绞首的方式执行的绞刑不入“究极的肉刑”的范畴，故在古代直至汉晋这一时期的死刑中，不存在绞杀之刑。

绞刑被采用为死刑，始于北魏。对此种变化的意义的理解，不应当停留在死刑执行方法由切断首级变为绞首这一简单表象上，而应深究其内在的死刑性质、死刑法理的变化，认识到它是中国刑罚制度史上的新里程碑。换言之，至此为止一直处于究极的肉刑位置的死刑，随着绞刑的出现，在执行理念上遂转变为以剥夺生命为目的。并且，这一变化意义深刻，给予此后的中国法制史以或有形或无形的诸多影响。

比如，“刑”的语义就发生变化。本来，以肉刑为中心而体系化的刑罚制度，即使在汉文帝以降建立起以死刑、劳役刑、赎刑、罚金刑相互配合的刑罚体系下，其基础、本质并没有变化，仍以毁损身体，或

① 富谷至推测，鲜卑族刑罚的目的之一是向神供牺牲、被除，绞杀就是杀害牺牲的方法。（第246—248页）

② 韩国磐指出：“北魏有门诛之法，应从这里（笔者按：即《魏书·序纪》的‘举部戮之’‘室家相携而赴死所’来求其源，这种门诛之法，固非汉晋所有。”见氏著：《中国古代法制史研究》，第267—268页。亦可参见同书第274—275页的相关论述。

③ 程树德：《九朝律考·后魏律考序》，第339页。

④ 陈寅恪：《隋唐制度渊源略论稿·刑律》，第112页。

⑤ 欧扬：《走马楼西汉简刑制史料初探》，《简帛研究》2018年（秋冬卷），第219—220页。前引濂川敬也论文已经注意到此点。

⑥ 中国帝制时期的死刑具有“身体的处刑”与“尸体的处刑”的二重构造。参见富谷至：《前近代中国的死刑论纲》，周东平译，《法制史研究》第14期，2008年12月，第97—107页。

在某种意义的驱逐、隔绝为基本理念。毁损身体就是驱逐、隔绝的象征之形（刑）。可是，现在绞刑作为死刑的一种出现，已经不再是究极的毁损身体的死刑，也不是作为从生物界驱逐、隔绝的死刑，仅仅作为具有剥夺生命意义上的死刑。从后来隋唐律规定的独立的笞、杖、徒、流、死等“五刑”所构成的刑罚中，无法看出毁损身体刑、驱逐刑等古代刑罚的基本理念。作为分水岭，“身体的处刑”在中国刑罚史上仅有一次变化。^①即作为究极刑罚的死刑随着绞刑的登场而开启了中国刑罚制度史上的第二阶段。

那么，作为开启第二阶段的关键点的绞刑的出现，又是谁带来的呢？这是由于少数民族统治中国所致，即公元5世纪北魏的建立及胡汉融合所致。

“绞杀”这一死刑，源于北方少数民族的刑罚。绞刑作为拓跋部落的刑罚而存在的明确证据，由于道武帝之前的史料匮乏而尚未发现。不过，也可以列举若干事例为旁证。前揭《魏书·刑罚志》中昭成建国二年的有关记载，是拓跋部落建国时期之法。“犯大逆者，亲族男女无少长皆斩；男女不以礼交皆死”，即对于大逆处以斩刑，对于较其稍轻的“男女不以礼交”者处以“死”。此处的“斩”和“死”对举，相当于后来神麴四年（431）律中的“斩”和“死”。^②亦即在制定神麴四年律之前，拓跋部落的死刑执行方法已有绞刑。至于民相杀、盗官私物等，均主采赔偿主义，显然有别于汉魏晋实刑为主的法律。

到北魏世祖太武帝定律时，最早将绞刑纳入中国的刑制中，同时继续采纳若干胡族传统的死刑。《魏书·刑罚志》记载：

神麴中，诏司徒崔浩定律令……分大辟为二科：死、斩；死，入绞。大逆不道腰斩，诛其同籍，年十四已下腐刑，女子没县官。害其亲者輶之。为蛊毒者，男女皆斩，而焚其家。巫蛊者，负羖羊抱犬沉诸渊。

首先，法律中绞、斩二等死刑为正刑的明文化，是神麴四年律，也可以说是绞刑成为法定正刑的最初期。如果上述说法正确的话，则拓跋鲜卑统一华北，由部落国家向中原王朝式国家转化，自太祖天兴元年（398）改国号为魏以后的活动，就法史而言，意味着北魏的法制融入中国法律传统阶段的到来。换言之，“中国法制史上最早作为法定正刑的绞刑的出现”，对鲜卑拓跋部而言，恐怕原来它曾作为部落内部的刑罚、处罚而存在着的。绞刑正因为是拓跋部落的传统刑罚，所以北魏太武帝在制定刑律时遂将其引入。

令人感兴趣的是神麴四年制定的绞刑，到太和元年（477）时，既没有规定为正刑，亦未施行。《魏书·刑罚志》记载：“故事，斩者皆裸形伏质，入死者绞，虽有律，未之行也。”没有执行的原因恐怕在于太武帝制定的新律已不是少数民族的刑罚，而是中国刑罚史上绞刑作为法定正刑在中原王朝的最初出现。所以，即使制定了绞刑，但五十年间未曾实施，死刑全部以斩刑的方法执行，此即《魏书·刑罚志》所谓“今犯法至死，同入斩刑，去衣裸体，男女媻见。岂齐之以法，示之以礼者也”。对于那时为止的死刑虽然包含腰斩、斩首却均处以斩刑的制度而言，要蜕变为新的死刑制度，仍需假以时日。（第243页）

其次，神麴四年制定的律令，具有鲜卑族的法制与汉民族的法制相结合的特性，即具有熔胡汉法制于一炉的特点。当时负责立法的是崔浩，他定律的目标也许就在于具有汉化倾向的胡汉结合的实现。于是，新律在刑罚的混合上如实表现这一目标。此时的“腐刑”“輶刑”“焚其家”“负羖羊抱犬沉诸渊”等，是与绞刑同时制定的刑罚，但在晋代之前，显然并未见到绞刑。^③其中“负羖羊抱犬沉诸渊”这样的刑

① 富谷至：《前近代中国的死刑论纲》，周东平译，《法制史研究》第14期，2008年12月，第97—107页。但他认为也有不曾变化的，其典型即“身体的处刑”与“尸体的处刑”这种死刑的二重构造。而其支持原理则在于中国刑罚中一贯表现出来的以威慑和预防为目的。这在死刑理念从“究极的肉刑”转向“生命的剥夺”的同时，历经二千余年依旧维持着，即使少数民族的征服王朝亦莫能例外。它作为中华帝国秩序和安定的稳固器，迄今仍能发挥此种作用。（第263页）

② 在神麴四年新律中，本文列举了“腰斩”“斩”“死”等三种死刑，其中对大逆不道罪适用腰斩刑。建国二年的法令中，“大逆”和“大逆不道”是否同罪，不得其详，但至少建国二年的条文中的“斩”不应是“腰斩”吧。《魏书》所记的“斩”一般说来是“斩首”。假若其为“腰斩”，则“死”为斩首，那么与《魏书·刑罚志》在此事之后的神麴四年的“死”（=绞首）在用语上将难以整合。

③ 绞刑最早出现于北魏律。（第241—250页）此外，布目潮瀨亦持此说，见氏著：《布目潮瀨中國史論集（上卷）》，東京：汲古书院，2003年，第240页。程树德指出：“其以绞为刑名，盖自北魏始。”见氏著：《九朝律考·晋律考上》，第246页。韩国磐也说：“绞刑为死刑中的最轻者，可以全尸而殁，至北魏方明文规定入律，这亦为事实之证。”见氏著：《中国古代法制史研究》，第275页。

罚^①，在汉魏晋诸律中全然不见，这种处刑给人以残存着少数民族的巫术性、宗教性仪式的性别的强烈印象。^②富谷至注意到中国的刑罚与所谓的宗教、神、罪秽、供仪等话语极少缘分。但死及死后世界的问题，一般与宗教、供给神牺牲的供仪、污秽及其净化等情形密切相联。“负羝羊抱犬沉诸渊”，其目的或是祓除，或是对天供奉，以净化罪恶。而净化罪恶这一刑罚目的，在截至那时为止的汉民族刑罚中并不存在。他还进一步作如下推测，作为少数民族的习性，不仅动物，即使人也是给神的供物、牺牲。汉代的匈奴曾屠杀贰师将军李广利以祠，就是著名的例子。北魏依然维持着把人作为给神的供物的风习。^③鲜卑族刑罚的目的之一是向神供牺牲、祓除，在这种场合下，杀害牺牲的方法就是绞杀吧。^④关于神麇四年制定的刑罚中所见的少数民族的要素，他还以“腐刑”为例加以说明（见下文）。由此增加其论证北魏胡汉融合的死刑制度及其影响的结论的可信度。

再次，就胡族刑罚被汉族接受的背景而言，汉族一方也有适合继受的土壤。如腐刑早在中国古代就已经得到实施，故汉族对“新的胡族刑罚”没有抵抗。绞杀的情况也是如此。它虽不是刑罚，但作为杀害的方法早已通行于汉族社会。并且，作为官吏名誉刑的自裁方法，通常是以绞绞首。在这样的社会土壤中，胡族独自の绞刑也就在崔浩的汉化政策下被采纳而逐渐固定下来。

北魏死刑制度的最终完成，是在孝文帝太和元年七月所制定的梟首、斩首、绞首三等死刑的法定正刑制度。三等死刑中的两等是斩（斩首）和死（绞首），这在《魏书·刑罚志》高祖太和元年条的相关记载中已经明确。还有一等就是梟首，《魏书·刑罚志》高祖太和三年（479）条：

先是以律令不具，奸吏用法，致有轻重。诏中书令高闾集中秘官等修改旧文，随例增减。又敕群官，参议厥衷，经御刊定。五年冬讫，凡八百三十二章，门房之诛十有六，大辟之罪二百三十五，刑三百七十七；除群行剽劫首谋门诛律，重者止梟首。

清楚地说明太和五年（481）律死刑中最重的就是梟首。甚至在此前，梟首刑已经被采用。^⑤也可以认为，太和元年制定的三等死刑（梟首、斩首、绞首），在太和五年的律文中已编入法定正刑，并一直保留到北魏末年。^⑥

北周、北齐的死刑，《隋书·刑法志》《唐六典·尚书刑部》“刑部郎中”条和《通典·刑法二·刑制中》的记载均同。即北齐，由重至轻，四等：轘、梟首、斩、绞^⑦；北周，由轻至重，五等：磬、绞、斩、梟、裂。

① 富谷至引用如下史料说明其为北方少数民族的习惯：牛、羊与生活关系密切，因此作为祭天的供物。《魏书·高车传》：“喜致震霆，每震则叫呼射天而奔之移去。至来岁秋，马肥，复相率候于震所，埋羝羊，燃火，拔刀，女巫祝说，似如中国祓除。”《魏书·宕昌羌传》：“居有屋宇。其屋，织牦牛尾及羝羊毛覆之。”“三年一相聚，杀牛、羊以祭天”。即使对于犬，据《魏书·礼志》：“祭牲用羊、豕、犬各一”，是给神的供物、牺牲。

② 沈家本在《历代刑法考》中认为“负羝羊抱犬沉诸渊”似是厌胜之事，即具有祓禊的性格。但富谷至认为其从哪个角度作如此认定尚需斟酌。并认为，若该刑罚作为对应邪术妖法性质的巫毒罪而规定下来，则具有祓除功能，或者具有对天供奉以达到净化罪恶目的的功能，其作为牺牲的性格比作为祓除的性格更强。

③ 如《魏书·韦閼传弟珍附传》（《北史》卷 958 略同）：“高祖初，蛮首桓诞归款……淮源旧有祠堂，蛮俗恒用人祭之。珍乃晓告曰：‘天地明灵，即是民之父母，岂有父母甘子肉味！自今已后，悉宜以酒脯代用。’”又如《宋史·高宗本纪》：绍兴十九年（1149 年）“二月丁丑，禁湖北溪洞用人祭鬼及造蛊毒，犯者保甲同坐。”

④ 遗憾的是因为找不到在东北亚的北方少数民族杀害动物的资料，无法对其进行实证。但《新约全书·使徒行传》第 21 章第 25 节有：“至于信主的外邦人，我们已经写信拟定，叫他们谨忌那祭偶像之物，和血，并勒死的牲畜，与奸淫。”这样的绞杀动物的记载可供参证。此外，1967 年的《大不列颠百科全书》记载：绞杀是古代的屠杀法。古代的家畜被绞杀或用炽热的矛刺穿其眼窝和脑部，其肉和着血被腌制。犹太基督教徒不喜欢血，由此引出新的措施：打击动物头部或迅速割断动物喉部血管，致其于死地，并倒悬其尸体来放血。

⑤ 《魏书·王叡传》记载太和四年（480），当沙门法秀图谋反逆时，吏部尚书王叡上奏：“与其杀不辜，宁赦有罪。宜梟斩首恶，余从疑赦，不亦善乎？”高祖从之，得免者千余人。

⑥ 如《魏书·酷吏传》：“未至，世宗崩，班师。夜中引军，山有二径，军人迷而迷路。（羊）祉便斩队副杨明达，梟首路侧。为中尉元昭所劾，会赦免。”又如《魏书·辛雄传》：“还镇虎牢，俄转中军将军、荥阳太守。民有姜洛生、康乞得者，旧是太守郑仲明左右，豪猾偷窃，境内为患。（辛）纂伺捕擒获，梟于郡市，百姓忻然。”

⑦ 《隋书·刑法志》对此四等死刑作如下解释：“其制，刑名五：一曰死，重者轘之。其次梟首，并陈尸三日；无市者，列于乡亭显处。其次斩刑，殊身首。其次绞刑，死而不殊。凡四等。”

其中所谓的“轘”“裂”，即车裂。此刑在北魏太武帝神䴥四年律令中早已有之（“害其亲者轘之”）。东魏也曾执行过车裂刑。据《魏书·萧宝夤传》，天平中（534—537年），萧宝夤少子“凯遂遣奴害公主。乃轘凯于东市，妻梟首。家遂殄灭”。该犯罪的主犯被处以轘刑，家族（妻）减轻一等，被处以梟首刑。可见，北齐死刑的序列、体系早在北魏末到东魏时已经形成。

到隋朝，《隋书·刑法志》记载开皇元年定律，“蠲除前代鞭刑及梟首、轘裂之法”，并下诏曰：

帝王作法，沿革不同，取适于时，故有损益。夫绞以致毙，斩则殊刑，除恶之体，于斯已极。梟首轘身，义无所取，不益惩肃之理，徒表安忍之怀。

死刑遂定为二等，并为唐朝沿袭，后代也基本不变。北魏至隋唐死刑变迁简表如下：

北魏三等：梟首、斩、死（绞）	北齐四等：轘、梟首、斩、绞 北周五等：磬、绞、斩、梟、裂	隋唐二等：斩、绞
----------------	---------------------------------	----------

在不断变化的北魏至隋朝的死刑潮流中，与时而存在、时而难以确认其刑名的梟首、车裂不同，斩、绞一贯存在于北魏至隋朝，并为唐朝所继承。

总之，公元5世纪中原地区进入北魏统治时代，这是中国刑罚史上划时代的界标，它带来迥异的刑罚理念，死刑的本质已不是指被放逐或弃绝于生物界，而仅指单纯的剥夺生命。所谓“毁损”“切断”这样的刑之表象或具象已丧失存在的必要，“刑”所拥有的基本理念遂与汉晋之说、与区别性制裁措施亦即表征性肉刑之残存相脱离，并转向隋唐的计量等级性处罚。于是，秦汉以来存续的刑罚理念虽被南朝继承，而归于终焉。此后的隋唐直至清末的死刑乃至中国的刑制，应是胡汉融合的刑罚体系。

（三）流刑

如前所述，富谷至认为在死刑从究极的肉刑到生命刑的变化中，始自北魏的、没有刻上“形”或“型”的绞刑，在此前的古代刑罚中要发现其存在位置是颇为困难的，诚为卓见。而汉代徙边刑脱胎换骨为北魏的流刑，乃至不伴随毁损身体的鞭杖刑进入正刑体系，都离不开北魏刑制的改革。

流刑，若仅从刑名上看，始于迁、徙边，“流刑”这个名称直至北周才登上历史舞台。但另一方面，在《尚书·舜典》中可以看到“流宥五刑”的表述。此外，迁刑作为法定正刑明文规定在秦律中，属于较轻的刑罚，很多时候是作为替代性刑罚出现的。

到了汉代，秦的迁刑没有规定在律中。西汉后期以降，“徙边刑”作为死刑的替代刑复活，属于次死之刑的重刑。这是一种强制移居犯人到边境并在那儿终生服军役的刑罚，虽含有驱逐之意，但主要目的在于利用犯人从事军役的功利性，同时兼有弥补当时刑罚“轻重失品”、梯度过于悬殊的功能。由于它是替代刑，只有根据皇帝的诏令才可以适用，所以没有规定在律的正刑体系内，故与后世的流刑不具有直接关联性。

到北魏，徙边刑成为一种常用刑罚，且“流”这一名称出现在律和令中。然而，流刑还不具有强制迁移刑的性质，配流也尚未依距离划分等级，仍然残留着终身军役刑的性质。直至北周，仿照《尚书·禹贡》甸、侯、绥、要、荒五服，为流刑设置了五个等级的距离差级。

总之，作为终身军役刑的徙边刑经过东汉、魏晋和北魏前期，逐渐转变为流刑。北魏以降，流刑的成立大致可以分为四个阶段：

其一是北魏高宗文成帝和平（460—465年）末，徙边刑常制化，律将其规定为次于死刑一等的正刑。

其二是孝文帝太和十六年（492）制定新律令，流刑作为法定正刑被规定在律中。^①

其三是北周武帝保定三年（563），制定《大律》二十五篇，设定“五刑之属各有五，合二十五等”，其中流刑也有五等，均以都城为起点：

① 邓奕琦指出北魏流刑当始于太和十六年。参见氏著：《北朝法制研究》，北京：中华书局，2005年，第83页。陈俊强进一步考证认为，北魏文成帝以来固然有将罪犯集体徙逐边地的措施，但性质仍然是皇帝矜死赦宥的恩德，属于死刑的代刑。太和十五年（491）议定新律，始将流徙之事法定化。太和十六年颁行的新律中，流刑才正式成为法定正刑。北魏制定流刑后，北齐之制大略相同，北周有所改革，隋明显直接源自北周。北魏流刑没有道里之差，家人必须同往，流放前加以鞭刑，流人终身远逐，但倘若在途中逢大赦，可以听还，但若已至配所，除非皇帝特别宽免，否则不能返乡，若能戴罪立功亦可免归。北齐流刑是正刑，但也有死刑替代刑的性质，没有道里之差，也是终身远逐，流放前须鞭、笞、髡。参见陈俊强：《北朝流刑的研究》，《法制史研究》第10期，2006年。

四曰流刑五，流卫服，去皇畿二千五百里者，鞭一百，笞六十；流要服，去皇畿三千里者，鞭一百，笞七十；流荒服，去皇畿三千五百里者，鞭一百，笞八十；流镇服，去皇畿四千里者，鞭一百，笞九十；流藩服，去皇畿四千五百里者，鞭一百，笞一百。^①

流刑作为次于死刑的刑罚登上历史舞台，并首次规定了距离皇畿（京城）远近不同的五种等级的强制迁移刑罚。

其四，北周的流刑五等被隋唐律改造承袭，典定流刑远中近三等制。据《隋书·刑法志》载：

二曰流刑三，有一千里、千五百里、二千里。^②应配者，一千里居作二年，一千五百里居作二年半，二千里居作三年。^③

至此，流刑作为笞杖徒流死的中古“五刑”之一而制度化。可以说，流刑是沿着从秦律到汉律的变化，肉刑被废止时有期刑的登场、宫刑的废除，乃至北魏时期新刑罚理念的引入这一历史过程发展而来。流刑的变迁，对从秦汉至隋唐的刑罚体系的历史影响巨大。

（四）鞭、杖刑

鞭、杖、笞之间没有严格的区分，与流一样，自始就不被认为伴有毁损身体。按照“鞭作官刑，扑作教刑”的理念，鞭杖之刑属于“薄刑”，一直被认为具有教育刑的色彩。

秦汉时的笞，根据先行研究可以分为五类。但作为律令规定处罚的笞仅有两种，一种是惩罚轻罪的笞（A），多采训诫、叱责形式的“督”；另一种是笞（A）的特殊转化，是列于死刑之次的重刑，即作为城旦刑等附加刑的笞（B）。笞（B）的场合，执行方法、用具规格等均被确定相对；笞（A）的场合，此类规定根本不存在，笞、杖、鞭皆被随意地使用，已确定的只有击打的次数。（第 334 页）秦汉时期这样的笞（笞杖），经过魏晋时期虽有若干变化，即使南朝梁律中的笞杖已接近隋唐“五刑”中的笞杖，但本质不变。

迎来转机的是始自北魏的北朝刑罚。北魏、东西魏时已经出现不同于汉魏晋刑罚的鞭（笞）杖刑。如《魏书·薛虎子传》载邵他生被科处鞭一百；《魏书·宣武帝纪》：“录京师见囚，殊死已下皆减一等，鞭杖之坐，悉皆原之。”还有孝明帝、宣武帝时的“犯十杖以上、百鞭以下”“宜鞭一百”等。因此，在北魏时已有杖、鞭、徒、流、死五等刑罚，^④这一点大概无误。（第 337—341 页）

北周、北齐的鞭（笞）杖刑在公元 563 年、564 年几乎相同的时刻，将汉晋的笞（A）与笞（B）引入五等刑中；而且，笞（A）这一对官吏的谴责方式也被视为普适性刑罚并被体系化，似乎又可以说是作为轻刑的笞杖刑的正刑化。（第 338 页）

因为诸如笞、杖、鞭等，也可以说不能将它们看作“刑”。职务上应予非难的行为是否应该认定为“罪”是件很微妙的事，假如将“罪”定义为可给予负面评价的行为，或许政绩劣等也会被归类于此。从刑罚目的的角度考虑，笞刑与肉刑，甚或与劳役刑都是不同的，笞刑可以说是叱责的具象化，也可以说是在不能满足主权者（皇帝）的要求、不能完美地实现皇帝的期待、命令时，迫使其服从相关指示、命令的强制措施。它与家庭内的家长教鞭也是共通的。（第 345—346 页）至隋朝“蠲除前代鞭刑”，代以笞刑，笞杖刑遂成为“五刑”刑罚体系的一环，沿用至清律。

总之，与隋唐笞、杖、徒、流、死“五刑”相关联的鞭杖刑在北魏时成为正刑，且列于死刑、流刑、

①《隋书》卷 25《刑法志》，北京：中华书局，1973 年。

②《唐律疏议·名例律》云：“流刑三：二千里、二千五百里、三千里。”比《开皇律》均多一千里。有些学者认为这些里数均是离罪人家乡的距离，又有些学者认为是离京师的距离。参见辻正博：《唐宋时代刑罚制度の研究》，京都：京都大学学术出版会，2010 年，第 78—88 页。富谷至则认为把配流的起点是哪里作为一个问题讨论，丢失了某些本质的东西。所谓二千、二千五百、三千这三等的流刑里数，不是指实数的距离，因为立法者头脑中本来就没有“起点”这一概念。在实际执行流刑时，是根据应处流刑之罪的轻重，决定相应的流刑发配地。具体做法是事先确定好若干个配流目的地，根据其距离远近、环境恶劣程度等因素进行选择，而不是以某个地方为起点来决定。起点可能是都城，但立法背后考虑的只有“远隔”与“恶劣”等因素。（第 283 页）

③北齐的流刑不分道里等级，而北周有道里等级之差。相对于此，北齐、北魏的流刑有居作，而北周的流刑没有居作。辻正博据此认为，隋朝流刑继承北周流刑的道里等级之制，同时又采用北齐、北魏流刑的居作之制。参见氏著：《唐宋时代刑罚制度の研究》，第 32—35 页。另外，虽然唐律流刑亦有居作，但居作不分等级，皆为一年，《唐律疏议·名例律》：“诸犯流应配者，三流俱役一年。”

④富谷至认为，将杖、鞭刑纳入五刑也许是在孝文帝太和五年的新律中，或者是在太和十六年吧（343 页）。

徒刑之下。它已非汉晋的笞（A）、笞（B），而是以死刑为基础的“五刑”中的鞭、杖刑。^①与死刑的绞刑被引入一样，鞭杖也从秦汉的刑罚中蜕皮而出，完成从“督”到“刑”的转化，并开启胡汉融合的新刑罚体系。

（五）腐刑

腐刑即宫刑，是中国自古以来的刑罚。汉文帝废除肉刑后，毁损身体这一理念由死刑的执行样态，以及作为其替代刑而被遗留下来的宫刑予以尽力保存。正如在劳役刑中与“完城旦”相对的“髡钳城旦”之所示，所谓“髡”“钳”是未对身体施加任何损害的“完”的对照物，且作为肉刑的残存措施及“形”的表征而被保留。

可是，司马迁《报任安书》中所说的“诟莫大于宫刑”之观念早已时过境迁。在严苛的任官竞争中，渐渐出现大量自愿阉割希望成为宦官之辈。东汉末的党锢之狱（166—169年），是浊流宦官与清流士大夫之间的权力斗争，说明东汉时期自宫宦官已经形成一股强大势力，社会对宫刑的刑罚效果已无法期待，可以说刑罚性质的宫刑已经名存实亡。^②

刑罚性质的宫刑之效果不仅在于腐刑，还具有绝对终身刑的功能。然而，阉割为宦官是一生的事，既然自宫宦官自愿终身侍奉皇帝，则终身刑的处罚效果也减弱了。到了东汉中期，终身刑的宫刑被徙边刑所取代。宫刑犹如蜡烛转瞬即灭。

因此，腐刑自东汉中期开始不再执行，在此后的三国、晋朝中，几乎无影无踪而无法确认其存在。但北魏征服并统治中原后，又采用宫刑。对于不具有宦官制度的少数民族来说，宫刑仍是一种很有效果的刑罚。前揭神麴四年律明载“大逆不道腰斩，诛其同籍，年十四已下腐刑，女子没县官”，即其显例。也就是说在北魏，把对动物的去势作为适用于人的腐刑，是鲜卑族历来执行的行刑方法，故神麴四年律亦作为正刑予以立法化。换言之，神麴律中的腐刑与绞刑一样，可以说是胡族的刑罚，是胡汉刑制融合的一个环节。

但随着少数民族的日益汉化，宫刑又名存实亡。至《开皇律》明确废除宫刑，打上最后的休止符。

四、法史角度如何认识隋唐帝国的“新中国”性格

北朝是民族问题空前复杂的时代，也是对中国历史进程产生深远影响的朝代。

最近，葛承雍新著《胡汉中国与外来文明》（生活·读书·新知三联书店2020年版）指出：隋唐是经过魏晋南北朝分离动乱后，以亚洲中原内地为根据地，以儒家文明为核心，联合周边少数民族，吸收草原文化与西域文化，最终形成的一个多族群、多民族的“新中国”。其实，日本学术界对胡汉之间的冲突与融合问题一直非常关注，研究积累深厚。如仁井田陞曾论及中国刑罚的实刑主义与赔偿主义问题，就是一个范例。^③结合布目潮汎所揭示的，^④我们站在法史角度应该如何认识隋唐帝国这个“新中国”的性格时，要特别注意以下四点（笔者简称之为如下的“四化”）：

其一是中国重新统一的趋势，即一统化。北方经“五胡十六国”的分裂时期和北朝的北魏、东西魏、北齐、北周五朝，计260多年；南方虽不如北方那么混乱，亦经东晋、宋、齐、梁、陈五朝，计270多年。长期割据造成经济发展迟滞和社会稳定难以为继，民生痛苦，一个变革的时代必将到来，所谓“江东偏王三百年，还与中国合”^⑤。

其二是胡汉的冲突与融合问题，即五胡等少数民族及其政权的汉化。经过魏晋的发展，尤其匈奴、鲜卑、羯、氐、羌等五胡乱华后，经由北朝少数民族政权及其汉化，对当时的中国法律造成极大的冲击与影

①《魏书·高闾传》载：高祖曰：“刑法者，王道之所用。何者为法？何者为刑？施行之日，何先何后？”（高）闾对曰：“臣闻刑制立会，轨物齐众，谓之法；犯违制约，致之于宪，谓之刑。然则法必先施，刑必后著。自鞭杖已上至于死罪，皆谓之刑。刑者，成也，成而不可改。”

②这与后来出家僧人增加，髡刑逐渐消失的现象如出一辙。

③仁井田陞：《補訂中国法制史研究 刑罰》第三部《中國法と周邊諸民族の古刑法》，東京：東京大学出版会，1981年补订版，第301—372页。

④布目潮汎：《隋開皇律と仏教》，《仏教研究論集——橋本芳契博士退官記念》，日本清文堂，1975年，第365—376页。

⑤《隋书·薛道衡传》引郭璞语。

响。在胡汉融合的主流中，少数民族统治者针对汉族国家的衰退与堕落，怀着重建胡族理想型的“中华国家”的名义而力图自我正当化，给古老中华帝国输入新鲜血液，故多有创获。本文梳理的中古“五刑”刑罚体系形成中的胡汉融合问题，即其显例。又比如孝文帝太和五年制定的律八百三十二章中，其中对官吏受财枉法行为规定“枉法赃十匹与义赃二百匹皆死刑”，可谓极其严格且实效性颇为存疑。这种状况，显然旨在宣传其是具备与中华相匹敌之礼的新国家，或者也可理解为为达到宣传目的的一项措施。

其三是礼法关系问题，即法律儒家化。北朝的法律儒家化是其汉化的重要表现之一，但又独具特色。在法律汉化的过程中，北朝同时吸收了儒、法等要素，而以儒家为典型。魏晋南北朝时期继续汉代以来的法律儒家化潮流，最终形成以律令为核心的完成度极高的法典，乃至体系化、完备化的法律。法律儒家化问题虽是老生常谈，富谷至在《汉唐法制史研究》一书中，仍花费大量篇幅别出心裁地阐述该问题，比如律与儒家经书的关系、《周礼》作为周的理想行政制度的礼典对现实行政法典所具有的影响、渊源于法家思想的“征文”与儒家春秋学背景的“曲当”之间的矛盾冲突，北周《周礼》的引入等，于此不赘。对这一问题新思考，笔者拟另文论述。

其四是佛教的本土化。外来佛教为适应中土，与胡汉融合一样有个中外结合的问题。此处仅以佛教“五戒”与儒家“五常”的关系为例，《颜氏家训·归心篇》云：“内外两教，本为一体，渐积为异，深浅不同。内典初门，设五种禁；外典仁义礼智信，皆与之符。”《魏书·释老志》亦曰：“又有五戒，去杀、盗、淫、妄言、饮酒，大意与仁、义、礼、智、信同，名为异耳。”据此，五戒与五常完全对应，即可管窥儒、释之间调和融合之一斑。^①经由魏晋南北朝的发展，佛教至隋唐阶段迅速本土化而更加兴旺发达，并对中国社会各个层面产生深远影响，法律自不例外。

此数者最终汇成隋唐时期的高潮，有力地形塑隋唐帝国的“新中国”性格，影响极为深远。

（本文为国家社会科学基金后期资助项目“《魏书·刑罚志》译注”（20FFXB034）的阶段性成果）

（责任编辑：周奇）

On a New Theory of the History Regarding the Formation of the Medieval Penalty System of “Five Punishments” against the Backdrop of the Hu-Han Fusion in Northern Dynasty

—— A Commentary on Tomiya Itaru “A Study of Legal History from the Han to the Tang”

ZHOU Dongping, XUE Yifeng

Abstract: The so-called “Five Punishment” penalty system in ancient times is a viewpoint influenced by Confucian classics and the idea of “Five Elements” developed by Zou Yan during the Warring States period. Against the backdrop that laws and decrees were not codified, it is hard to confirm that there existed “Five Punishment” penalty system in Qin Dynasty and early Han Dynasty, let alone in pre-Qin period. Wei Cao’s promulgation of the code mentioned “creating Five Punishment in accordance with ancient meaning”, which is a practical exploration regarded as a turning point. After this, the minority-reigning dynasties in Northern Dynasties period has impacted on medieval legal history. One of the highlight was the significant bearing that Hu-Han Fusion had on forming the medieval penalty system of “Five Punishment”, ranging from the change of meaning of “penalty”, the unprecedented role of North Wei Dynasty’s inclusion of hanging into law in law-making regarding death penalty in China, exile’s winding into penal code in Northern Dynasty, the variation of caning, to the temporary revival of castration. All these are thus inspiring for us to tease out Chinese ancient history regarding punishment, especially to learn about the history regarding the formation of the medieval penalty system of “Five Punishments” and the “New China” in Sui and Tang Dynasties from a refreshing perspective.

Key words: Five Punishment, Hu-Han fusion, hanging, exile, penalty system

^① 又如以忠孝为中心的儒家伦理价值成为中古佛教功德修行的重要观念形态，亦是调和两者的结果。