

夷三族解析

张建国*

关于夷三族的刑制,古今中外有不少学者作过研究,总的来说,人们的认识已逐步接近了历史的真实,但不能否认,与史实还是有一定的距离。本文想将某些关键的史料重新加以解释和分析,在先行者已经取得的研究成果的基础上,提出自己的初步的新见解,以便供学界同仁参考并望得到指教。本文首先以沈家本的研究作为分析的基本材料,因为沈氏的研究已经解决了不少问题,同时也存在并且遗留了不少问题,考虑到后来的有些研究者似乎未能参考沈家本的成果,故而对他的考证中已解决和尚遗留的这两方面问题都很少提到,为了比较全面地反映沈氏的研究概貌,也为了方便提出问题和解决问题,在此需要对这些研究加以适当的介绍。

有关夷三族的资料,学术界引用频率最多的是以下几条:

《史记·秦本纪》:“(文公)二十年,法初有三族之罪。”下附注中《集解》张晏曰:“父母、兄弟、妻子也。”如淳曰:“父族、母族、妻族也。”同纪还讲到秦武公“三年,诛三父等而夷三族,以其杀出子也。”

《汉书·高帝纪》:“罪三族。”注师古曰:“如说是也。”

《汉书·刑法志》:“秦用商鞅,连相坐之法,造参夷之诛。”注师古曰:“参夷,夷三族。”

沈家本在他的《历代刑法考》刑法分考中,开篇就是对夷三族的考证,同时还附加对“族、七族、九族、十族”等项列举了史料加以分析。他在“夷三族”这项考证中引用上述史料后写了如下按语:

按:文公二十年为周平王二十五年,武公三年为周庄王二年,皆在东周之初。三族之罪,史言始于文公,而班《志》以为商鞅所造者,疑文公、武公之后,秦亦不常用此法,至鞅而始著为常法欤?

更早的时期,则有清代人杜贵墀所写的《钦律辑证》,其书对三族是这样分析的:

《陵传》:“于是族陵家,母弟妻子皆伏诛。”按:据此,是三族者即文帝时所谓父母、妻子、同产也。如淳注非。“仲尼燕居三族。”注:“父、子、孙也。”《仪礼·士昏礼》注:“三族,谓父昆弟,己昆弟、子昆弟。”郑康成所谓三族如此。《周礼·秋官·司烜氏》郑司农注:“屋诛,谓夷三族,无亲属收葬著。”无亲属收葬则是并母族妻族尽诛矣,三代时焉得有此?故后郑不从。《后书·肃宗纪》:“元和元年,诏曰往者妖言大狱,所及广远,一人犯罪,禁至三属。”贤注:“即三族也。谓父族、母族、妻族。”盖承如淳之谬。

* 北京大学法律系副教授。

沈家本在引用杜氏上文内容后提出了自己的见解:

按:三族之说,诸家不同。汉儒说《尚书》九族者有今古文之异说,三族者就九族中推衍而出,故亦两说并行也。《书·尧典》“以亲九族”,郑玄云:“九族,上自高祖,下至玄孙,凡九族。”马融同,见释文。此古文《尚书》说也,皆同姓有服者,孔传亦承用之。……《书·高纪》“七年,置宗正以序九族。”可见汉初以九族为同姓,皆古文家说也。夏侯欧阳等以为九族者,父族四、母族三、妻族二,皆据异姓有服。……此今文尚书说也。……《礼·小宗伯》“三族”,郑玄注谓父、子、孙,张晏之说本之,……盖衍自古文之说。如淳分父、母、妻三族,盖衍自今文之说。郑众注“司烺氏屋诛”,其义为说者所不取,然可见其说亦主今文家也。……颜师古注“夷三族”,以如说为是,而杜贵墀以为谬。然据《文纪》、《零陵传》为证,则尚未确吕后时已除三族刑,文帝所言乃收坐法,虽其后新垣平尚有夷三族之诛,然与收坐法无涉。夷三族者,必具五刑,而《晁错传》丞相等劾奏错曰:“大逆无道,错当腰斩,父母妻子同产无少长皆弃市。臣请论如法。”制曰“可”。此所引者必当时之律文,其仅止腰斩,即所言“父母妻子同产无少长皆弃市”者,未必即为夷三族之法。《左传》“遂族偃”;《郑解传》“大逆无道,遂族解”;《公孙贺传》“遂父子死狱中,家族”;此三《传》之言族者,似皆止于一家。《灌夫传》“及系,灌夫罪至族,悉论灌夫支属”,其时灌夫支属自得弃市,罪不缘夫也。《王温舒传》“人有变告温舒受员骑钱,它奸利事,罪至族,自杀。其时两弟家及两婚家亦各自坐它罪而族。光禄勋徐自为曰:‘悲夫!夫古有三族,而王温舒罪至五族乎!’”注师古曰:“温舒与弟同三族,而两妻家各一,故为五也。”温舒两弟之罪不缘温舒,可见汉时族法实与夷三族者不同,《零陵传》未足为三族之证。徐自为以两婚家为五族,则妻族似不在三族之内,然兄弟与己身本为一族,而自为以温舒及两弟为三族,与郑、张之言三族者亦不合,似所谓五族,犹言五家耳,不足以证三族之义也。《晋志》言魏改汉律,大逆从坐,不及祖父母、孙。至于谋反大逆,临时捕之,夷其三族,不在律令。是三族本有祖父母、孙在内,不止父、子、孙三世。郑、张之说,亦未能合。《后汉书·桓纪》:“延熹二年,大将军梁冀谋为乱。诏司隶校尉张彪将兵围冀第,收大将军印绶,冀与妻皆自杀。卫尉梁淑、河南尹梁胤、屯骑校尉梁骧、越骑校尉梁忠、长水校尉梁戟等,及中外宗亲数十人,皆伏诛。”《梁冀传》:“诸梁及孙氏中外宗亲送诏狱,无少长皆弃市。”《传》所言孙氏,乃冀妻孙寿之族,是妻族也,虽《纪》、《传》皆不言三族,亦三族兼及妻族之一证。^[1]

从上文可以看出,沈氏引用的资料比较丰富,主要方面基本都提到,分析中许多重要的看法和观点很有价值。不过,存在的问题也不少,比如,在“三族”等一些关键词语的解读方面,仍留下不少疑点;史料中如淳注和张晏注等等看似互相矛盾的地方也未能彻底地加以解决;特别是“夷三族”中最关键的“三族”的亲族边际并没有加以界定;此外,还有杜贵墀的看法也有不少令人无法同意。这些都是需要进一步研究的问题。以下让我们对一些题中应有之义分别加以解析。

[1] 沈家本:《历代刑法考》刑法分考一,中华书局1985年版,第71—74页。本文所引杜贵墀《律辑证》的相关内容也是由沈书此处转引的。

一、若干需要加以明确区别的事项

(一) 应将“三族”和“夷三族”加以区分

从目前掌握的材料来看,应是杜贵墀最先对“三族”的不同释义加以解释,沈家本在此基础上又做了更细的探究,另一位法制史领域的著名学者程树德则基本采用的是杜氏的考证结果。^[2]把各种说法汇集起来综合分析一般来说是较好的办法,但不得不指出的是,这些前辈学者所作的综合分析尽管有不少长处应加以肯定,可是他们似乎都有一个共同的不足,即在分析时,多少忽略了有关词语所处的语言背景。也就是说,“三族”一词的不同含义原本是有其特定的语言使用环境,不考虑这一关键之处而混在一起解读,结果仍然是难以得出正确的见解。他们的考释中提出来的“三族”的几种解释不论含义相差多大,绝大部分都与“夷三族”中的“三族”没有直接关联。我以为,解析“夷三族”不仅要注意其中的“三族”,更应首先注意“夷三族”的“夷”字。夷本来是指铲平,这里直接的含义是“灭”,有时又称“诛”。从实际刑罚意义的角度来说,其含义主要是指不仅杀掉罪犯本人,还要同时杀掉罪犯的三族内亲属,即“杀三族”。

如果仔细分析,可以说杜沈二氏所举的几种“三族”和“杀三族”中的“三族”不能恰相对应地置换。

以《周礼·小宗伯》为例,原文的意思是说小宗伯职责范围包括“掌三族之别,以辨亲疏。”汉郑玄因此注曰:“三族谓父、子、孙,人属之正名,丧服小记曰亲亲以三为五,以五为九。”唐贾公彦释曰:“此三族谓父子孙,推此而往,其中则兼九族矣。”显然,这里的三族可视为一种泛指的概念,其中的“父”可能不仅指“父亲”一个亲等,而且可以指“大父”即祖父等更高的亲等,“孙”也同样如此,而且表达的“人属”从字面看纯粹是男系,因此这种目的是为了辨亲疏的“三族”即“父子孙”,虽然和“杀三族”中的“三族”有某些重合,但肯定在亲属范围上是有缺项的,也就是说,从坐被杀的亲属应不止“父子孙”。

至于《礼记·士昏礼》郑玄注所说的“三族”即“父昆弟、己昆弟、子昆弟”,更是与“杀三族”中的三族有差别。因为《礼记》是在讲述婚姻六礼之一的“请期”,原文提到代表男方的来说:“吾子有赐,命某既申受命矣。惟是三族之不虞,使某也请吉日。”这后面加有如上郑注,郑玄对这一个三族的解释明显考虑到特定的语言环境。如再结合贾公彦疏,可知这里是在说:由于男女两家已经就缔结婚姻达成一致,因此开始商讨婚期的问题,男方代表提出,因为人的死丧是不能预先猜测的,如果当事人的三族中有死亡的事发生,应服丧,这样在服丧期内就不能举行婚礼,所以在目前尚无这种情况的时候,最好尽早确定婚期。从郑玄的解释来看,父昆弟指叔伯、己昆弟指兄弟、子昆弟指子女,属于内亲中服制很近的亲属,但仍不是“夷三族”意义上的亲属范围的全部。

总之,这些三族都是指特定语言环境中的三族,贾公彦为两处古文作疏时也分别用“此三族”这样的表达方式加以强调,无非是表明“此”三族是和其他的三族不一样,或者说其解读只适用于此处。古代文献经常有这种情形,同一词语,用在不同的场合,其含义便有区别甚至相差很大。在分析“夷三族”时,要注意加以区分和排除那些含义不同的三族,以免既得不出准确的

[2] 程树德:《九朝律考》汉律考二,刑名考,中华书局1963年版,第48、49页。

答案,又徒增干扰。这种区分当然是我们研究者自己应当做的事情。^[3]我觉得,夷三族是一个基于罪与罚而出现的刑法上的概念,凡是与刑事无关的“三族”概念,不适合用于完整解释夷三族的问题,故应避免把它们等同,这是我们在研究之始必须先确定的共识。

(二)应对张晏和如淳的注重新认识

迄今的研究中,最常使用的是《史记·秦本纪》所说的秦文公“二十年,法初有三族之罪。”此正文后有如下注文:

《集解》张晏曰:“父母、兄弟、妻子也。”如淳曰:“父族、母族、妻族也。”

各家著述考证夷三族时,大约认为《史记》成书早于《汉书》,因此优先选择《史记》的内容。可是如果对史籍的注释源流加以注意的话,也许不难发现,这样的引用是颇有问题的。张晏、如淳二人对“三族”的注释,是在被收于《史记集解》中以后才用于注释《史记》的,而《史记集解》成书的时间,不仅晚于《汉书》,而且也晚于《汉书》中除颜师古以外的绝大部分各家注。所以在时间概念上,不能忽略应把《史记》本文和《史记》的注释加以区分。

更应当加以注意的,是《集解》中的许多注如张晏如淳等人的注文,本来不是《史记》的注。据标点本《史记》前附的出版说明提到:现存《史记》旧注有三家,其中之一就是刘宋裴骃的《史记集解》。单刻的八十卷本《史记集解》早已失传。又据标点本《史记》后附的裴骃自己所写的《史记集解序》,裴氏是感于在他之前的徐广为《史记》所作的《管义》过于简略,因此他要在徐氏的基础上加以增益,办法是“采经传百家并先儒之说,豫是有益,悉皆抄内。删其游辞,取其要实,或义在可疑,则数家兼列。”由裴氏所讲,他的解释都是从其他书上转抄而来,而且对有疑义之处,采取客观的数家兼列的方式供读者参考。他本人是南朝刘宋人(其父是裴松之),生活的时期略晚于如淳张晏。

由裴骃注《史记》的方法,使人不难想到,《集解》所解释的内容,是不能保证和《史记》原文所表示的本意恰相对应的,也就是说,《集解》中收集的释义与那些专门为某书所作的注释不同,这些脱离了原书,实际是移植而来的注,很可能和《史记》原文的本意并不相同。联系到关于“三族”的这些注,又是用于《史记·秦本纪》中秦文公二十年这样早的时代,更是不能当做正式的解释来使用。那么,《集解》的注释是采自哪本书呢?从目前可以接触到的书来看,我想,是极有可能取自《汉书》注。请见《汉书·高帝纪》中如下正文和注文:

贯高等谋逆发觉,逮捕高等,并捕赵王敖下狱。诏敢有随王,罪三族。(注张晏曰:“父母、兄弟、妻子也。”如淳曰:“父族、母族、妻族也。”师古曰:“如说是也。”)

这里的张晏和如淳注与《史记》注完全相同,说明《史记集解》极可能取材于此。可是,《汉书》中的注,是为“罪三族”一语所作的解释,而罪三族是什么含义呢?《史记》中恰好有一史实与此类似,《史记·楚世家》称:

灵王于是独傍徨山中,野人莫敢入王。王行遇其故涓人,谓曰:“为我求食,我已不食三日矣。”涓人曰:“新王下法,有敢彘王从王者,罪及三族,且又无所得食。”

[3] 如有的学者列举三族的不同说法以后,忽略了这一点,反而认为“郑注二说,前后不一,自相矛盾,难以适从”。见彭年:《秦汉族刑、收孥、相坐诸法渊源考释》,《四川师大学报》1986年第2期。这样批评古人可能不妥,因为郑玄并没有去为“夷三族”作注,把他的注和“夷三族”相联系的做法是后人自己的事,和他本人无关;而且他的两种说法正确与否暂且不论,至少二说是各有特定语句环境的专用解释,说其“前后不一”那是不错,说其“自相矛盾”则难成确评。

《史记》和《汉书》记载的这两件事都是用严厉的方式处罚敢于随王的人，以便使这两位王形单势孤。所以，《汉书》中的“罪三族”可能就是《史记》中所说的罪及三族。

不论是“罪三族”还是“罪及三族”，显然不能等同于“夷三族”，有时或许也不能认为和“三族罪”等同。这里涉及的细节区分并非是毫无意义的，而往往正是问题的关键所在。

《史记》记载汉初贯高等谋反一案有多处，说法也有一些歧异。《史记·高祖本纪》记载：“九年，赵相贯高等事发，夷三族。”此事的起因是汉七年刘邦到赵国，赵王张敖因自己是刘邦的女婿，亲自侍候刘邦并卑恭有礼，而刘邦对赵王既摆架子又骂人很有些不客气。结果赵相贯高、赵午等人看了无法忍受，认为赵王太窝囊。当他们劝赵王杀掉无礼的汉高祖时，赵王却说自己的一切都是仰赖高祖才得到的，让他们不要再说这样的话。贯高等人才认识到并非赵王软弱而是不背德的长者。但他们仍决心“义不辱”，瞒着赵王谋划杀高祖刘邦，汉八年刘邦再次经过赵国时，贯高等人在“柏人”安排了行刺之人，计划杀了刘邦，只是由于凑巧刘邦认为柏人这个县名不吉利，因而没有留宿才免遭不测。贯高杀高祖的事后来被人告发，据《史记·张耳陈余列传》记载：

于是上皆并逮捕赵王、贯高等。……治张敖之罪。上乃诏赵群臣宾客有敢从王皆族。而在《史记·田叔列传》中记为：

会事发，汉下诏捕赵王及群臣反者。于是赵午等皆自杀，唯贯高就系。是时汉下诏书：“赵有敢随王者罪三族。”唯孟叔、田叔等十余人赭衣自髡钳，称王家奴，随赵王敖至长安。

因为贯高和赵午都是当初谋杀高祖的策划者，因此是被逮捕和处罚的对象，所以赵午等人自杀。至于贯高不自杀，目的是说明谋反之事与赵王没有关系，并在长安受到审讯严刑拷打时仍说赵王没有参与。后来刘邦让贯高的知交泄公私下去问实情，贯高回答说：“人情宁不各爱其父母妻子乎？今吾三族皆以论死，岂以王易吾亲哉！顾为王实不反，独吾等为之。”（见张耳陈余列传）此事因为最终得到证实，赵王得出，贯高自杀，据前引《高祖本纪》所说贯高还被夷三族。

这里的问题是，对于并没有参加谋反也没有遭到逮捕的其他人，如果随王将要受到的严厉处罚，在《史记·张耳陈余列传》中记载为“皆族”，而在《史记·田叔列传》中则是“罪三族”。《汉书》在记叙此事时则没有这种不同，而是只见到“罪三族”的说法。从常理判断，罪三族的说法比较妥当，因为这是诏书中用于威吓赵王臣下的文字，并非明确的法律用语，敢随王者会受到罪及三族的处罚是可以肯定的，但不一定就是指法定的“夷三族”，因为这种夷三族基本是针对谋反者的，对那些没有参与谋反活动只是陪同赵王到京城的人，威胁要对他们“罪三族”更可能是指将连累到他们的“三族”受到不同的处分。^[4]

如果以上的分析还算有些道理，并且确认同为三国时期人士的张晏和如淳的《汉书》注，要早于《史记集解》许多年，那么对张晏特别是对如淳的注解就不能从夷三族的角度来认识，特别是对如淳注更不能妄加否定。如淳注为“父族、母族、妻族也。”显然是从“罪及三族”的角度来说明这里的含义，而唐代颜师古曰：“如说是也。”确认如淳所说为正确的答案，也是完全理解了如淳想表达的本意。

杜贵墀批评如淳之注是谬说，这是很不恰当的。因为：

第一，三族未必就是象张晏所说的指“父母兄弟妻子”；和如淳的注释相比较，张晏注错误的可能性更大些。

[4] 如果真的要对他们夷三族，不仅显得处罚过重而不合情理，而且似乎也应直接说夷三族而不会说成罪三族。

第二,如淳并非不知汉律。《汉书·景帝纪》提到景帝三年冬十二月,景帝下诏:“襄平侯嘉子恢说不孝,谋反,欲以杀嘉,大逆无道。其赦嘉为襄平侯,及妻子当坐者复故爵。论恢说及妻子如法。”这里也有如淳注:“律,大逆不道,父母妻子同产皆弃市。今赦其余子不与恢说谋者,复其故爵。”如淳在掌握了这样确切的法律条文的情况下,在注释《高帝纪》中“罪三族”的时候,却没有采用同样的“父母妻子同产”的说法,而是认定“罪三族”应是指“父族、母族、妻族”,那么他一定是有充分的理由的,总之,张晏如淳他们显然都是从“罪及三族”着眼的。下文将会证明,无论如淳所说的三族范围,还是张晏解释三族所说的父母兄弟妻子,不论对“罪三族”解释的对与不对,都不会影响到确定夷三族的问题,因为他们说的,都不是“夷三族”所涉及的三族。

此外,一人犯罪,是有可能罪及“父族、母族、妻族”等三族的,罪及父族母族都容易找到例证,这里省略不谈,即使不常见的罪及妻族的事例,也并非没有。如《三国志·武帝纪》讲到曹操曾被汉朝廷征为议郎,此文后注释引《魏书》提到太祖从妹夫宋奇被诛,曹操因此从坐免官。我们如果从宋奇所处的亲族位置来看,曹操等于是宋奇的妻子的堂兄,属于宋奇的妻族范围。

还有,分析史料时,我们不仅要看注释者的注,也应当不忘注释者所处的时代,才能对注有更深刻的理解。张晏、如淳都是三国时期的人,他们作注主要还是给同时代的人看的。这里就有一个我们后人应注意到的问题,即他们作注,不可能对于那些在当时是众所周知的词语再加解释。三国时期,夷三族的刑罚名称在观念上仍然存在,无论是张晏还是如淳,都不可能肤浅到对夷三族作出什么注释,因为这是当时人所共知的事情,大家都知道的常识是不需要注释的。可以说,他们正是意识到这里的“罪三族”和“夷三族”并不相同,为了避免人们把二者混淆才对此“三族”作出注释。

所以,不管二人对“三族”的解释谁显得更正确,有一点可以肯定的,就是他们的解释绝不是针对“夷三族”中的“三族”来注释的,至少不能以二人的解释直接来确定“夷三族”的亲属范围。

总而言之,现在可以得出两个基识:一是如淳、张晏并没有为《史记》和《史记》中的三族罪作注,而是只为《汉书》中的罪三族作注,故不可盲目引用,而不顾及两注本来用于何处所必然具有的特定语境。二是既然“罪三族”不等于“夷三族”,如淳的注释也就没有表示犯罪者的“父族、母族、妻族”要被处以死刑。^[5]因此,两人的注只是对“罪三族”的“三族”范围有不同的见解,注文与“夷三族”无关,其实他们根本没有说“夷三族”的“三族”范围是什么。由此来看,不仅各家学者采用张晏注的做法似嫌孟浪因此还要再斟酌,而且像杜贵墀那样对如淳注妄加否定和批评的做法也只不过暴露了自身在研究上的粗疏,其看法似非确论。^[6]

(三) 应将“夷族”和“夷三族”适当加以区分

有些学者论及这些刑罚的时候,通常使用“族刑”来加以说明,如果是意识到族刑只能作为一个总称泛称的情况下才可以这样使用,那么还不算有何明显的不妥。可是,也有的学者直接将夷三族和族刑等同起来使用,这就出现了问题。史料本身证明,即使同样表示夷灭罪人的亲

[5] 罪三族的含义,可以只是表示这些人要受到连带的处罚,换句话说,这些亲戚虽然将被牵连,但毫不表示统统将从坐死。

[6] 李贤注《后汉书》“禁至三属”中的“三属”时,认为是指父族母族妻族。如果考虑此处语境,实际上文中的“禁”是指“禁锢”不得为官,所以李贤那样注是有一定道理的。令人不解的是,杜氏对此也严厉批评。其实,如果杜氏指责李贤注是“承如淳之谬”,那么按杜氏所说的三族为“父母妻子同产”就更不对,因为其中的“母”、“妻”等女性不做官,谈不上对她们禁锢。

属,也应谨慎地对“族”或“三族”这些不同的表示方法和它们被使用的不同场合予以足够的注意,才能对灭族的不同含义加以更详细的、更正确的区分。沈家本已经注意到这一关键点。本文前引沈氏的考证中,他曾说到:

《注父偃传》“遂族偃”;《郅解传》“大逆无道,遂族解”;《公孙贺传》“遂父子死狱中,家族”;此三《传》之言族者,似皆止于一家。……《晋志》言魏改汉律,大逆从坐,不及祖父母、孙。至于谋反大逆,临时捕之,夷其三族,不在律令。是三族本有祖父母、孙在内,不止父、子、孙三世。郑、张之说,亦未能合。

虽然沈家本的考证在一些相关问题上还有个别混乱之处,^[7]但从他指出“族”似指一家,而另外又特别注意到三族包括祖父母、孙的情况,可以说已经提供给我们一个正确的思路,那就是刑罚意义上的“族”和“三族”,当为两个不同层次的概念。请看《晋书·刑法志》下列文字:

又改贼律,但以言语及犯宗庙园陵,谓之大逆无道,要斩,家属从坐,不及祖父母、孙。至于谋反大逆,临时捕之,或污渚,或泉茆,夷其三族,不在律令,所以严绝恶迹也。

以上晋志所记载的,是三国时期曹魏制定魏新律后,为了说明魏律改定的情况而撰写的《魏律序》中的部分内容。对这一史料的解释,除了沈家本的正确说法,另有陈乃华按同一思路也提出了不少颇有见地的看法,他认为,魏律给“大逆无道”罪所下的定义要比汉律狭窄得多,只是指“以言语及犯宗庙园陵”,而“夷三族”刑只适用于谋反罪,在这一点上秦汉魏是相同的,并进一步指出:

可以肯定地讲,由于谋反罪比非谋反的大逆无道罪在程度上有明显的不同,汉律是将两者分论的。并且存在着下述可能性:由于谋反罪是直接危及到最高统治者的现实权力的罪行,要比非谋反的“大逆无道”罪重,相应地适用于谋反罪的“夷三族”刑要比适用于非谋反的“大逆无道”罪的“父母妻子同产皆弃市”刑要重,牵涉的亲属范围要广。^[8]

与一些学者认为三族范围是指“父母、妻子、同产”或“父母、兄弟、妻子”的考证结论相比,^[9]沈氏和陈氏的见解无疑更接近历史的真实。特别是“陈说”强调了罪名与刑名的关系,主要观点上显得甚为精确。

将两位学者的看法加以综合,然后提出更全面的更准确的见解,是完全可能的,本文作为一种尝试,先在下面作些粗浅的分析和补充:

从有关汉代的文献来看,早期的一些罪名,尤其看似类同、实质存在程度不同的那些罪名

[7] 如沈家本认为:晁错仅只腰斩,父母妻子同产无少长皆弃市等等,“未必即为夷三族之法。”我觉得以晁错传为例说明晁错不是被夷三族是正确的,但沈家本为这一观点提出的主要理由,是他认为凡“夷三族者,必具五刑。”而晁错只是被腰斩没有被具五刑,所以不是夷三族。我觉得,他的这一理由是错误的,因为“具五刑”是包括“髡、劓、斩左右趾”等肉刑的,可是如果考虑到汉文帝废除肉刑这一刑罚制度上的巨大变化,可以肯定地说,文帝十三年以后,夷三族者,不可能再受到“具五刑”的处罚,所以,不能以是不是具五刑来辨认是不是夷三族。陈乃华在《秦汉族刑考》中,也将是否使用具五刑的施刑手段,作为夷三族和“大逆无道”所处罚这两者的区别方法之一。陈氏的这一点看法显然也重复了沈氏的错误,成为和他们的正确见解并存的一个缺陷。

[8] 陈乃华:《秦汉族刑考》,《山东师大学报》1985年第4期。

[9] 如日本学者西田太一郎因没有注意到大逆无道和谋反大逆的区别,也忽略了文帝和臣下商讨的废除连坐只是指一般意义上的连坐,所以他说:“可见‘三族’确是指‘父母、兄弟、妻子’;”“总之,尽管尚不明确汉初对于彭越、韩信所施‘三族’刑的具体范围,但是认为自文帝以后,‘三族’刑一般指本人腰斩,父母妻子同产连坐或者弃市,这个推论是能够成立的。”见西田太一郎:《中国刑法史研究》,段秋关译,北京大学出版社1985年版,第150、151页。

使用的个别文字时有出现重叠的现象,需要详加分析。比如“谋反大逆”和“大逆无道”,虽然从定性上都有“大逆”的词句,但实际认定罪名的时候,前者的关键是强调“谋反”,属于大罪之冠;后者则是类似后世的“大逆”,属于次于谋反的第二级大罪,所以“谋反大逆”和“大逆无道”是两个完全不同的罪名。依罪与刑相应的原则,两个罪名所受到的刑罚或者说相应的刑名在早期(如秦汉魏晋)也是完全不同的。“谋反大逆”对应的是“夷三族”,其亲属范围将在后面论及。“大逆无道”对应的是夷“族”,一般来说其亲属范围包括父母妻子同产。

虽然族刑意义上的“族”和“三族”在史料中也有些含糊不清的例子,但在汉代的史料中,能够明确辨别出来的例子相当多。陈乃华在他的论文里已经多有说明,^[60]因此对“族”和“三族”加以区分在一般情况下并不困难。这里尚存的问题是,相对来说,夷灭的亲属范围较小的非谋反的大逆罪,有时似乎在这一罪名内部也存在区别。以晁错和孔融被杀之事为例,据《汉书·晁错传》,丞相青翟等人劾奏晁错的奏文为:

错不称陛下德信,欲疏群臣百姓,又欲以城邑予吴,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。

由此来说,晁错本人被腰斩,从坐死的亲属范围是父母妻子同产。孔融之死见于《后汉书·孝献帝纪》,纪云建安十三年“曹操杀太中大夫孔融,夷其族。”据《后汉书·孔融传》:

路粹枉状奏融曰:“少府孔融,昔在北海,见王室不静,而招合徒众,欲规不轨。云‘我大圣之后,而见灭于宋,有天下者,何必卯金刀’。及与孙权使语,谤讪朝廷。……大逆不道,宜极重诛。”书奏,下狱弃市,时年五十六。妻子皆被诛。

从当时罗织的孔融的罪行看,基本以言语定罪,其罪名是大逆不道,虽然所受到的刑罚处罚也相当重,但同传提到孔融本人的刑罚是弃市,而不是腰斩。这与《晁错传》不同。(此外孔融兄弟共七人,他排行第六,不清楚当时他的六位兄弟是否已经无人在世,文中所记从坐的人只提到妻子。)对这两例的不同,一时难以得出结论。也许“大逆不道”和“大逆无道”有所不同,前者是汉代“不道”罪中的重罪,但又比“大逆无道”的罪名要轻吧?又或许随着时间的推移,这一罪名所要受到的刑罚出现了变化吧?可是这里仍有一个较大的问题是,“族”如果是指沈家本所推测的“一家”,那么这所谓“一家”的亲属范围都包括哪些人呢?尽管当时的法律必然会很严格地作出规定,可是本文的考释还不能确信对单单使用“族”的地方作出准确的回答,姑且存疑,作为留待今后研究的课题。^[61]

虽然还有不明白的问题,但在罪名方面,我们至少可以确定“谋反大逆”和“大逆无道”是不同的,相应的,“夷三族”和“夷族”也是不同的。如《后汉书·孝献帝纪》记载建安五年,“车骑将

[60] 见注 6 陈文,如陈乃华举出《史记》、《汉书》、《后汉书》所记载的李斯、江充、董卓等夷三族的案例共 13 件;作为对照组又举出晁错、淳于长、班始等非谋反的提及父母妻子同产连坐的大逆无道等案例 8 件。在确认谋反才被夷三族,大逆无道不是夷三族这一关键之点上,我完全赞同陈氏的高论。而且陈氏后面推论夷三族就是夷宗族,我也基本同意,不过,陈氏所说的“夷其族”就是“夷宗族”,可能就有问题了。我认为,一般来说,见于汉代的“夷其族”可能是亲属从坐死的范围最小的族刑;夷三族是从坐三族亲属范围,比夷其族范围要宽;夷宗族则应具体案件具体分析,夷宗、灭宗的说法,多数和夷三族的含义等同,但也可能在某些特殊案例中表示比夷三族的范围还要大。

[61] 也许有这样的可能:法定的族刑是分三个层次的。最重的为夷三族;最轻的为夷一户,从坐死的亲属范围是和正犯同一户籍的人;而介于两者之间的是夷父母妻子同产(不管是否分户、出嫁)。中间这一级虽然也被泛指为族,但在正式法律中从不简称“族”,而是采取逐一列举的方式。不过,以上这样说是否正确,我还不肯肯定。

军董承、偏将军王服、越骑校尉种辑受密诏诛曹操，事泄。壬午，曹操杀董承等，夷三族。’据《三国志·武帝纪》称：‘（刘）备之未东也，阴与董承等谋反……’，由此而论，董承等人的罪名是谋反，因而被处以夷三族刑。同样是《后汉书·孝献帝纪》，另一项孔融被杀之事（见前引）则称‘夷其族’，孔融的罪名也不是谋反。两相比较，说明对“夷三族”和“夷其族”还是应当加以区分的。

需要说明的是，这种区别不仅在曹魏时期，而且在此前的时期特别是汉代，也是存在的。西田太一郎从汉代夷三族是“父母兄弟妻子三族”的认识出发，对《魏律序》中可以推论出来的谋反大逆夷其三族包括祖父母孙这一点，认为这是表明“三国魏时的三族刑的范围要较汉代大，实际上是五族。”^[12]西田先生的这一说法，实际等于是主张谋反大逆和大逆无道是到了魏律制定的时候才出现了量刑上的区别，或者说，是认为夷三族是到曹魏定律才包括祖父母孙。我想，这大约是西田采用张晏所说“父母兄弟妻子”为夷三族的范围之后，所形成的连锁解释。在这个问题上，西田说和沈家本说有所不同，我个人更倾向于认为沈说正确。可是，考虑到沈家本虽然看出了“父母兄弟妻子”不等于夷三族的“三族”，但最终也没有能提出正确的详细主张，而且思路上还存在混乱之处，如最后以梁冀案为例认为这是“三族兼及妻族之一证”，又将夷三族的范围与妻族相联系，这是我所不能同意的。由于对目前存在的学术界各种说法均存有异议，本文下面谈一些自己的不成熟的看法，特别是对夷三族的亲属范围试加推测。

二、夷三族亲属范围

在推测具体的亲属范围之前，为使头绪清晰一些，先对本人意欲得出的推论提前做个说明。我认为，秦汉“夷三族”的亲属范围，大致相当于一种“卡”字形结构。可以确定的大概是：

“卡”形中间的“十”字交叉点，代表被处以夷三族的本人，需要特别强调的是，为了不发生名称上的混淆，我们称他为“正犯”，而不使用“主犯”的称呼。^[13]

而所谓的“三族”是指：

“卡”形中间的一横的左半部分，为一族，包括“正犯”的兄弟姐妹、妻妾等（妻妾与正犯可视为一体，但毕竟属于从坐者，所以权归此部分），基本是正犯的同辈人。

“卡”形中横上面的一竖，为一族，我认为应包括父母、祖父母，乃至曾祖父母、高祖父母等。即“正犯”所有在世的上辈直系血亲。^[14]

[12] 见注①西田氏著作，第154页。

[13] 通常在现代刑法的概念里，主犯是和从犯相对应的名词，相当于古代所说的首犯，而首从或主从的概念是共同犯罪中使用的名称。如果对夷三族的谋反者本人使用主犯的概念，会被误解，特别是从坐会被误认为共犯中的“从”。实际上，夷三族从坐者受到从坐的刑罚仅仅是基于亲属关系，他们并没有参与谋反，甚至远在异地完全不知情。

[14] [日]仁井田：《唐律的通则性规定及其来源》中提到：“斯坦因在敦煌发现的汉代木简中，有‘后母皆弃市’之简，马伯乐认为这是汉律遗文。这里的后母就是继母。因为有一个‘皆’字，所以后母之前应还有‘嫡母’等字句。这个断简显示当时存在着族刑。”见《日本学者研究中国史论著选译》第8卷，中华书局1992年版，第130页。我觉得仁井田先生的这一推论有欠考虑的地方。一般来说，既然提到后母，至少表明嫡母已经不在，（按照唐律中《疏议》的解释：“继母者，谓嫡母或亡或出，父再娶者为继母。”）如何可以说后母之前应有嫡母的字样？这样联想是很令人费解的。我认为，如果这一残简确实和族刑有关的话，从中倒是可以推论，因婚姻、收养所形成的拟制血亲，如果其名分正好在族刑范围内，也是应从坐的。至于在后母之前，可以是“父”乃至“兄弟姐妹”等字样，但绝不会是“嫡母”。

“卡”形中横下面的一竖,为一族,应包括儿子、儿媳、女儿、孙子、孙媳、孙女,乃至曾孙、玄孙(男女同)和男性诸孙的配偶等,即“正犯”所有在世的后辈直系血亲及其中男性的配偶。

以上是夷三族从坐死的范围,相当于“卡”形的中竖(包括上下两部分即纵轴)和左横部分。与学术界各家之说不同的是,我觉得所谓的三族实际是指上一族,下一族和平行的一族。这些人从世代来讲跨度有的较大,从亲属范围说,一个人不可能同时都有这样世代的直系血亲,所以这里强调的是正犯被处夷三族刑时“在世”的这些亲属。夷三族在犯罪前的意义,是把刑罚的威吓作用发挥到极端,以便“累其心使重犯法”;而夷三族在犯罪后所要达到的重刑程度,是要“殄灭犯罪者之族,并要使之‘无遗育’”。考虑到这些特点,受到夷三族处罚的人,其直系血亲不可能不在夷三族亲属范围内,我们看那些被夷三族的人,从未再见到他们有直系血亲的后代遗存(特别赦免的或有处可逃的除外)。

此外,从坐又不处死的亲属也有许多,相当于“卡”形的右面,可以表示为上辈、同辈、下辈受到牵连处罚但不会被剥夺生命的人,对这些从坐不死的人的具体范围,虽然下面也许部分提到,但作为一个整体的专项研究将不得不放到今后,本文只想将目前各家研究中没有说清的被“夷灭”即杀掉的三族分别加以考述。

考虑到《唐律疏议》是现存最早的一部刑法典,虽然其中已经没有夷三族这样的刑罚规定,但谋反大逆罪的罪名依然存在,从中应当看出以前夷三族的一些遗留痕迹,所以从它开始上溯是比较可行的办法。唐律《贼盗》律第一条:

诸谋反及大逆者,皆斩;父子年十六以上皆绞,十五以下对母女、妻妾(子妻妾亦同)、祖孙、兄弟、姐妹若部曲、资财、田宅并没官,男夫年八十及笃疾、妇人年六十及废疾者并免;……伯叔父、兄弟之子皆流三千里,不限籍之同异。

由律文可以推测,其中提到的亲属应当是“正犯”最亲近的亲属。和我前面所推测的范围相比,这里并没有提到曾、高祖父母和曾、玄孙。我认为包括这些人的根据是,唐律《名例》律第52条说道:“诸称‘期亲’及称‘祖父母’者,曾、高同。称‘孙’者,曾、玄同。”如此来说,反逆缘坐的“祖孙”一词,似是概括性的,并非以祖孙为上下限,实际应当包括更高和更低的直系血亲。此外,孙一辈在唐律中只是被没为官奴婢,但在秦汉时的夷三族刑的规定里,他们是从坐死的。如曹魏时丘俭因反对司马氏而举兵,事败以谋反罪被夷三族,俭之子甸并未参与谋反,但是他的女儿即?丘俭的孙女当时“为颖川太守刘子元妻,亦坐死,以怀妊系狱”;说明至少截止此时,孙子孙女也在从坐死的范围。^[5]

从唐律又可看到,这里缘坐的亲属有年龄上的一些规定,如十五以下的儿子不从坐死,男夫年八十及笃疾、妇人年六十及废疾者并免即不被收没。这些规定,大概是后来逐渐确立和变化的,至少秦汉魏时期的夷三族没有这种年龄方面的轻减。在汉魏时期的史料中,对那些比谋反还要轻的大逆无道罪,都可见到对从坐者“无少长”处以死刑的规定,谋反夷三族的从坐者自然也是“无少长”一律处死。

从坐妇女不处死刑也有后来渐变的一个过程。最初的变化始于三国曹魏后期,魏正元二年(255),规定已嫁之女不再从坐父母之诛。到西晋惠帝永康元年(300),女儿不再从坐。至永嘉

[5] 事见《晋书·刑法志》。又据《三国志·丘俭传》:“俭子甸为治书侍御史,先时知俭谋将发,私出将家属逃走新安灵山上。别攻下之。夷俭三族。”甸只是逃命,并非谋反的参与者,似不应算谋反的正犯,所以其女实际应是因祖父?丘俭谋反而从坐的亲属范围。

元年(307)开始,三族刑一度被废止。可是到东晋明帝太宁三年(325)又“复三族刑,惟不及妇人。”^[6]此后到南朝梁天监二年制定新律令规定:“谋反、降叛、大逆已上皆斩。父子同产男,无少长皆弃市。母妻姐妹、及应从坐弃市者妻子女妾,同补奚官为奴婢。”一般人们都能注意这里对妇女的宽大只是不从坐死,但还要没为官奴婢这一明显之点。可是如果仔细分析,“正犯”的女儿在上列亲属名称中并没有见到,子一辈中只提到男性即儿子从坐弃市。看来,“女儿不从坐”在晋和南朝还是在法律规定中严格实行了,北朝大概就没有这样的例外,所以受到北朝法律直接影响的唐律,女儿也在缘坐没官之列。唐律《名例》律52条第五项所说的“称‘子’者,男女同(缘坐者,女不同)。”其含义是指一般情况下,“子”是包括男女两性后代的,但在谋反等规定中,“女”是否缘坐要看法律的具体规定,即凡是需要缘坐的都特别加以注明,没有注明的就表示不缘坐“女”。

兄弟不坐死,时间更晚一些,到了唐代才这样规定。隋朝定《开皇律》时,仍规定“大逆谋反叛者,父子兄弟皆斩,家口没官。”^[7]说明此时兄弟从坐死。唐太宗时,房强因弟弟房任谋反而从坐死,太宗录囚得知此事后觉得情有不妥,令官员详议此事。法律规定因此出现变化,“于是令反逆者,祖孙与兄弟缘坐,皆配没;恶言犯法者,兄弟配流而已。”(《新唐书·刑法志》)这表明,兄弟此后不再从坐死,谋反大逆的兄弟缘坐改为配没即前引唐律中所说的“没官”。

至于姐妹,亦应当属于汉代所说的同产,在秦汉魏的夷三族中,亦应坐死。《汉书·龚胜传》中的“同产”,师古注释为“兄弟”,应当说也是正确的。“兄弟”一词,古代也用以称姐妹。如《孟子·万章》上:“弥子之妻与子路之妻,兄弟也。”汉代时还经常称姐为“女兄”,妹为“女弟”。另外,日本学者谷至在主张同产的含义为“兄弟姐妹”时,提到一个非常有说服力的例证,他指出:《汉书·元后传》有“太后同产唯曼蚤(通早)卒”一句,此处有张晏注:“同父则为同产,不必同母也。上言唯凤、崇同母也。”^[8]这里的意思是,元后王政君,有兄弟姐妹12人,其中王凤、王崇和她同母,而王曼(男性)是她的异母兄弟,在这里称作同产,等于是说并非一母所生才叫同产,同父的兄弟姐妹就称同产。据《三国志·王凌传》记载,王凌一案“诸相连者悉夷三族”,又据郭淮传注引《世语》,郭淮之妻为“王凌之妹。凌诛,妹当从坐”,可证姐妹属于夷三族亲属范围。

总的来说,在唐律中,属于被没官的谋反罪缘坐亲属,包括正犯的十五以下的儿子、母亲、女儿、妻、妾、子的妻妾、祖、孙、兄弟、姐妹,在秦汉时期的夷三族中,应当都是从坐处死的范围内的亲属。

正犯的伯叔父以及兄弟之子,虽然唐律中也规定缘坐,但和以上没官的亲属不同,他们所处刑罚是“皆流三千里”;也就是说,服完流配的刑罚后还能恢复平民身份。而在以前的夷三族刑罚中,也不处死兄弟之子(即正犯的侄子),这样说是有史料为证的:据《三国志·夏侯玄传》记载,魏嘉平六年,中书令李丰与夏侯玄等人共谋除掉当时把持朝政的司马师、司马昭兄弟,事

[6] 关于妇女从坐规定的变化过程,以西田太一郎著《中国刑法史研究》叙述较为详细,见该书第156—158页。又沈家本的考证似没有注意到《晋书·解结传》中“女不从坐,由结女始也”这一转折点,程树德虽然收集到这些史料,但没有将因解结女引起的改革旧制和其他资料按时间先后排序,见程氏《九朝律考》晋律考上,中华书局1963年版,第248页。因此本文对此事采用西田说。

[7] 见《隋书·刑法志》。

[8] 参见[日]谷至:《连坐制及其周边》,京都大学人文科学研究所1985年出版的《战国时代出土文物研究》,第513页。

情泄露,“于是丰、玄、缙(皇后的父亲、光禄大夫张缙)、敦(永宁署令乐敦)、贤(冗从仆射刘贤)等皆夷三族,其余亲属徙乐浪郡。”当时李丰的弟弟李翼为兖州刺史,应当从坐死。此传注引《世语》以下文字:

(李翼的后妻)谓翼曰:“中书事发,可及书未至赴吴,何为坐取死亡!左右可共同赴水火者谁?”翼思未答,妻曰:“君在大州,不知可与同生死者,去亦不免。”翼曰:“二儿小,吾不去。今但从坐,身死,二儿必免。”果如翼言。翼子斌,杨骏外甥也。晋惠帝初,为河南尹。这说明,兄弟从坐死,而兄弟之子是不从坐死的。^[19]由此推论,在唐律中,和这些兄弟之子属于同一处罚等级的伯叔父,在秦汉魏晋时似也应当不从坐死。^[20]大概他们都属于受到迁徙处罚的其余亲属的范围吧?至于在重大的政治权力斗争中,那些被杀的亲属提到叔父等人,有可能是没有按照法律规定的夷三族限定的范围而遭滥杀的。如《后汉书·袁绍传》所云:“董卓闻绍起山东,乃诛绍叔父隗,及宗族在京师者尽灭之。”以及同书《献帝纪》所说“董卓杀太傅袁隗、太仆袁基,夷其族。”这里可看出惨遭杀害的不仅是袁绍的叔父袁隗,从兄弟袁基,而且二人分别以个人为中心被夷族,这大概是非常时期的举动。这种超出法律的事例还包括汉初诛灭吕氏、武帝时的卫太子案、后汉时期的梁冀案等等,遭到杀戮的亲属,已经不用夷三族这样的法律用语,而是从斩草除根的考虑出发,觉得凡是政敌的那些应该灭掉的亲朋好友一律剪除。即使其中可能也有以法律的名义诛杀,那也很容易,因为只需要对被杀掉的对方人物,宣布其为谋反的追随者即从犯,在谋反罪的意义上说等于是正犯,就可放手杀个鸡犬不留。如《后汉书·梁统传》所说:

冀及妻(孙)寿即日皆自杀。悉收子河南尹胤、叔父屯骑校尉让、及亲从卫尉淑、越骑校尉忠、长水校尉戟等。诸梁及孙氏中外宗亲送诏狱,无少长皆弃市。不疑、蒙(二人为梁冀之弟)先卒。其它所连及公卿列校刺史二千石死者数十人,故吏宾客免黜者三百余人,朝廷为空,……

这次事变是桓帝和宦官中常侍共同策划的,目的是消灭当时把持朝政的梁氏孙氏及其亲

[19] 钟会一案可能会被误解为坐及兄弟之子,但仔细分析其实不是。据《三国志·钟会传》,钟会率军克蜀后在成都谋反,事败被杀,“会兄子邕随会与俱死。会所养兄子毅及峻,等下狱,当伏诛。”这里的关系,应当是钟毅坐养父钟会之罪,钟峻、钟则是坐其兄钟邕之罪。此案最后的处理结果是,由于峻、的父亲钟毓(钟会之兄)、祖父钟繇为以前的功臣,不宜让其绝后,所以峻、被特加原宥,“惟毅及邕息伏法”。这是因为钟毅是钟会的养子,因养父的关系不能免死。而钟邕本人参与谋反,作为正犯,他的“息”即子女依法坐死。总之,钟会的这些侄辈都不是因为他们都是钟会的兄弟之子而从坐的。此外,这里表明,拟制的亲属如养父养子等各种亲属关系人,如果属于三族范围的,自然属于夷三族从坐范围。

[20] 有一条资料可以构成反论的,就是《晋书·宣帝纪》提到:“诛曹爽之际,支党皆夷及三族,男女无少长、姑姊妹女子之适人者,皆杀之。”此处提到姑,即父亲的姐妹,如果夷三族包括罪人之姑在内,则伯叔父也应在内。作为我来说,虽然对《晋书》这一说法感到有疑问,但由于一时找不到相反的史料,只能从常情推理。古人家族观念中,侄子应比姑重要,因为家族的延续是以男系来计算的。我们已经证实了夷三族者,兄弟之子不会被从坐死,那么姑特别是已经出嫁的姑就更不应规定从坐死,也就是说,如果下辈的旁系血亲不从坐死,那么上辈的旁系血亲也不应从坐死。还有,司马氏诛曹爽以后不久,在处置?丘俭谋反一案时,改定律令,将原来从坐死的出嫁女改为不再从坐。如果正犯最亲的直系后代女儿出嫁后不再从坐死,而出嫁的姑姑仍然从坐死(因为我们至此未见法律涉及姑的方面有何变化),那将是非常奇怪的事情。所以我认为,所谓的出嫁姑也从坐死的说法,如果不是后人传写误,那一定是《晋书》的作者信笔乱写,似不足为据。可能实际情况是,正犯之姑不论是否出嫁,从来就不在夷三族的亲属范围之内。附带说一句,明律对反逆罪诛杀的范围包括祖孙伯叔父及兄弟之子(年16以下),但这是很晚时期的规定,不能用来证实秦汉魏晋时期的夷三族。

族所组成的官僚集团。象此类残酷的权力斗争也许不需要依法办事，而是格杀勿论。或者对那些任官的亲族成员自身定为谋反或大逆无道之罪，由此而涉及宗亲也是可能的。总之，在分析这些案件时，不仅要看作首的当事人，更要看被牵连进来的人是否作为“正犯”即其本身成为受到族诛的人物，因为谋反等大罪是不分首犯从犯的，对那些诛杀范围较广而又不称为夷三族的事例，不宜作为确定夷三族亲属范围的考证史料。

还有一些罪名虽然定为反逆，但因情节问题减轻处罚的也有，如《三国志·邓艾传》中段灼说：“艾心怀至忠而荷反逆之名，平定巴蜀而受夷灭之诛”。邓艾是和儿子邓忠在蜀地被斩杀，传中还记载邓艾的“余子在洛阳者悉诛，徙艾妻子及孙于西域。”此处文字有倒讹，“妻子”二个字在古代的含义并非后来所指配偶一词，而是包括“妻”和“子”两个词。从传文看，邓艾的儿子全死了，儿子如果全部被诛，“子”字在被徙的亲属中就不应当出现，那么“徙艾妻子”一句必有误。我觉得原文应校正为“徙艾子妻”，意思直译就是儿子的妻子，实际是儿媳，全句的意思是：邓艾的儿媳和孙子被徙往西域。此后这些亲属直到泰始年间大赦得还，邓艾的嫡孙邓朗、次孙邓千秋还担任了晋朝的官员，据传引《世语》所云，永嘉年间因家中失火，“朗及母妻子举室烧死，惟子韬子行得免。”邓朗之母自然是邓艾的儿媳（子妻）。邓艾所受夷灭之诛看来最多夷灭到妻子同产一级（邓艾死时年已七十，可能没有父母在世），没有诛及孙子。

另外，解释夷三族，使用“世代”的概念，在分析一般含义的亲属关系的场合，也许尚可，但是在需要准确地划定亲属范围的时候，用“世代”来区分有时是错误的，也是不准确的。无论如何，用“世代”来置换或说明“族”是不大妥当的方式，至少不能用来解释秦汉魏晋时期的族刑。^[21]

三、吕后既未除“三族罪”也未除“妖言罪”

据《汉书·刑法志》所讲：

汉兴之初，虽有约法三章，网漏吞舟之鱼，然其大辟，尚有夷三族之令。令曰：“当三族者，皆先黥，劓，斩左右止，笞杀之，梟其首，菹其骨肉于市。其诽谤詈诅者，又先断舌。”故谓之具五刑。彭越、韩信之属皆受此诛。至高后元年，乃除三族罪、袄（妖）言令。孝文二年，又诏丞相、太尉、御史：“法者，治之正，所以禁暴而卫善人也。今犯法者已论，而使无罪之父

[21] 如西田在他的著述中便认为夷三族“除一些个别的案例之外，从世代来讲，大多数都只是株连以犯罪者为中心的从父亲到儿子的三代。”并说曹魏时魏律规定的谋反大逆所处的“夷三族”，“实际上是夷五族”。即加上祖孙两个世代。见前引西田著作第150、154页。这都是把三族和五族简单换算为三代、五世代，并不准确。这种族和世代的对应关系，也许可以用于分析北朝的北魏法律（但也不能保证完全适合），其他时代似乎都不适用。又如陈乃华虽然正确地阐明了汉魏夷三族范围相同，但使用了世代的观念后，认为“在夷三族案中，连及到家属生命的不仅包括了主犯的祖父而下至父、己身、子、孙这个五代的主干，而且还包括了同一祖父的其它男性后裔，以及每人的妻和姐妹。”陈氏还根据此说列举出的夷三族范围大到包括了“正犯”的兄弟的子女、孙子女，正犯的叔父的子女、孙子女、曾孙子女，见注⑤陈氏论文。这可能值得商榷。直接可以证明陈说不正确的史料，可见我在正文中提到李丰谋反夷三族，其弟从坐死，而其弟的儿子未有性命之虞的案例。此外，《三国志·刘焉传》所讲，益州牧刘焉和其儿子刘范与马腾通谋准备引兵袭长安，结果事情失败，刘范被杀，原文称“范焉泄”，正犯是刘范，没有把刘焉算在内。刘焉的另一个儿子刘诞没有参与此事却被处刑，这显然是从坐刘范谋反罪而死的。刘焉的孙子看来被没为官奴婢（应指刘焉的两个儿子刘璋、刘诞之子，不包括刘范的子女），后来是庞羲帮忙把刘焉诸孙带入蜀。此事亦可证刘范的兄弟之子即便从坐但不从坐死。

母妻子同产坐之及收，朕甚弗取。其议。”左右丞相周勃、陈平奏言：“父母妻子同产相坐及收，所以累其心，使重犯法也。收之之道，所由来久矣。臣之愚计，以为如其故便。”文帝复曰：“朕闻之，法正则民恧，罪当则民从。且夫牧民而道（通导，下同）之以善者，吏也；既不能道，又以不正之法罪之，是法反害于民，为暴者也。朕未见其便，宜孰计之。”平、勃乃曰：“陛下幸加大惠于天下，使有罪不收，无罪不相坐，甚盛德，臣等所不及也。臣等谨奉诏，尽除收律、相坐法。”其后，新垣平谋为逆，复行三族之诛。

按照班固“复行三族之诛”的说法，至少是指吕后时期废除了夷三族，到文帝时因新垣平谋为逆又恢复了夷三族的刑罚。目前学术界所见到的各说基本都采用汉志的内容。前引沈家本之文虽然说到“然据《汉纪》、《陵传》为证，则尚未确吕后时已除三族刑，文帝所言乃收坐法，虽其后新垣平尚有夷三族之诛，然与收坐法无涉。”但他在稍后的按语里又说：“已除而复用者，盖即《晋志》所谓不在律令而临时捕之者也。”这等于又回到汉志所说的内容，同意班固所持的见解。可是，如果仔细研究相应的文献，班固的刑法志在此事的叙述上似有重大失误，亟待纠正。

我认为，从班固开始，对吕后废除法律的记载就出现了误读。《汉书》虽然是班固所写，但班固是东汉人，对西汉特别是西汉初事情，大概只能从过去的记载中抄录，既不一定能了解汉初的事情，也不一定正确理解这些记载的真正含义，出现错误自然难免。《汉书·高后纪》提到：

元年春正月，诏曰：“前日孝惠皇帝言欲除三族罪妖言令，议未决而崩，今除之。”

迄今为止对这一诏文的读法，是认为废除的法律，一是废除三族罪；二是除了妖言罪。我在前面已经讲过，三族罪，不等于罪三族，对于这里的“三族罪”，我基本认为和秦文公二十年所说的“法初有三族之罪”的含义相同，指的是夷三族。班固至少对废除三族罪的“三族罪”是这样理解的。在“三族罪”这一词语的解释上，我和班固的看法没有什么不同。我不能同意的，是班固提出的高后时废除了夷三族、文帝后来又恢复了夷三族的说法。

问题的关键，是在于如何解读高后诏中“除三族罪妖言令”一句。如果认为这里废除了三族罪，那么必然会将“三族罪妖言令”从中间分开来读，分成“三族罪”和“妖言令”两事，意思就成了既除去了“三族罪”，也除去了“妖言令”。可是，我觉得这样解读是大有疑问的。正确的读法似乎应该是，“三族罪”和“妖言令”应当连读，中间不能断开，意思是废除了三族罪中的妖言令。也就是说，废除的事项只有一件，这项法律与夷三族有关，也与妖言罪有关。详细一些可以推测，可能最初的夷三族并不仅限于谋反，也包括对妖言惑众情节比较严重的那些犯罪处以夷三族的重罚，那么法律中所说的三族罪中包含的“罪”，就不止谋反一种，而是还包括妖言。可能对于那些应当处以夷三族的妖言犯罪行为，专门制定了一个令，又为了与一般的处罚较轻的妖言罪（对此应有其他律令加以规定）相区别，故而称之为“三族罪妖言令”。

按照上面的解释，可以得出一个不同于班固说法的结论，即汉初根本没有废除三族罪，也就是说，汉代不管何时，此罪此刑是始终存在的。这是必须重新加以确认的第一点。

应当重新确认的第二点，是应当消除那些加在汉文帝身上的不实之词。《文献通考》云：“文所行，独新垣平一事，为盛德之玷。……其诛新垣平也，复行收孥相坐之律，而滥酷之刑迄汉世而未能除者亦以此。”我认为马端临对此类事情的看法，可以说既有误解，又有评论失当之处。实际上，正如我们前面指出的，高后没有废除夷三族的刑罚。另外，汉文帝时废除的也只是收孥相坐法。收坐诸法是与夷三族无关的那些法律，他们在文帝时期根本没有复行。文帝死后，他的儿子景帝在制诏中称赞文帝功德时曾列举出的重要一项就是“罪人不孥，不诛无罪”，这无疑

是指文帝元年废除收孥诸相坐律令的重要改革,如果文帝后来恢复使用这些废除的律令,那景帝的赞誉不成了一种莫大的讽刺了吗?《史记·孝文本纪》确实记载了文帝十七年“新垣平事觉,夷三族”,到文帝去世、景帝即位时却仍说文帝的仁政包括“罪人不孥,不诛无罪”。我们只能认为,收坐法是指排除夷三族刑的那些罪及无罪者的法律,换句话说,谋反罪和夷三族刑,虽有从坐的规定,但不同于普通意义的相坐,所以这种类别的从坐在高后时没有废除,到文帝时期也一直存在,文帝时在新垣平这一案件中适用此项特定法律规定,也谈不上是恢复了“收孥相坐之律”。马氏之评析从史实和看法上均有所失。

应当确认的第三点是,如果把“三族罪妖言令”分开读,必然等于说高后元年(前187)时废除了“妖言令”即有关妖言方面的犯罪。但是汉文帝二年(前178)文帝说:“今法有诽谤妖言之罪,是使众臣不敢尽情,而上无由闻过失也。将何以来远方之贤良?其除之。”这说明,文帝时妖言罪仍然存在,如果说高后除妖言,则废除的时间有,那么恢复的时间又是何时呢?完全没有记载。所以,认为高后时废除了妖言令肯定是不对的,只有象上面那样的解读方法,把原意理解为是指废除了事涉三族罪的那一件妖言令,才能消除因历来的误读所造成的矛盾难解之处。

四、‘夷三族’法律规定的确立是历史的进步

在古代的法制中,受到今人最激烈批判的,大概就包括夷三族的刑制,这是可以理解的。因为夷族的刑罚本身所表现出来的对无辜者生命的残忍剥夺,完全背离当今的刑法原则和刑罚理论。可是,任何人都不能重写历史,所以,只着眼批判,并不能使已经过去的历史有丝毫改变。如果承认法律是一种理性的东西,那么,即使我们必须对某一法律现象作出评判,也应结合当时它赖以存在的历史背景,同时主要着眼于判断它究竟是理性的还是非理性的,并且似乎应当尽量减少一些站在当今的立场所单纯表达出来的某种义愤,因为这种义愤不仅不能改变历史,还可能对所研究的问题得出并不符合历史真实的结论。至少在夷三族刑的研究上就存在这样的情形。

奴隶制是一种残暴不人道的制度,但是对于它的出现,恩格斯在《反杜林论》中是这样评价的:“采用奴隶制是一个巨大的进步。”“甚至对奴隶来说,这也是一种进步,因为成为大批奴隶来源的战俘以前都被杀掉,现在至少能保全生命了。”我觉得似可用同样的思维方式,来评价夷三族这一刑制的有关问题。

夷三族刑,据记载,正犯在秦末汉初将被具五刑,此后也常见处以枭菹等酷刑的规定,血缘关系最近的亲属也同时被杀,使被此刑者族灭无后。^[2]从这些来看确实是一种非常残酷不人道的刑罚制度。但是,我们不要忘记,与从古至今的人类所受到的各种残酷的无节制大屠杀相比,夷三族毕竟还算是“法定”的一种刑罚。古人云:“恶法胜于无法。”夷三族即使算作一种恶法,也有其相对意义上的法制因素。必须注意,夷三族主要是针对重大的政治性犯罪而设立的,那么,在没有夷三族刑罚的地方或不使用夷三族刑罚的场合,对这些重大政治性犯罪的处罚难道就会减轻或仁慈一些吗?回答只能是否定的。实际情形往往是,不仅大规模的诛杀照样存在,而且有时不提夷三族的情况下反倒是杀戮的范围大大超出了三族的限度。

[2] 后来到王莽时还加上把罪人的住宅挖为坑池放入污水,即《魏律序》所说的“污瀦”的方式。死者固然已逝,可是这留下来的水坑,难免勾起人们对这一满门灭绝惨状的回忆,自会长时期起着震慑他人的作用。

是指文帝元年废除收孥诸相坐律令的重要改革,如果文帝后来恢复使用这些废除的律令,那景帝的赞誉不成了一种莫大的讽刺了吗?《史记·孝文本纪》确实记载了文帝十七年“新垣平事觉,夷三族”,到文帝去世、景帝即位时却仍说文帝的仁政包括“罪人不孥,不诛无罪”。我们只能认为,收坐法是指排除夷三族刑的那些罪及无罪者的法律,换句话说,谋反罪和夷三族刑,虽有从坐的规定,但不同于普通意义的相坐,所以这种类别的从坐在高后时没有废除,到文帝时期也一直存在,文帝时在新垣平这一案件中适用此项特定法律规定,也谈不上是恢复了“收孥相坐之律”。马氏之评析从史实和看法上均有所失。

应当确认的第三点是,如果把“三族罪妖言令”分开读,必然等于说高后元年(前187)时废除了“妖言令”即有关妖言方面的犯罪。但是汉文帝二年(前178)文帝说:“今法有诽谤妖言之罪,是使众臣不敢尽情,而上无由闻过失也。将何以来远方之贤良?其除之。”这说明,文帝时妖言罪仍然存在,如果说高后除妖言,则废除的时间有,那么恢复的时间又是何时呢?完全没有记载。所以,认为高后时废除了妖言令肯定是不对的,只有象上面那样的解读方法,把原意理解为是指废除了事涉三族罪的那一件妖言令,才能消除因历来的误读所造成的矛盾难解之处。

四、‘夷三族’法律规定的确立是历史的进步

在古代的法制中,受到今人最激烈批判的,大概就包括夷三族的刑制,这是可以理解的。因为夷族的刑罚本身所表现出来的对无辜者生命的残忍剥夺,完全背离当今的刑法原则和刑罚理论。可是,任何人都不能重写历史,所以,只着眼批判,并不能使已经过去的历史有丝毫改变。如果承认法律是一种理性的东西,那么,即使我们必须对某一法律现象作出评判,也应结合当时它赖以存在的历史背景,同时主要着眼于判断它究竟是理性的还是非理性的,并且似乎应当尽量减少一些站在当今的立场所单纯表达出来的某种义愤,因为这种义愤不仅不能改变历史,还可能对所研究的问题得出并不符合历史真实的结论。至少在夷三族刑的研究上就存在这样的情形。

奴隶制是一种残暴不人道的制度,但是对于它的出现,恩格斯在《反杜林论》中是这样评价的:“采用奴隶制是一个巨大的进步。”“甚至对奴隶来说,这也是一种进步,因为成为大批奴隶来源的战俘以前都被杀掉,现在至少能保全生命了。”我觉得似可用同样的思维方式,来评价夷三族这一刑制的有关问题。

夷三族刑,据记载,正犯在秦末汉初将被具五刑,此后也常见处以枭菹等酷刑的规定,血缘关系最近的亲属也同时被杀,使被此刑者族灭无后。^[2]从这些来看确实是一种非常残酷不人道的刑罚制度。但是,我们不要忘记,与从古至今的人类所受到的各种残酷的无节制大屠杀相比,夷三族毕竟还算是“法定”的一种刑罚。古人云:“恶法胜于无法。”夷三族即使算作一种恶法,也有其相对意义上的法制因素。必须注意,夷三族主要是针对重大的政治性犯罪而设立的,那么,在没有夷三族刑罚的地方或不使用夷三族刑罚的场合,对这些重大政治性犯罪的处罚难道就会减轻或仁慈一些吗?回答只能是否定的。实际情形往往是,不仅大规模的诛杀照样存在,而且有时不提夷三族的情况下反倒是杀戮的范围大大超出了三族的限度。

[2] 后来到王莽时还加上把罪人的住宅挖为坑池放入污水,即《魏律序》所说的“污瀦”的方式。死者固然已逝,可是这留下来的水坑,难免勾起人们对这一满门灭绝惨状的回忆,自会长期起着震慑他人的作用。