首都师范大学学报(社会科学版)
Journal of Capital Normal University
(Social Sciences Edition)
2017 年第 6 期 (总第 239 期)

竹简秦汉律中的“以爵减、免、赎”非儒家“议爵”

宋 磊

摘 要: 竹简秦汉律有大量的有爵者可以享受法律特权的法令,极大地冲击了我们以往对秦汉律的认识。许多学者认为竹简秦汉律中“以爵减、免、赎”是儒家思想影响下的产物,称之为“议爵”,并认为这表明竹简秦汉律中已经具有“八议”的雏形,甚至对法律儒家化理论提出否定与质疑。军功爵者享有的法律特权与儒家的“议爵”有着很大的不同,是法家法律特权思想的直接体现和具体实践。虽然竹简秦汉律中“以爵减、免、赎”和唐律中的“议爵”都主张有爵者享有法律特权,实行同罪异罚,但是这两种法律特权却有着很大的差别。从竹简秦汉律中“以爵减、免、赎”到唐律中的“议爵”,其中经历了一个爵的法律特权的儒家化过程。

关键词: 以爵减、免、赎;军功爵;五等爵;议爵;法律儒家化;八议

中图分类号:K877.5 **文献标识码:**A **文章编号:**1004 - 9142(2017)06 - 0053 - 08

竹简秦汉律有大量的有爵者可以享受法律特权的法令,极大地冲击了我们以往对秦汉律的认识。许多学者认为竹简秦汉律中“以爵减、免、赎”刑罚是儒家思想影响下的产物,称之为“议爵”,并认为这表明竹简秦汉律中已经具有“八议”的早期形态[①],甚至由此引出了法律儒家化问题的争论。[②]法史研究讲究以小见大,对一个小问题的定性很可能关乎对一个大问题的看法。对竹

收稿日期:2014 - 04 - 10

作者简介:宋磊,男,北京市人,首都师范大学历史学院博士研究生。(北京 100089)

① 崔永东先生称竹简秦汉律中有爵者的法律特权为“议爵”,并认为:“与‘八辟’中的某些内容存在着相通相似的地方。”参见崔永东:《儒家刑法思想对秦律影响之管见》,《中国法学》,1997 年第 5 期,第 101 - 102 页。杨振红先生认为:“‘以爵偿、免除及赎’应视为唐代以官爵除、免、当、赎法的前身。”参见杨振红:《从出土秦汉律看中国古代的“礼”“法”观念及其法律体现——中国古代法律之儒家化说商兑》,《中国史研究》,2010 年第 4 期,第 106 页。曹旅宁先生认为“可以看作‘八议’制度的早期形态”。参见曹旅宁:《张家山汉律研究》,北京:中华书局,2005 年版,第 97 页。龙大轩先生认为:汉律中的“以爵减、免、赎”是“八议”的体现。参见龙大轩:《八议成制于汉论考》,《法学研究》,2012 年第 2 期,第 183 页。

② 瞿同祖先生认为:“秦、汉之法律为法家所拟订,纯本于法家精神。”“汉律虽为法家系统,为儒家所不喜,但自汉武标榜儒术以后,法家逐渐失势,而儒家抬头,此辈于是重整旗鼓,想将儒家的精华成为国家制度,使儒家主张借政治、法律的力量永垂不朽。”从而提出了法律儒家化的命题。参见瞿同祖:《中国法律与中国社会》,北京:中华书局,2003 年版,第 357 - 358 页。杨振红先生认为:“对于同一犯罪行为,要根据犯罪方和受害方的社会地位,采取轻重不等的原则,以维护社会上层的地位和权益。这与唐律同罪异罚的原则完全相同。”“从前文出土秦汉律与唐律的比较来看,虽然后代依据《周礼》等经书明确确立了八议、十恶、五服等制度,并且大量引用儒家经文解释法律律条,但是,一方面,秦汉律至唐律的基本框架和内容并未发生根本性的变化。”进而对法律儒家化问题提出了否定性的看法。参见杨振红:《从出土秦汉律看中国古代的“礼”“法”观念及其法律体现——中国古代法律之儒家化说商兑》,《中国史研究》,2010 年第 4 期,第 86、105 页。

简秦汉律中“以爵减、免、赎”的研究超出了这些法令本身的价值，不仅关乎对“八议”制度和法律儒家化问题的判断，也为如何正确、理性地认识竹简秦汉律中其它有关家族主义和等级制度的法令提供一种视角。

一

《商君书·赏刑》载：“所谓壹刑者，刑无等级，自卿相将军以至大夫庶人，有不从王令、犯国禁乱上制者，罪死不赦。有功于前，有败于后，不为损刑。有善于前，有过于后，不为亏法。忠臣孝子有过，必以其数断。守法守职之吏有不行王法者，罪死不赦，刑及三族。”[①]《史记·太史公自序》载司马谈在《论六家要旨》中说：“法家不别亲疏，不殊贵贱，一断于法，则亲亲尊尊之恩绝矣。”[②]法家主张无论亲疏、贵贱都由法律来规范，在法律面前一律平等，是对以前的“礼不下庶人，刑不上大夫”的根本否定。这是以往我们对法家思想的认识，而法家思想主导下构建起来的秦汉律也应该直接体现法家的这种法律面前绝对平等的思想。

自1975年睡虎地秦墓竹简出土以来，秦汉简牍文书大量出土，为我们认识秦汉法制提供了宝贵的资料。其中《睡虎地秦墓竹简》和《张家山汉墓竹简》中却有许多以爵位减免刑罚的条文，特摘录如下。

内容	页数	出处
游士在，亡符，居县赀一甲；卒岁，责之。·有为故秦人出，削籍，上造以上为鬼薪，公士以下刑为城旦。·游士律	80	《睡虎地秦墓竹简·秦律杂抄》
内公孙毋（无）爵者当赎刑，得比公士赎耐不得？得比焉。	137	《睡虎地秦墓竹简·法律答问》
将上不仁邑里者而纵之，可（何）论？当毄（繫）作如其所纵，以须其得；有爵，作官府。	108	
公士以下居赎刑罪、死罪者，居于城旦舂，毋赤其衣，勿枸楪欙杕	51	《睡虎地秦墓竹简·秦律十八种·司空律》
欲归爵二级以免亲父母为隶臣妾者一人，及隶臣斩首为公士，谒归公士而免故妻隶妾一人者，许之，免以为庶人。	55	《睡虎地秦墓竹简·秦律十八种·军爵律》
上造、上造妻以上，及内公孙、外公孙、内公耳玄孙有罪，其当刑及当为城旦舂者，耐以为鬼薪白粲。	20	《张家山汉墓竹简·二年律令·具律》
公士、公士妻及口口行年七十以上，若年不盈十七岁，有罪当刑者，皆完之。	20	
吕宣王内孙、外孙、内耳孙玄孙，诸侯王子、内孙耳孙，徹侯子、内孙有罪，如上造、上造妻以上。	21	
吏民亡，盈卒岁，耐；不盈卒岁，毄（繫）城旦舂；公士、公士妻以上作官府，皆偿亡日。	30	《张家山汉墓竹简·二年律令·亡律》
诸诈（诈）伪自爵、爵免、免人者，皆黥为城旦舂。吏智（知）而行者，与同罪。	62	《张家山汉墓竹简·二年律令·爵律》
捕盗铸钱及佐者死罪一人，予爵一级。其欲以免除罪人者，许之。	36	《张家山汉墓竹简·二年律令·钱律》
罪人完城旦舂、鬼薪以上，及坐奸府（腐）者，皆收其妻、子、财、田宅。其子有妻、夫，若为户、有爵及年十七以上，若为人妻而弃、寡者，皆勿收。	32	《张家山汉墓竹简·二年律令·收律》
其毋伤也，下爵毆上爵，罚金四两。毆同死〈列〉以下，罚金二两；其有疕痏及口，罚金四两。	12	《张家山汉墓竹简·二年律令·贼律》
律：傝乏不闘，斩。篡遂縱囚，死罪囚，黥为城旦，上造以上耐为鬼薪。	104－105	《张家山汉墓竹简·奏谳书》

注：采用的版本为：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年版；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）》（释文修订本），北京：文物出版社，2006年版。

① 高亨：《商君书注译》，北京：中华书局，1974年版，第130页。

② 《史记》卷130《太史公自序》，北京：中华书局，1959年版，第3291页。

许多学者认为竹简秦汉律中有爵者享有法律特权的规定是儒家思想影响下的产物，称之为“议爵”，认为这是“八议之法”的早期形态。《周礼·秋官·小司寇》：“以八辟丽邦法，附刑罚：一曰议亲之辟，二曰议故之辟，三曰议贤之辟，四曰议能之辟，五曰议功之辟，六曰议贵之辟，七曰议勤之辟，八曰议宾之辟。”①《唐律疏议·名例》：“以此八议之人犯死罪，皆先奏请，议其所犯，故曰‘八议’。一曰议亲。二曰议故。三曰议贤。四曰议能。五曰议功。六曰议贵。七曰议勤。八曰议宾。”②可见无论是周代的八辟还是唐律的八议都没有专列“议爵”这一项。邱浚《大学衍义补》中说：“有位者不可以轻摧辱，有罪议之，则天下知上之重于贵爵，而皆知所敬。”③《唐律疏议·名例》“八议”条载：“六曰议贵。谓职事官三品以上，散官二品以上及爵一品者。”“【疏】议曰：爵，谓国公以上。”④因而把“议爵”作为八议的重要内容还是可以的。

竹简秦汉律“以爵减、免、赎”中的爵不同于“议爵”中的爵。竹简秦汉律“以爵减、免、赎”刑罚中的爵是从春秋、战国时产生和发展出来，在秦汉时期产生重要作用的一种不同于西周五等爵的新爵制，是法家思想的重要体现。学术界对这种爵制的名称却有争议。日本学者西嶋定生称之为“二十等爵制”⑤，高敏先生称之为“赐爵制”⑥，朱绍侯先生称之为“军爵制”，并认为“军爵制是它的正名，军功爵制是比较通俗而贴切的称呼”。⑦《史记·商君列传》记载商鞅变法时建立的爵制是：“有军功者，各以率受上爵。”⑧朱师辙在《商君书解诂》中说：“以爵赏战功，故曰军爵。”⑨称之为军功爵制可以从产生和获得途径上更加鲜明的区别于西周的五等爵制。朱绍侯先生认为：“军功爵制是作为五等爵制的对立面而产生的，它与五等爵制有明显的区别。”⑩既然军功爵是由法家人士构建、作为五等爵对立面而产生的，那么军功爵者的法律特权也必然是法家思想的体现，因而军功爵者享有的法律特权也绝不同于儒家的“议爵”，相同的表象背后却有着实质性的不同。

二

《韩非子·有度》载：“法不阿贵，绳不挠曲。法之所加，智者弗能辞，勇者弗敢争。刑过不避大臣，赏善不遗匹夫。”⑪以往对法家思想的认识就是法家主张法律上的绝对平等，极力排斥法律特权。秦和汉初的法律是法家主导下建立起来的，是法家思想的直接体现和具体实践，因而法家的“壹刑”思想也必然贯彻到秦汉律中。带着这种认识去看出土秦汉律，必然对其中大量的有关法律特权的法令无法解释，只能将其归为儒家思想影响下的产物。法史研究运用的是演绎与归纳逻辑，而演绎与归纳逻辑本身就具有一定的局限性。法家经典著作《商君书》和《韩非子》等书中确实有多条主张“壹刑”和“刑无等级”的论说，可是就凭这几条论说就足以得出法家排斥一切特权的结论吗？而仔细翻阅法家经典著作，就会发现其中就有大量的关于等级制度与法律特权的内容。张国华先生早已指出：“法家虽然反对‘礼治’，主张刑上大夫，但并不反对等级特权。”⑫而受法家就是绝对的刑无等级这一思维定势的影响，许多人往往忽视传世法家经典著作中有关法律特权的条文，以致对竹简秦汉律中有关法律特权的法令产生主观与错误的认识，直接认为这些法令是儒家

① 阮元校刻：《十三经注疏·周礼注疏》，北京：中华书局，1980 年版，第 873 - 874 页。
② 长孙无忌等撰：《唐律疏议》，北京：法律出版社，1999 年版，第 17 - 19 页。
③ 丘浚：《大学衍义补》卷 107《慎刑宪·议当原之辞》，北京：京华出版社，1999 年版，第 914 页。
④ 长孙无忌等撰：《唐律疏议》，北京：法律出版社，1999 年版，第 19 页。
⑤ 西嶋定生：《中国古代帝国的形成与结构——二十等爵制研究》，武尚清译，北京：中华书局，2004 年版，在书中西嶋先生一直称之为二十等爵制。
⑥ 高敏：《秦的赐爵制度试探》，载高敏：《秦汉史论集》，郑州：中州书画社，1982 年版，第 1 - 32 页。
⑦ 朱绍侯：《军功爵制考论》，北京：商务印书馆，2008 年版，前言第 ii 页。
⑧ 《史记》卷 68《商君列传》，北京：中华书局，1959 年版，第 2230 页。
⑨ 朱师辙：《商君书解诂定本》，北京：古籍出版社，1956 年版，第 71 页。
⑩ 朱绍侯：《军功爵制考论》，北京：商务印书馆，2008 年版，第 4 页。
⑪ 王先慎：《韩非子集解》，北京：中华书局，1998 年版，第 38 页。
⑫ 张国华：《中国法律思想史新编》，北京：北京大学出版社，1998 年版，第 32 页。

思想影响下的产物。

在法家经典著作中就有大量的主张有爵者享有法律特权、实行同罪异罚的内容。《史记·商君列传》记载商鞅变法时：“明尊卑爵秩等级各以差次，名田宅臣妾衣服以家次。有功者显荣，无功者虽富无所芬华。”①商鞅变法就是要通过爵秩来明确人们之间的尊卑等级，并按照这种尊卑等级享有差次的待遇。《商君书·境内》：“爵自二级以上，有刑罪则贬。爵自一级以下，有刑罪则已。”②爵位在二级以上的人，犯了罪就降低爵的等级，爵位在一级以下的人犯了罪就取消爵位。高敏先生对此有很好的解释：认为前者属于“降爵赎罪”，后者属于“以爵赎罪”。③ 高敏先生在分析《史记·商君列传》和《商君书·境内篇》时指出：“凡有爵者，在犯罪时可以享有各种特权，‘其狱法，高爵訾下爵级’；‘高爵罢，无给有爵人仆隶’等等。”④可见在商鞅变法时就已经确立了有爵者享有种种特权，其中当然包括在法律上的特权。竹简秦汉律中有爵者根据爵位等级享有法律特权不正是这种思想的具体实践吗？高敏先生认为：“（出土秦汉律中的爵制）都同商鞅时的赐爵制基本一致，表明出土秦律确系商鞅秦律的直接延续。”⑤吴树平先生也认为：“竹简本《秦律》所反映的秦律律篇导源于商鞅律。”⑥据此可知竹简秦汉律中规定有爵者享有法律特权的法令正是法家思想的直接体现和具体实践。

日本学者西嶋定生先生认为：“在二十等爵制来说，有爵者具有刑罚减免之特权，是来自如上的爵的本质机能；如果否定这个特权，我们认为，那就同时否定了爵的本质。”⑦虽然军功爵作为五等爵的对立物而出现，但是军功爵也是“爵”，就必然具有爵的本质机能——划分等级和排斥刑罚，因而有爵者必然要享受法律上的特权，实现了名分对等。也就是说法家采用了“爵”，就必然要接纳“爵”的这种本质机能。杨振红先生认为：“儒家主张礼治，法家主张法治。虽然儒法两家的政治理想与达成理想的方法不同，但都旨在建立一个贵贱、尊卑、亲疏、长幼有序的等级社会。”⑧通过上文我们可以看到儒法两家都主张有爵者享有法律特权、实行同罪异罚，这是二者的相同之处。求同固然必不可缺，但是辨异更为重要。军功爵是法家思想主导下建立起来的，是新兴势力顺应时代潮流实现富国强兵和打击旧贵族的重要手段，就必然在划分等级和排斥刑罚上具有自己的独特性和进步性，从而体现了军功爵制的法家属性。这种独特性和进步性主要表现在三个方面：

（1）从爵位的获得途径来看，军功爵具有开放性和平等性，任何人都可以凭借自己的努力获取爵位，从而实现了人们在法律特权面前的机会平等。《战国策·秦策三》：“劳大者其禄厚，功多者其爵尊。”⑨《商君书·境内》：“能得甲首一者，赏爵一级，益田一顷，益宅九亩，除庶子一人，乃得入兵官之吏。”⑩《韩非子·定法》：“商君之法曰：斩一首者爵一级，欲为官者为五十石之官。斩二首者爵二级，欲为官者为百石之官。官爵之迁与斩首之功相称也。”⑪五等爵是一种世卿世禄的贵族爵，把广大平民阶层排斥在爵位之外。《周礼·天官·大宰》载：“爵以驭其贵。”⑫其中的爵当然是指五等爵，晁福林先生据此认为：“就是最下等的爵位，对于普通民众而言，依然是高贵的。西周时

① 《史记》卷68《商君列传》，北京：中华书局，1959年版，第2230页。
② 高亨：《商君书注译》，北京：中华书局，1974年，第152页。
③ 高敏：《云梦秦简初探（增订本）》，郑州：河南人民出版社，1981年版，第163页。
④ 高敏：《云梦秦简初探（增订本）》，郑州：河南人民出版社，1981年版，第161页。
⑤ 高敏：《云梦秦简初探（增订本）》，郑州：河南人民出版社，1981年版，第49页。
⑥ 吴树平：《秦汉文献研究》，济南：齐鲁书社，1988年版，第58页。
⑦ 西嶋定生：《中国古代帝国的形成与结构——二十等爵制研究》，武尚清译，北京：中华书局，2004年版，第329页。
⑧ 杨振红：《从出土秦汉律看中国古代的“礼”“法”观念及其法律体现——中国古代法律之儒家化说商兑》，《中国史研究》，2010年第4期。
⑨ 刘向：《战国策》，上海：上海古籍出版社，1985年版，第181页。
⑩ 高亨：《商君书注译》，北京：中华书局，1974年版，第152页。
⑪ 王先慎：《韩非子集解》，北京：中华书局1998年版，第399页。
⑫ 阮元校刻：《十三经注疏·周礼注疏》，北京：中华书局，1980年版，第646页。

期，爵只行用于贵族阶层，距离其下降到普通民众还有相当长的路程。所以在开始的时候，爵就是尊号，就是各级贵族所特有的尊号。”[①]而军功爵是按照军功，即获得甲首的数量来授予爵位，人们在爵位面前是平等的，只要善战，任何人都可以获取爵位。“军功爵制的级别多，受爵人的范围广。按新爵制的规定，在军事、政治等方面凡是建立功勋的人都可以受爵，从抽象的意义讲，所有的人都有得到爵的机会。”[②]既然任何人都有机会得到爵位，那么任何人都有机会享受由爵位带来的法律特权，这就在一定意义上实现了法律上的平等，这怎么会是一种贵族爵呢？

（2）从爵的普及度而言，军功爵直接达到最基层的社会秩序——里中，使人数众多的普通民众成为可以享受法律特权的有爵者。西嶋定生先生认为：“秦汉的民爵制度，是欲首先在里内实现其机能。”[③]秦汉民爵制度的机能就是要在社会的最基层——里中确立一种身分秩序，从而把国家的权力深入到最基层，实现对基层百姓的控制。而普通百姓也可以通过获取爵位确立自己的身分地位和享有由此带来的种种特权。

出土文献弥足珍贵，可以帮助我们较为真实地认识当时中下层民众的生产生活状况和思想观念。1975 年湖北云梦睡虎地出土一批秦代竹简。在这批出土的秦简中，《日书》竹简计有 423 支，约 18000 余字。“《日书》是流行于战国秦汉时期社会中下层的一种日常生活生产手册……它完整的保存了秦代《日书》的原始面目，为我们通过《日书》考察当时社会经济文化思想以及政治军事状况，提供了珍贵的第一手材料。”[④]因而《日书》被称为秦国社会的一面镜子。[⑤] 在《睡虎地秦墓竹简·日书》中有几条关于爵位的简文，摘录如下：

> 亢，祠、为门行，吉。可入货。生子，必有爵。
>
> 角，利祠及【行】，吉。不可盖室。取妻，妻妬。生子，子为吏。亢，祠、为门行，吉。可入货。生子，必有爵。[⑥]

这两条是说中下层民众在生子时，盼望孩子将来会获得爵位，说明军功爵确实在中下层社会产生了深刻的影响。

> 云门，其主必富三嗪（世），八岁更，利毋（无）爵者。[⑦]

这则简文反映出中下层民众都可以用有爵和无爵来区分，那么其中有爵位的人一定不少。日书是战国秦汉时期中下层民众的占卜算命类文书，因而从以上几则条文可以看出中下层民众和爵位的关系较为密切，中下层民众中应当有不少人有爵位。

1975 年在湖北云梦睡虎地秦墓 M4 号墓中出土了两枚木牍，是在前线征战的黑夫和惊向家中索要衣物钱币的家书，这是我国现存最早的家信。这两枚简牍较长，故只摘录其中的关键部分以作分析。

《11 号木牍》：

> 二月辛巳，黑夫、惊敢再拜问中，母毋恙也？黑夫、惊毋恙也。前日黑夫与惊别，今复会矣。黑夫寄益就书曰：遗黑夫钱，母操夏衣来。今书节（即）到，母视安陆丝布贱，可以为禪裙襦者，母必为之，令与钱偕来。其丝布贵，徒〔以〕钱来，黑夫自以布此。黑夫等直佐淮阳，攻反城久，伤未可智（知）也。愿母遗黑夫用勿少。书到皆为报，报必言相家爵来未来，告黑夫其未来状。闻王得苟得毋恙也？辟相家爵不也？书衣之南军毋……

① 晁福林：《先秦社会形态研究》，北京：北京师范大学出版社，2003 年版，第 243 页。
② 朱绍侯：《军功爵制考论》，北京：商务印书馆，2008 年版，第 5 页。
③ 西嶋定生：《中国古代帝国的形成与结构——二十等爵制研究》，武尚清译，北京：中华书局，2004 年版，第 440 页。
④ 吴小强：《秦简日书集释》，长沙：岳麓书社，2000 年版，第 14 页。
⑤ 《日书》研读班：《日书：秦国社会的一面镜子》，《文博》，1986 年第 5 期。
⑥ 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 年版，第 191、238 页。
⑦ 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 年版，第 199 页。

不也？

《6号木牍》：

> 惊敢大心问衷，母得毋恙也？家室外内同……以衷，母力毋恙也？与从军，与黑夫居，皆毋恙也。……钱衣，愿母幸遣钱五、六百，徒布谨善者毋下二丈五尺。……用垣柏钱矣，室弗遗，即死矣。急急急。……新地入盗，衷唯毋方行新地。急急急。①

在这两封家书中，黑夫和惊提到“报必言相家爵来未来”，并询问“辞相家爵不也”，可见他们获取了爵位。黑夫和惊十分急切地催促自己的母亲尽快把钱和衣物寄去，自己已经靠借钱来维持生活，如果不迅速寄钱自己的性命都难保，看来黑夫和惊都来自普通的家庭，甚至有可能是较为贫困的家庭，可是却获得了爵位。

《里耶发掘报告》中收录了28枚户籍简。②张荣强先生对这28枚户籍简进行了专门的研究，认为其中的“南阳”为里名，户籍简的性质为乡户版。③陈絜先生进一步指出，这批户籍简蕴含的史料价值与学术意义更在于他所体现的战国末期楚秦两国尤其是楚国基层社会问题。④这28枚户籍简上记载的所有男性，不论是否傅籍都有爵位，“里耶‘户籍简’中另一个有意思的现象，便是所有男性，不管傅籍与否，均有爵位：其中成年男子授‘不更’之爵，共计20位，个别则授‘大夫’之爵；而所有未成年男子也统统被授予“上造”之爵”⑤。只是在户人的爵位前加了一个“荆”字，意即表明这些爵位是楚爵或是楚国赐予的，而秦国占领楚地后却把这些楚人拥有的楚爵记录在秦的乡户版上，这表明秦国承认楚人所拥有的故爵。通过这些户籍简可以看出，在战国末期的基层社会中广泛地拥有爵位是一种较为普遍的事情。“编户民拥有爵位，即爵位非贵族化，是秦汉二十等爵制的最大特点。”⑥此言不虚。李开元先生认为：“根据高祖五年诏，刘邦的六十万军吏卒都被授予第五等爵之大夫的爵位，如果按照通行的五口之家来计算，由此形成的军功受益阶层有三百万人，占了总人口的20%。”⑦《汉书·高帝纪下》记载高祖五年诏中说：“民前或相聚保山泽，不书名数，今天下已定，令各归其县，复故爵田宅。”⑧占总人口20%军功受益阶层再加上复故爵的民众，整个社会可以享受军功爵带来的法律特权的人数应该是庞大的，而其中绝大多数都是中下层民众。这就说明军功爵不是贵族们的专有物，而是深入到了社会的最基层。“如果封邑授予与复除都是跟民爵所有者无关之事，那么在迄今为止所知道的在汉代的民爵所有者的特权，则只有刑罚减免一项。”⑨可见以爵赎罪是有爵的普通民众可以实际享有的法律特权。《唐律疏议·名例》“八议”条载：“六曰议贵。谓职事官三品以上，散官二品以上及爵一品者。”“【疏】议曰：爵，谓国公以上。”⑩据此钱大群先生认为：“议贵（本处主要指其中的议爵）的范围实为封建贵族和大官僚。”⑪由此可见军功爵所有者享有的在法律上的特权是按照法家的理想设计起来的，完全不同于儒家思想构建起来的议爵制度。

（3）有爵者的法律特权由成文法明文规定，并受到严格限制。《礼记·曲礼上》：“礼不下庶人，刑不上大夫。”⑫对其中的“礼不下庶人”一句，张晋藩先生给予了如下的解释：“不同身份等级

① 《云梦睡虎地秦墓》编写组：《云梦睡虎地秦墓》，北京：文物出版社，1981年版，第25－26页。
② 湖南省文物考古研究所：《里耶发掘报告》，长沙：岳麓书社，2007年版，第203－208页。
③ 张荣强：《湖南里耶所出“秦代迁陵县南阳里户版”研究》，《北京师范大学学报》，2008年第4期。
④ 陈絜：《里耶“户籍简”与战国末期的基层社会》，《历史研究》，2009年第5期。
⑤ 陈絜：《里耶“户籍简”与战国末期的基层社会》，《历史研究》，2009年第5期。
⑥ 刘敏：《秦汉时期的“赐民爵”及“小爵”》，《史学月刊》，2009年第11期。
⑦ 李开元：《汉帝国的建立与刘邦集团——军功受益阶层研究》，北京：生活·读书·新知三联书店，2000年版，第53－54页。
⑧ 《汉书》卷1《高帝纪》，北京：中华书局，1962年版，第54页。
⑨ 西嶋定生：《中国古代帝国的形成与结构——二十等爵制研究》，武尚清译，北京：中华书局，2004年版，第321页。
⑩ 长孙无忌等撰：《唐律疏议》，北京：法律出版社，1999年版，第19页。
⑪ 钱大群：《唐律研究》，北京：法律出版社，2000年版，第86页。
⑫ 阮元校刻：《十三经注疏·礼记正义》，北京：中华书局，1980年版，第1249页。

的人也就适用不同的礼。尤其是各级贵族所享有的那些特权性规范的礼，自然不适用于普通平民或庶人。”[①]西周贵族的诸多法律特权都是通过“议事以制”由模糊的礼来确定。对于“议事以制，不为刑辟”，孔颖达疏解道：“圣王虽制刑法，举其大纲，但共犯一法，情有深浅，或轻而难原，或重而可恕，临其时事，议其重轻，虽依准旧条，而断有出入，不豫设定法，告示下民，令不测其浅深，常畏威而惧罪也。”[②]这种司法的特点是不预先规定如何定罪量刑，而通过临时议其轻重来决定，司法过程极具隐秘性。如《周礼·秋官·小司寇》载西周的“以八辟丽邦法，附刑罚”[③]的八辟之法，对八种特权人物的违法行为不按普通的法律规定定罪量刑，而是根据他们的身份、地位等临时决议，一般都可宽宥或赦免。法家主张刑无等级、一断于法，对于这一主张徐世虹先生给予了很恰当的解释：“从现存的法律资料分析，商鞅所主张的法律平等性原则，仅仅是在使用法律上任何人不得例外，而所适用的法律条文却有其明显的不平等性。”[④]也就是说如何获取爵位，有爵者享有哪些法律特权，有爵者犯罪如何定罪量刑都由法律明文规定，对所有的人都是开放的。

并且有爵者的法律特权受到诸多的限制。张家山汉墓竹简《二年律令·贼律》：“贼杀伤父母，牧杀父母，殴詈父母，父母告子不孝，其妻子为收者，皆锢，令毋得以爵偿、免除及赎。”张家山汉墓竹简《二年律令·具律》：“□杀伤其夫，不得以夫爵论。”[⑤]如果说这两条法律是出于维护尊卑长幼秩序需要的话，《张家山汉墓竹简·奏谳书》中的“安陆丞忠劾狱史平案”和“醴阳令恢盗县官米案”中限制、甚至是剥夺有爵者法律特权的条文就能体现出鲜明的法家色彩。

安陆丞忠劾狱史平案：

> ·八年十月己未，安陆丞忠刻（劾）狱史平舍匿无名数大男子种一月，平曰：“诚智（知）种无【名】数，舍匿之，罪，它如刻（劾）。”种言如平。问：平爵五大夫，居安陆和众里，属安陆相，它如辞。鞫：平智（知）种无名数，舍匿之，审。当：平当耐为隶臣，锢，毋得以爵，当偿免。·令曰：诸无名数者，皆令自占书名数，令到县道官，盈卅日，不自占书名数，皆耐为隶臣妾，锢，勿令以爵、偿免，舍匿者与同罪，以此当平。南郡守强、守丞吉、卒史建舍治。八年四月甲辰朔乙巳，南郡守强敢言之，上奏七牒，谒以闻，种县论，敢言之。[⑥]

安陆狱史平爵位为五大夫，在家中藏匿没有占名数的成年男子种一个月，被耐为隶臣妾并被禁锢，不能用自己的爵位进行偿免。李学勤先生认为：“可以想象，当时没有在汉的簿籍上登记的人是很多的，在故楚地尤其如此。不登记，就不负担政府给予的义务，所以汉朝的法令对这种行为的惩处相当严厉。”[⑦]《商君书·境内篇》载：“四境之内，丈夫女子皆有名于上，生者著，死者削。”[⑧]商鞅十分强调增加国家控制人口的重要性，《商君书·徕民篇》不断地提到国家要通过占籍和免除赋役等方式增加国家控制的人口，因为民数是社会生产和国家赋役的承担者，也是国家的兵源，并认为对民数的控制直接关乎国家的强弱。可见如此严厉地打击隐匿人口的行为是法家思想影响下的产物。

醴阳令恢盗县官米案：

> ·七年八月己未江陵忠言：醴阳令恢盗县官米二百六十三石八斗。恢秩六百石，爵左庶长□□□□从史石盗醴阳□乡县官米二百六十三石八斗，令舍人士五（伍）舆、義与石卖，得金六斤三两、钱万五千五十，罪，它如书。舆、義言皆如恢。问：恢盗臧（赃）过六百六十

① 张晋藩：《中国法制史》，北京：中国政法大学出版社，2007年版，第22页。
② 阮元校刻：《十三经注疏·春秋左传正义》，北京：中华书局，1980年版，第2043页。
③ 阮元校刻：《十三经注疏·周礼注疏》，北京：中华书局，1980年版，第873页。
④ 张晋藩总主编、徐世虹卷主编：《中国法制通史·战国秦汉卷》，北京：法律出版社，1999年版，第147页。
⑤ 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，2006年版，第14、20页。
⑥ 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，2006年版，第97页。
⑦ 李学勤：《〈奏谳书〉解说（上）》，《文物》，1993年第8期。
⑧ 高亨：《商君书注译》，北京：中华书局，1974年版，第146页。

钱，石亡不讯，它如辞（辞）。鞫：恢，吏，盗过六百六十钱，审。当：恢当黥为城旦，毋得以爵减、免、赎。律：盗臧（赃）直（值）过六百六十钱，黥为城旦；令：吏盗，当刑者刑，毋得以爵减、免、赎，以此当恢。恢居酃邑建成里，属南郡守。南郡守强、守丞吉、卒史建舍治。①

醴阳令恢爵位为左庶长，指使从史石和舍人興、義盗卖官米，从而被处以黥为城旦的刑罚，并且不能以爵减、免、赎。张家山汉墓竹简《二年律令·盗律》：“受赇以枉法，及行赇者，皆坐其臧为盗。罪重于盗者，以重者论之。”②严厉打击官吏的职务犯罪是秦汉律的基本精神。《商君书·赏刑》：“守法守职之吏有不行王法者，罪死不赦，刑及三族。”③《晋书·刑法志》：“（李悝）撰次诸国法，著《法经》。以为王者之政，莫急于盗贼，故其律始于《盗》、《贼》。”④而盗又包括官盗和民盗，可见法家主张严厉打击官员的贪污违法行为。

通过《奏谳书》中的两个案例可以看出：虽然“刑无等级、一断于法”只是指在使用法律上任何人不得例外，而有爵者却享有种种法律特权。但是当有爵者隐匿人口，侵犯国家财产时却得不到任何的宽宥。正如上文中所说的那样，爵的本质机能就是划分等级和排斥刑罚。法家人士用爵作为行赏罚从而实现富国强兵的重要手段时，也就接受了这种本质的机能，然而当这种本质机能同国家利益发生冲突的时候，法家会毫不犹豫地排斥这种机能，从而实现国家利益的最大化。可见这种限制有爵者特权从而严格保护国家利益的法律是法家思想的集中体现。

三

军功爵制是在法家人士的主导下，按照法家的理想建立起来的。从爵位的获得途径来看，军功爵制具有开放性和平等性，而且级别多、受爵范围广，只要努力耕战任何人都有机会获取爵位。从爵的普及度而言，军功爵直接达到最基层的社会秩序——里中，使人数众多的民众成为有爵者，从而使享有爵带来的法律特权的主体由贵族变为普通民众。因而有军功爵者享有的法律特权与儒家的“议爵”有着很大的不同，是法家法律特权思想的直接体现和具体实践。虽然竹简秦汉律中“以爵减、免、赎”和唐律中的“议爵”都主张有爵者享有法律特权，实行同罪异罚，但是这两种法律特权却有着很大的差别。从竹简秦汉律中“以爵减、免、赎”到唐律中的“议爵”，其中经历了一个爵的法律特权的儒家化过程。以往都认为法律儒家化过程就是由法家的绝对的刑无等级变为儒家的法律特权，而实际上法家也主张法律特权和同罪异罚，只是法家法律特权的适用、功能和作用与儒家有着相当大的不同。故此可以把法律儒家化的过程重新解释为由法家的法律特权变为儒家的法律特权的过程。汉代中期以后随着大规模兼并战争的结束，由军功获得爵位的途径慢慢减少，而随着大规模的赐爵和鬻爵，低级军功爵日益轻滥化，拥有低级爵的普通民众实际享有的权益也日趋减少，以至成为有名无实的空头支票，王粲在《爵论》中说：“今爵事废矣，民不知爵者何也，夺之民亦不惧，赐之民亦不喜，是空设文书而无用也。”⑤这正是当时情况的真实写照。而爵位的特权化和贵族化日趋严重，“以爵减、免、赎”这一法律特权也逐渐沦为少数官僚贵族的专有物。西晋的始建五等爵使爵位和贵族身份紧密的联结在了一起，以后的“议爵”和“爵当”都成为维护贵族法律特权、体现儒家“尊尊”思想的重要制度，爵的法律儒家化过程最终完成。

（责任编辑：仲平）

① 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，2006年版，第98页。
② 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，2006年版，第16页。
③ 高亨：《商君书注译》，北京：中华书局，1974年版，第130页。
④ 《晋书》卷30《刑法志》，北京：中华书局，1974年版，第922页。
⑤ 欧阳询撰，汪绍楹校：《艺文类聚》，上海：上海古籍出版社，1982年版，第916页。