

《二年律令》中的「與……同法」 試探

周敏華
國立中山大學
中國文學研究所

提 要

《二年律令》中標示「與盜同法」者共有八則，另外在簡26也有「與賊同法」。前人在解讀這些簡文時，多半直接譯為「依盜法論處」。然仔細檢視這九則簡文，發現除四則可釋為「依盜法論罪」，其餘五則，不僅無偷盜情形，且所造成的傷害程度，也已高於偷盜，甚而危及人身或整體經濟及國家的安全。此外，此五則律法也絕非孤立，它們或有相關的法律條文彼此相連，或散見於其他律法之中。總之，只要相互比對，絕對可讓我們為「與……同法」，找出合理的詮釋。「與……同法」或許是秦、漢之初，本有一套法律底本，但律令還是繼續在增補、修訂。為能因應實際需要，又要能解決隨時可能出現的違法現象，政府極可能在現有的法令條文中，設立了一些過渡時期方便運作的法律術語。使執法者可以就既有的律令，上下比罪，以找尋合理的判決。

關鍵詞：與盜同法、與賊同法、二年律令、上下比罪、連坐

壹、前言

《二年律令》¹中標示著「與盜同法」的簡文有八則，另外在簡26則可見「與賊同法」的法律術語。前人在解讀此類術語時，多直接譯為「依盜法論處」。然而，所謂「依盜法論處」，主體強調的是盜賊之罪，而律文所列的九則簡文，卻只見部分律文與盜賊有關，而有些律文甚至出現可能危及他人生命或財產安全的內容，所造成的傷害程度，絕非單純的盜罪所能比擬。因此，若一味地皆看成盜罪，則恐出現罪與罰的誤差。漢人在制定法令條文時，除要彰顯法律精神和執法的公平、公正，必也會考量到執行者的認知和判定。從秦、漢的律令中，時時可見管束執法人員審案確實的法令，官員一旦審理不實，多要連坐或反其罪。此外，政府甚更用心良苦的編製教本，如《法律答問》、《封診式》和《奏讞書》等，來教導官吏。種種跡象，皆顯示秦、漢時期的法律思想，已非常成熟。不僅訂法者有一套完善的制法根據和理念，執法者也不易誤解律令，而造成誤判。再加上秦、漢時期還有完善的奏讞、覆驗等審訊制度，的確會使執法效率，達到更高。然，儘管其律法制訂再成熟，一旦有了籠統的術語，絕對會造成執法者及民衆的困擾。相信以呂后的睿智，加上《二年律令》諸律的嚴謹度，應不致出現造成含糊籠統，甚至罪罰不公的律令。因此，這九則簡文，一定有判處盜罪的，但也一定有和盜、賊罪無關的。這些和盜、賊罪無關的律令，究竟在表達什麼樣內容？又，為何會出現這樣的法律條文？今僅參酌秦律、漢律、唐律及衆家之說，以為此殊象找出其創制背景，和解讀之道。

貳、「與……同法」內容釋疑

在《二年律令》裡，出現「與……同法」（「與盜同法」、「與賊同法」）共九則。條列如下：

- （一）諸食脯肉，脯肉毒殺、傷、病人者，亟盡孰（熟）燔其餘，其縣官脯肉也，亦燔之。當燔弗燔，及吏主者，皆坐脯肉臧（藏），與盜同法〔簡20〕。（頁136）
- （二）謀賊殺、傷人，與賊同法〔簡26〕。（頁138）
- （三）賊殺傷人畜產，與盜同法。畜產為人牧而殺傷〔簡49〕。（頁141）

1 本文所引《二年律令》，皆依據張家山247號漢墓竹簡整理小組，《張家山漢墓竹簡》。

- (四) 謀遣人盜，若教人可（何）盜所，人即以其言□□□□□□及智（知）人盜與分，皆與盜同法〔簡57〕。（頁142）
- (五) 盜出財物於邊關徼，及吏部主智（知）而出者，皆與盜同法；弗智（知），罰金四兩，使者所以出，必有符致，無符致〔簡74〕，吏智（知）而出之，亦與盜同法〔簡75〕。（頁144）
- (六) □□□財（？）物（？）私自假貳（貸），假貳（貸）人罰金二兩。其金錢、布帛、粟米、馬牛毆，與盜同法〔簡77〕。（頁145）
- (七) 奴有罪，毋收其妻子為奴婢者。有告劾未還死，收之。匿之，與盜同法〔簡180〕。（頁157）
- (八) 諸馬牛到所，皆毋敢穿穿，穿穿及及置它機能害人、馬牛者，雖未有殺傷也，耐為隸臣妾。殺傷馬牛，與盜同法〔簡251〕。（頁167）
- (九) 市販匿不自占租，坐所匿租臧（贓）為盜，沒入其所販賣及賈錢縣官，奪之列。列長、伍人弗告，罰金各一斤。嗇夫、〔簡260〕吏主者弗得，罰金各二兩。諸詐（詐）給人以有取，及有販賣買買而（詐）給人，皆坐臧（贓）與盜同法，罪耐以下〔簡261〕有（又）遷（遷）之。有能捕若詗吏，吏捕得一人，為除戍二歲；欲除它人者，許之〔簡262〕。（頁169）

以上九則簡文所出現的「與……同法」，其釋義約略可分成兩種：一、與盜法無關。分別為第（一）、第（二）、第（三）、第（五）、第（八）等五則簡文。二、以盜法論罪。有第（四）、第（六）、第（七）、第（九）等四則簡文，今分述如下。

一、與盜法無關

第（一）則簡文，是規定要將有毒肉品燒毀的法令。無論是民間或官方，只要發現有毒肉品，都要「及時銷毀剩餘毒肉；違者按贓物價值以盜罪論處，並追究主管官員的連帶責任。」²在《唐律》中也有和其相近的律令：

脯肉有毒，曾經病人，有餘者速焚之，違者杖九十。若故與人食并出賣，令人病者，徒一年。以故致死者，絞。即人自食致死者，從過失殺人法。盜而食者不坐。

2 馬志冰，〈張家山漢簡《賊律》研究——兼與睡虎地秦簡及唐律比較〉，頁647。

議疏曰：脯肉有毒，謂曾經人食為脯肉所病者，有餘速焚之，恐人更食，須絕根本，違者杖九十。其知前人食已得病，故將更與人食，或將出賣，以故令人病者，合徒一年。因而致死者，絞。即人自食致死者，謂有餘不速焚之，雖不與人，其人自食因即致死者，從過失殺人法，徵銅入死家。注云：「盜而食者不坐。」謂人竊盜而食之，以致死傷者，脯肉主，不坐，仍科不速焚之罪。其有害心，故與尊長食，欲令死者，亦準謀殺條論，施於卑賤至死，依故殺法。³

唐律的規定比今本漢律完整，漢律主要是針對「當燔弗燔」的情形來論罪，不論是民間或官吏，凡發現會傷害人的毒肉，沒有立即燔毀的，「皆坐脯肉臧（藏），與盜同法」，唐律則處以杖打九十。此外，唐律還規定了其他關於毒肉致人生病、死亡，甚至販賣毒肉的相關罪責。在這些罪責中，除他人「自食致死」，要給家屬金錢上的道義賠償，其餘則施與杖打、徒刑或絞刑。雖說唐律不能完全地做為判定漢律的根據，但其判刑的標準，或許約略也可做為認知漢律的參考。若唐律在處理不燔有毒肉品時，不以盜法看待，則漢律中的「與盜同法」，便未必要以「依盜法論處」來詮釋。

其二，《賊律》簡18-19，也有兩則關於毒物管理的相關法令，這兩則簡文不僅與第（一）則簡文相連，且尚有一共通處，即皆有個「臧（藏）」字：

有挾毒矢若謹（董）毒，及和為謹（董）毒者，皆棄市。或命謂鰥毒，詔所令縣官為挾之，不用此律〔簡18〕。（頁136）

軍（？）吏緣邊縣道，得和為毒，毒矢謹臧（藏）。節追外蠻夷盜，以假之，事已輒收臧（藏）。匿及弗歸，盈五日，以律論〔簡19〕。（頁136）

馬志冰：「私自製作或持有毒物、毒箭者棄市。」又「緣邊縣道等有關官府可按規定製作或收藏毒物、毒箭，但需集中管理和依法使用，私自隱匿五日以上，也以私藏毒物罪論處」。⁴陳偉先生：「律文要求『毒矢謹藏』，必要時動用後須立即歸還收藏。」⁵這兩條簡文，前一則講私自持有有毒物品，要遭棄市；⁶後一則是說若因公務而持有有毒物品，公務完後，要按時繳回，若私藏超過五日，就要以私藏毒物論罪。這裡的關鍵字「臧（藏）」，據馬、陳二位先生所釋，當釋作私

3 （唐）長孫無忌，《唐律疏議·賊盜律》，卷18，頁232。

4 馬志冰〈張家山漢簡《賊律》研究——兼與睡虎地秦簡及唐律比較〉，頁647。

5 陳偉，〈張家山漢簡雜識〉。

6 （清）沈家本：「《漢書·景紀》：『師古曰：『棄市，殺之於市也。謂之棄市者，取刑人於市，

藏、收藏。簡18與簡20的有毒物品，都是罪犯所本有，本無盜取之可能性。簡19是官方物品，但不按時繳交，恐會依時日、數量，做一定的量刑定罪。如何定罪，簡文沒有明確說明，只說「以律論」。這裡的「以律論」，恐與《亡律》簡163的「奴婢律」近似，⁷皆是一套特定屬性的律法。此或可證明，在漢代應當已有一套「私藏毒物律」及「奴婢律」，可能因《二年律令》是摘抄，⁸便沒有收取這份材料，故今日我們難以得知其實際。透過這兩則簡文，我們也可推測，第（一）則簡文中所出現的「臧（藏）」字，釋作私藏、收藏。但若所私藏的非是來自於盜取，則句中的「與盜同法」，便不能釋作「依盜罪論處」。唯有簡19所私藏的是公家物品，其中的「以律論」，包含了依盜法論罪的可能性會比較大。

其三，所謂的「盜罪」，主要是根據《盜律》簡55-56的規定：

盜臧直（值）過六百六十錢，黥為城旦舂。六百六十到二百廿錢，完為城旦舂。不盈二百廿到百一十錢，耐為隸臣妾。不〔簡55〕盈百一十錢到廿二錢，罰金四兩。不盈廿二錢到一錢，罰金一兩〔簡56〕。（頁141）

盜法中判刑最重者，是盜取六百六十錢以上的贓物，要處以黥為城旦舂。黥是在臉上刺字，是所有肉刑（劓、斬左右趾、腐刑）中最輕微的，但卻是一種恥辱刑，一旦受刑後，終身無法抹滅。至於「城旦舂」，是徒刑中最重者，⁹其刑罰內

與眾棄之也。」按：《周禮·掌戮》鄭注：『殺之刀刃，若今棄市也。』是漢之棄市乃斬首之刑。」《歷代刑法志·棄市（一）》，頁139。

- 7 《張家山漢墓竹簡·二年律令》：「奴婢為善而主欲免者，許之，奴命曰私屬，婢為庶人，皆復使及算（算），事之如奴婢。主死若有罪〔簡162〕，以私屬為庶人，刑者以為隱官。所免不善，身免者得復入奴婢之。其亡，有它罪，者得復入奴婢之。其亡，有它罪，以奴婢律論之〔簡163〕」，頁155。
- 8 張忠煒：「目前學術界基本認同《二年律令》所載諸律性質，類似於《睡虎地秦墓竹簡》所見『秦律十八種』，並不是漢律的全部，僅是對漢律有選擇的抄錄。所以如此，原因有二：一是張家山漢簡所見諸律，律篇詳略長短不一，《賊律》、《盜律》、《秩律》等篇，僅見幾條律文。相差如此懸殊，應與抄錄者的主觀選取有關。其選取原則，恐以『宜於時者』為著眼點。二是簡文所見抄手之名及簡文字體等特徵，均有助於判定簡文是不同書手抄錄而成。較典型的例證莫過於《雜律》『諸與人妻和奸』條。此條律文與懸泉簡所見漢律遺文大致相同，但懸泉簡『其夫居官』等字樣並不見於《雜律》。這恐非是《二年律令》中不存在此條，因為在秦或漢初時已有類似條文出現。如此，可能的解釋，一是抄錄者選擇性的摘錄部分律文，其後原本還應該接著更多的規定。二是律文摘抄過程中人為分章的結果，使得原本接連抄寫的律文被分開抄錄。但無論如何，視為抄本的結論是可以成立的。」《〈二年律令〉年代問題研究》，頁147-148。
- 9 劉海年：「舂與城旦同屬一類刑罰，只不過因為男女性別不同，稱呼各異罷了。……應劭的解釋與《漢舊儀》大體相似，……這可能是從此種刑徒名稱的來源上說的。秦在統一後，曾大規模修築長城，除此，地主階級的大小城邑、莊園的牆垣、建築，也需要大量勞動力，尤其是秦始皇時修築長城、馳道和驪山墓，的確需要大量使用刑徒。但從秦簡反映的情況和其他出土文物的銘文記載看，城旦從事的勞役絕非僅只是築城，舂也不只『舂作米』。至於『舂者，婦女不豫外徭』的解釋，至少對秦是不適用的。秦簡的內容說明，秦封建地主階級決不因為犯罪人是婦女，就會

容於史料中皆可見及：

《史記·秦始皇本紀》：「臣請史官非秦記，皆燒之。……令下三十日不燒，黥為城旦。」《集解》：「如淳曰：律說，論決為髡鉗，輸邊築長城，晝日伺寇虜，夜暮築長城。城旦，四歲刑。蓋漢因秦制。」

《漢宮舊儀》：「秦制，凡有罪，男髡鉗為城旦，城旦者治城也。女為舂，舂者治米也。皆作五歲，完四歲。¹⁰

由文獻的記載，知城旦舂的徒刑相當辛苦，既要築城、守城，也可能要擔付其他勞役。當然，這是盜罪中最重的刑罰，最輕者則是罰金一兩。罰金一兩究竟值多少？據《張家山漢墓竹簡·算術書·金價》：「金賈（價）兩三百一十五錢。」¹¹（〔簡46〕）。這樣的罰金看來也並不輕。但值得懷疑的是，毒肉的致命程度，非取決於肉品的大小，而是視其毒性的強弱。若有心為害，卻又想鑽研法律漏洞，未必非得要私藏一塊大毒肉才能得逞。況即便非存心致命，有毒肉脯對人體本具一定程度傷害，而其所傷害程度也可能依個人體質，及食用或多或寡將造成不等的傷害。若如此，單以肉品金額來定罪，若有心為害，要判至黥為城旦舂者，恐寥寥無幾；但肉品所造成的殘害程度，卻不會因為持有者的判刑較輕，便跟著降低其殺傷度。儘管持有者未必要有傷人之心，但一旦肉品有毒，或者毒性極強，縱使一小口，也能要人致命。漢人制定此法，如何不會考量毒性強弱，而是肉脯的金額？更何況第（一）則律文的制訂，應當是為防範肉品遭人誤食。若「依盜法論處」，就必須考量肉品大小，但這則簡文所牽涉到將造成傷害，並無強調肉品大小的問題，故「以盜為法」，恐不能釋作「依盜法論處」。總之，第（一）則簡文主要是強調，一旦發現有毒肉品就要儘速燔毀，為了就是要確保他人生命的安全。所以，持有者不肯聽命，就是危害公共安全，其嚴重程度絕不亞於偷盜，其懲處就簡18觀之，也一定比盜罪更加嚴厲。

第（二）則簡文出現「與賊同法」，但其前提是「謀賊殺、傷人」。所謂「賊殺」，馬志冰釋為「故意殺人」。¹²而在《賊律》簡21-25中，談的也多和賊殺、

對她們『仁慈』一些。只要統治者們認為需要，便毫不猶豫地驅使『犯了罪』的婦女去『操土功』，從事繁重的築城勞動。罰為『舂』這種刑徒的婦女如此，罰服其他徒刑的婦女也不例外。」〈秦律刑罰考析〉，頁104。

10 （漢）司馬遷著，瀧川龜太郎會注，《史記會注考證》，卷6，〈孝文本紀〉，頁117。（漢）衛宏，《漢宮舊儀》，卷下，頁10。

11 《張家山漢墓竹簡·算術書·金價》，頁255。

12 馬志冰，〈張家山漢簡《賊律》研究——兼與睡虎地秦簡及唐律比較〉，頁651。

傷，或殺、傷人相關：

賊殺人、鬥而殺人，棄市。其過失及戲而殺人，贖死；傷人，除〔簡21〕。（頁137）

謀賊殺、傷人，未殺，黥為城旦舂〔簡22〕。（頁137）

〔賊〕殺人，及與謀者，皆棄市。未殺，黥為城旦舂〔簡23〕。（頁137）

鬥傷人，而以傷辜二旬中死，為殺人〔簡24〕。（頁137）

賊傷人，及自賊傷以避事者，皆黥為城旦舂〔簡25〕。（頁137）

在唐律中也有與此相關的律法：

諸謀殺人者徒三年，已傷者，絞；已殺者，斬。從而加功者，絞；不加功者流三千里。造意者，雖不行仍為首。雇人殺者亦同
疏議曰：謀殺人者，謂二人以上，若事已彰露，欲殺不虛，雖獨一人，亦同二人謀法，徒三年。已傷者，絞；已殺者，斬。從而加功者，絞。謂同謀共殺，殺時加功，雖不下手殺人，當時共相擁迫，由其遮遇，逃竄無所，既相因藉，始得殺之，如此經營，怕是加功之類。不限多少，並合絞刑同謀。從而不加功者，流三千里。造意者，元謀屠殺，其計已成，身雖不行仍為首罪合斬，餘加功者，絞。注云，雇人殺者亦同，謂造意為首，受雇力助者為從。¹³

朱紅林案：「『謀賊殺』即為『謀殺』，唐此罪名當源於漢律」。¹⁴ 沈家本：「凡言賊者，有心之謂，此疑即後來律文之故殺也。」¹⁵ 李均明：「『賊殺人』屬直接故意，即明知自己的行為會發生危害他人的結果，卻希望這種結果發生。」¹⁶ 因此簡26「謀賊殺、傷人」，可釋為參與謀劃，並蓄意地將人殺死或殺傷。這條律文牽涉到兩個問題：第一，這是共謀的行為。第二動機不良，有意為之。簡21：「其過失及戲而殺人，贖死；傷人，除。」「贖死」，據《具律》簡119知其贖金為「金二斤八兩」。即使是無心之過，但已致人於死，懲處還是很重，要科罰相當重的贖金。至於有意為之，其刑責當然更嚴厲。第（二）則簡文其實與簡22、23幾乎雷同，顯然這裡的「與賊同法」中的「賊」，也不能比照「與盜同法」的形式，而釋成「以賊法論罪」。日人富谷至先生就持如此觀點：

13 （唐）長孫無忌，《唐律疏議·賊盜律》，卷19，頁226。

14 朱紅林，《張家山漢簡《二年律令》集釋·賊律》，頁34。

15 （清）沈家本，《歷代刑法考·漢律摭遺·賊律三》，頁1463。

16 李均明，《張家山漢簡所反映的適用刑罰原則》，頁119。

「有計畫的及殺人，弄傷別人的情況，與賊同法」（26簡）。這「賊」不表示賊律的具體性律名。奏讞書的「與父母同法」的表現裡「父母」不是「父母律」或是「關於父母的法規定」，真實地表示這件事。這「賊」，一定要作為「用被『賊』的範疇內含的法理裁決」理解。¹⁷

由此我們更可論定，第（二）則簡文中的「與賊同法」，是說明懲處依據的範疇，而不是罪名或據某一律。範疇就表示要看罪犯所形成的犯罪程度，若殺人致死，無論是參與謀畫、或殺人，都要判處棄市。未致人於死，參與謀畫和殺人者，都要處以黥為城旦。

第（三）則簡文是關於蓄意殺傷他人牲畜的律法，曾加釋其為：「故意殺死或殺傷他人的牲畜，適用與盜竊罪相同的處罰方式。」馬志冰：「私自宰殺或傷害官私畜產，侵害對象是有生命的家畜，而非一般意義的物品，因而也屬於殺害或傷害性質的贓罪。但因其犯罪客體是官私財產所有權，與盜罪性質相同。」¹⁸二人都強調，殺傷他人牲畜可以比照贓物計價，而論處罪刑，也就是依據簡55-56的律文而定罪。

在〈金布律〉中也有關於公有畜產賠償的律文：

亡、殺、傷縣官畜產，不可復以為畜產，及牧之而疾死，其肉、革腐敗毋用，皆令以平賈（價）償。入死、傷縣官，賈（價）以減償〔簡433〕。（頁191）

亡、毀、傷縣官財物，令以平賈（價）償。入毀、傷縣官，賈（價）以減償〔簡434〕。（頁191）

徐世虹對此兩則簡文做了如下詮釋：

律文規定，當損害了官有畜產及其器具財物並無法返還原物、恢復原狀時，侵害人必須賠償其損失。不過這種賠償分兩種情況：一是不僅牲畜死亡，而且其肉革亦腐敗而不可用，則按平價賠償全部損失。此與秦律規定相同。秦《廐苑律》一六簡：「將牧公馬牛，馬（牛）死者，亟謁死所縣，縣亟診而入之，其入之其弗亟而令敗者，令以其未敗直（值）賞（償）之。」二是如果將死亡、受傷的畜產以及毀傷的器具財物交還

17 富谷至，《江陵張家山漢墓出土「二年律令」譯注稿その（一）・與〇同法》，頁226。

18 曾加，《〈二年律令〉中的《賊律》及其法律思想初探》，頁34。馬志冰，〈張家山漢簡《賊律》研究——兼與睡虎地秦簡及唐律比較〉，頁658。

官府，官府畢竟還是獲得了一定的利益（如肉可出售，革可制器等），故減價賠償。¹⁹

據〈金布律〉的兩則律文，知造成公家畜產傷亡者，皆按平價賠償。不過，簡49說的是「賊殺傷」，是蓄意所為，目的在造成他人財物的減損，當視其損害財物之輕重，而處以罰金。

秦、漢律中皆有致人牲畜傷亡的律法，如《睡虎地秦墓竹簡·法律答問》：「小畜生入人室，室人以投（殳）梃伐殺之，所殺直（值）二百五十錢，可（何）論？當貲二甲。」（〔簡92〕，頁115）。《二年律令》簡50：「犬殺傷人畜產，犬主賞（償）之。」簡6-8「船夫渡人而流殺人，耐之，船嗇夫、吏主者贖耐。其殺馬牛及傷人，船人贖耐，船嗇夫、吏贖𠙴（遷）。其敗亡粟米它物，出其半，以半負船人。舳舻負二，徒負一，其可紐繫（繫）而亡之，盡負之，舳舻亦負二，徒負一；罰船嗇夫、吏金各四兩」。

上述三則律文，第一則的懲處最重，係因犯案動機確屬有意為之。至於漢律中的兩條，皆為不可預料的情況，主人並無蓄意的放狗傷人牲畜；擺渡者也在無法預警下，而使客人寄送的牲畜淹死或受傷。法律對無心之過，皆判以較輕的刑責。可見，除視犯罪結果，犯罪動機更是定罪的重要依據。

除判處罰金、照價賠償，另外在《龍崗秦簡》中還有「誅」。²⁰就是在照價賠償之外，還會對肇事者給予一番訓示。

至於如何賠償，在其他簡文中也可看到零星記載。如《敦煌懸泉漢簡》：「傳馬死二匹，負一匹，直（值）萬五千。」（I0205□：8）東漢時期，一匹公家驛站的傳馬，要賠償一萬五千錢。²¹《敦煌漢簡》2011簡：「言律曰：畜產相殘殺，參分償。和令少仲出錢三千及死馬骨肉付循，請平。」²²徐世虹：「畜產相鬥而死，按畜產價值的三分之一賠償，因此判決少仲出錢三千賠償給循，死馬骨肉也一併交付。最後的『請平』下文缺文，有可能是要求平價估值。」²³這是畜

19 徐世虹，《張家山二年律令簡中的損害賠償之規定》，頁137。

20 中國文物研究所、湖北省文物考古研究所編《龍崗秦簡》：「馬、牛殺之及亡之，當償而誅□□□□□□□□」（簡101），頁106。

21 胡平生、張德芳，《敦煌懸泉漢簡釋粹》，頁18。

22 甘肅省文物考古研究所編，《敦煌漢簡》，頁298。

23 徐世虹，《張家山二年律令簡中的損害賠償之規定》，頁140。

產自相爭鬥所造成的意外傷亡，賠償的金額較少。到了唐律，劃分地又更是細膩：

諸犬自殺傷他人畜產者，犬主償其減價，餘畜自相殺傷者，償減價之半，即故放令殺傷他人畜產者，各以故殺傷論。

疏議曰：犬性噬齧，或自殺傷他人畜產，犬主償其減價，以犬能噬齧。主須制之，為主不制，故令償減價，餘畜，除犬之外皆是。自相殺傷者，謂牛相舐殺，馬相躪死之類。假有甲家牛舐殺乙家馬，馬本直絹十匹，為舐殺估皮肉直絹兩匹，即是減八匹絹，甲償乙絹四匹，是名償減價之半。即故放令殺傷他人畜產者，或犬性好噬豬羊，其牛馬能相舐躪，而故放者，責其故放，各與故殺傷罪同。謂同上條殺官私馬牛者，徒一年半，計贓應重，若傷及殺餘畜產者，計減價，準盜論，各償所減價，價不減者，笞三十。兩主放畜產而鬪，有殺傷者，從不應為重，杖八十，各償所減價。²⁴

唐律對於致人牲畜傷亡，也依蓄意與否，而處以不同的刑責賠償，此則律文，亦可做為釋讀第（三）則簡文之參考。另外，第（八）則簡文，也是殺傷人馬牛的刑罰，宋國華認為：

此條說明傷害馬牛被視一種嚴重的犯罪，其處罰是其嚴厲的，具體設定兩種情況：以危險設施危害馬牛，即使沒有造成侵害的事實（相當於今天刑法理論中的「舉動犯」），也要被耐為隸臣妾；殺傷馬牛與盜馬牛同法。此條還規定了殺傷牧馬牛之人的處罰。具體分為兩種情況：危險設施造成了人之死亡，棄市；危險設施傷害了牧馬牛之人，完為城旦舂。²⁵

第（八）則簡文明確地規定了殺傷馬、牛之罪。殺傷馬、牛罪責極重，宋國華認為，此處的「與盜同法」，是指被判處「與盜馬牛同法」之罪。盜馬、牛當判何罪？《睡虎地秦墓竹簡·法律答問》中所見相關律文如下：

人臣甲謀遣人妾乙盜主牛，買（賣），把錢偕邦亡，出徼，得，論各可（何）毆（也）？當城旦黥之，各畀主〔簡5〕。（頁94）

甲盜牛，盜牛時高六尺，（繫）一歲，復丈，高六尺七寸，問甲可（何）論？當完城旦〔簡6〕。（頁95）

24 （唐）長孫無忌，《唐律疏議·厩律》，頁196-197。

25 宋國華，〈析《二年律令·田律》「諸馬牛到所」條〉，頁731。

《奏讞書》中亦有一則毛、講盜牛案，其中「雍以講爲盜，論黥爲城旦」（〔簡121-122〕，頁222）。《法律答問》簡5與《奏讞書》所引情況相同，皆是二人相謀盜牛的案例，被處以「黥爲城旦舂」。《法律答問》簡6是個人偷盜，罪刑就比較輕，加上其身高未及法定標準，被處以完爲城旦。由以上所引，知漢時的盜牛罪，恐也要處以極重的城旦舂徒刑。

《唐律》中亦有一則「故殺官私馬」，其律規定：「諸故殺官私馬牛者，徒一年半，贓重及殺餘畜產若傷者，計減價準盜論。各償所減價，價不減者答三十。」劉俊文箋解：

按殺傷官私馬牛罪，指官、主未經允許擅自殺傷所有馬牛以及他人故意或過失殺傷官私馬牛之行為。此類行為之成罪，除因其侵犯公財產外，主要原因在於牛爲重要生產工具，所謂「牛爲耕稼之本」；馬爲重要軍事裝備，所謂「馬即致遠供軍」，隨意殺傷不利於經濟建設與國防建設。故此律之法意，乃在保護馬牛這兩種國家資源也。²⁶

透過劉先生之說解，可知馬、牛乃國家之重要經濟及國防資源。由此我們也可理解，何以第（八）則簡文，要特別針對危害馬、牛，而專門制訂刑法。

雖說第（三）則簡文只言「謀殺傷人畜產」，但究竟是何種畜產，簡文未言。在農業社會裡，百姓所畜養的，多半是雞、豬、牛、羊、馬。第（八）則簡文告知我們，殺傷牛、馬的懲處最爲嚴厲，其餘的大概就可以照價賠償。因此我們可推測，第（三）則簡文中的「與盜同法」，也是一個定罪的範疇。意即要視殺傷的是何種畜產，才能決定要如何懲處。

第（五）則簡文記載了盜運財物出關的律法，要了解這則法令，還必須與簡76參看：

盜出黃金邊關徼，吏、卒徒部主者智（知）而出及弗索，與同罪；弗智（知），索弗得，戍邊二歲〔簡76〕。（頁145）

王子今：「使者所以出，必有符致，毋符致，吏智（知）而出之，亦與盜同法。『毋符致』而『出』，構成偷渡。吏知其情而放行，與『盜』同樣處罰。」²⁷ 高葉青：「私運貨物特別是黃金之類與國家安全相關的貴重物品出境，管理人員疏於

26 劉俊文，《唐律疏議箋解·廢庫·故殺官私馬牛》，頁1107，1109。

27 王子今，〈漢初查處官員非法收入的制度——張家山漢簡《二年律令》研讀札記〉，頁7。

檢查是一種嚴重的失職行為。爲了圖利，官員也犯了『其性質一如近世海關人員縱客走私，參與走私』的瀆職行為。²⁸簡75與76講的都是官吏放縱走私的情況，出關一定要有符致，沒有符致，就是違法。對於放縱走私的官吏，簡75要「與盜同法」；簡76作「與同罪」，兩者字義都是相同。另外，官吏在弗知的情況下，而誤讓他人偷渡出關，官吏的懲處也很重，要處以「罰金四兩」。弗知又索弗得，還要處以戍邊二歲。從簡文對「弗知」的刑責觀之，「知而弗索」的罪責絕對更是嚴厲。其情況或可於〈津關律〉中查知：

御史言，越塞闌關，論未有□，請闌出入塞之津關，黥為城旦舂；越塞，斬左趾（趾）為城旦；吏卒主者弗得，贖耐；令〔簡488〕、丞、令史罰金四兩。智（知）其請（情）而出入之，及假予人符傳，令以闌出入者，與同罪〔簡489〕。（頁205）

進出津關需有通行證，沒有向主管機關申請，要判處黥為城旦舂；若私自通關，則要斬左趾和服城旦的徒刑。吏、卒主管沒有抓到罪犯，要罰以贖耐；令、丞、令史要處罰金四兩（這是對不知情的主管機關所做的懲處）。倘明明知情還允其私自出關，或者借予其通行證，主管官吏都要判處與罪犯相同的罪刑。《龍崗秦簡》（簡4）也有相關律法：「（詐）僞、假人符傳及讓人符傳者，皆與闌入門同罪。」²⁹簡文一再強調，出關一定要有通行證，漢代的通行證究竟要如何取得，在《居延漢簡》中有記載：

建平五年十月辛卯朔庚寅東鄉嗇夫護敢言之：嘉平□□□□□案忠等毋官獄徵事，謁移過所縣邑門亭河津關毋苛留敢言之。〔四九五·一二·五〇六·二〇（甲一八七三）〕

李均明指出：「要取得這種通行憑證，須先向鄉一級機構提出申請，經鄉審核通過，再報請縣一級機構發放。憑證之上須印有縣令、丞或相當等級的印封方能使用。通行憑證的使用不是無條件的。持用者必須是『毋官獄徵事』、『更賦皆給』，即已服完更役交了賦稅又無違法行為。」³⁰由於通行證的審核和發行具有一定的條件，走私商人往往爲了圖利，便不願申請；或者這些走私者，可能就是走私的累犯，以致於無法取得通行證。無通行證，〈津關律〉規定：就得判處斬左趾及服城旦徒刑，知情而故縱的官員，也要遭到同樣的判處。但〈津關律〉所說

28 高葉青，〈漢代的罰金和贖刑——《二年律令》研讀札記〉，頁6。

29 中國文物研究所、湖北省文物考古研究所編，《龍崗秦簡》，頁71。

30 李均明，〈漢簡所見出入符、傳與出入名籍〉，頁23。

的只有盜出關，而第（五）則簡文不僅止於盜出關，也盜出財物。盜出財物，依〈盜律〉最高可判處黥為城旦舂（簡55）。第（五）則簡文雖包含了兩種罪行，但〈具律〉規定：「一人有數□罪毆，以其重罪罪之。」（簡99）故第（五）則簡文中的「與盜同法」，便不是盜法中的「黥為城旦舂」，而是更重刑責的「斬左趾及服城旦徒刑」。顯然，這裡的「與盜同法」，也不能單純地釋為「以盜法論罪」。

二、以盜法論罪者

第（四）、（六）、（七）、（九）等則簡文，皆明確的涉及到偷盜的贓物，故簡文中的「與盜同法」，便可直接釋為「以盜法論罪」。

朱紅林對第（四）則簡文，曾做如下案語：

「與同法」和「與同罪」的是兩個極為相似的概念，這在秦漢律中是很值得注意的。「與同法」指的是適用法律相同，「與同罪」則指的是適用處罰相同。³¹

簡文的意思是說，除策劃竊盜，還教唆他人偷盜，告知他人偷盜的地點，有人聽其言而前往偷盜，也獲取了贓物。明知是贓物，還與盜者分贓，則皆可依據盜法判處適用的刑罰。朱紅林明確的指出「與同法」是指「適用法律相同」，可見「與同法」強調的是一個大範圍，也就是判刑時可以根據犯罪性質，尋找相當的刑罰論處。如此，「與盜同法」就未必得受「盜」字局限，而得釋為「以盜罪論處」。《唐律·名例律·斷罪無正條》：「諸斷罪而無正條，其應出罪者，則舉重以明輕。」劉俊文：「罪人所犯律條無明文時，如應不罰或輕罰，即可援引類似之重罪比較處斷。」³²《漢書·刑法志》亦有：「傳所當比律令以聞。」皆和「與同法」概念近似。

有關教唆人偷盜，或與人分贓，《睡虎地秦墓竹簡·法律答問》裡也有相關記載：

人臣甲謀遣人妾乙盜主牛，買（賣），把錢偕邦亡，出徼，得，論各可（何）毆（也）？當城旦黥之，各界主〔簡5〕。（頁94）

甲盜，臧（贓）直（值）千錢，乙智（知）其盜，受分臧（贓）不盈一錢，問乙可（何）論，同論〔簡9〕。（頁96）

31 朱紅林，《張家山漢簡《二年律令》集釋·《盜律》集釋》，頁56。

32 劉俊文，《唐律疏議箋解》（上），頁487。

甲乙雅不相智（知），甲往盜丙，（才）到，乙亦往盜丙，與甲言，即各盜，其臧（贓）直（值）各四百，已去而偕得。其前謀，當并臧（贓）以論；不謀，各坐臧（贓）〔簡12〕。（頁96）

夫盜千錢，妻所匿三百，可（何）以論妻？妻智（知）夫盜而匿之，當以三百論為盜，不智（知），為收〔簡14〕。（頁97）

夫盜三百錢，告妻，妻與共飲食之，可（何）以論妻？非前謀毆（也），當為收；其前謀，同罪。夫〔簡15〕盜二百錢，妻所匿百一十，何以論妻？妻智（知）夫盜，以百一十為盜；弗智（知），為守臧（贓）〔簡16〕。（頁97）

削（肖）盜，臧（贓）直（值）百一十，其妻、子智（知），與食肉，當同罪〔簡17〕。（頁97）

削（肖）盜，臧（贓）直（值）百五十，告甲，甲與其妻、子智（知），共食肉，甲妻、子與甲同罪〔簡18〕。（頁98）

在這些律法中，可以歸納成幾點：一、「黥為城旦舂」是秦、漢律中最重的徒刑，³³且秦、漢律對合謀偷盜，無論謀者有無進行盜取，只要有合謀，皆與盜者同罪。二、明知是贓物，還參與分贓，無論金額多寡，也皆和盜者同罪。三、一地出現了好幾個盜匪，倘相約偷盜，則以贓物合計論罪；無相約，則各以盜贓計價論處。四、丈夫偷盜，妻子兒女一同用所偷盜的錢來飲食。若妻子與丈夫預謀在先，就與丈夫同罪；反之，則妻子可能會遭到收孥。³⁴妻子究竟當判何罪，除視其是否與夫合謀，丈夫偷盜金額多寡，交予妻子的藏匿金額數，也會影響到妻子判刑之輕重。

第（四）則簡文涉及了三方面：謀劃偷盜、教唆人偷盜，及分贓盜物。這三者皆在盜罪的範圍，故其定罪自然要依盜罪論處。其罪責雖有三，但漢律是以重者罪之，故懲處也只取其最重者為之。

33 《睡虎地秦墓竹簡·法律答問》：「害盜別微而盜，駕（加）罪之。可（何）謂『駕（加）罪？』五人盜，臧（贓）一錢以上，斬左止，有（又）黥以為城旦；不盈五人，盜過六百六十錢〔簡1〕，黥（劓）以為城旦；不盈六百六十到二百廿錢，黥為城旦；不盈二百廿以下到一錢，（遷）之。求盜比此〔簡1〕」，頁93。

34 張伯元：「如果妻知道丈夫盜竊而把錢藏起來的，按窩藏盜贓三百錢論處；如果妻子並不知情，那麼做收孥處理。……這是因為夫盜三百錢以上，已經處了黥為城旦的罪。……而漢初則完全按罪行的輕重決定罪人妻子是否為收，《二年·收律》：『完城旦、鬼薪以上……皆收其妻、子、財、田宅。』（第174簡）未及妻子是否知情。」《出土法律文獻研究·秦漢律中的「收律」考述》，頁135。

第（六）則簡文是關於將公有物品，私自借貸給他人的刑罰，此於秦律中本已有之。《睡虎地秦墓竹簡·法律答問》：「府中公金錢私貸用之，與盜同法〔簡32〕。」（頁101）整理者譯：「府中的公家金錢，私自借用，與盜竊同樣論罪。」《居延新簡》EPF22：200：「放以縣官馬擅自假借，坐藏（贓）爲盜，請行法」。朱紅林案：「坐贓爲盜」，即「與盜同法」。³⁵私自借貸公物，與竊盜無異，判處時可以比照竊盜論罪。故第（六）則簡文，我們可以將其釋爲：「將公有的財物私自拿出來借貸給他人，向其借貸的人要判處罰金二兩。（借貸人則要依）所借貸的金錢、布帛、粟米、馬牛等金額，比照盜罪論處。」

在《唐律》中也有關於私自借貸公物的刑罰：

諸監臨主守，以官物私自貸，若貸人及貸之者，無文記，以盜論。有文記，準盜論。文記，謂取抄署之類。立判案減二等。

〈疏議〉曰：監臨主守，謂所在之處官物，有官司執當者，以此官物，私自貸。若將貸人，及貸之者，此三無文記，以盜論；有文記，準盜論。文記，謂取抄署之類，謂雖無文案，或有名簿，或取抄及署領之類皆同。無文記，以盜論者，與真盜同，若監臨主守自貸，亦加凡盜二等。有文記者，並五匹徒一年，五匹加一等，立判案減二等，謂五匹杖九十之類。³⁶

從《唐律》知判定私自借貸公物的其一關鍵，就是有無文記。沒有文記，就是侵吞公物。³⁷侵吞公物，便要以盜罪論處。故第（六）則簡文中的私自借貸官有金錢或物品，就要依其所借貸的金錢、布帛、粟米、馬牛等實際金額，據簡55-56中的盜法而定罪。

第（七）則簡文談的是奴婢有罪，其妻子、兒女是否也要比照庶人被收的律法。這則簡文中有一關鍵詞，即「有告劾未還死，收之。」張伯元及閻曉君兩位先生的詮釋，便有差異：

（張伯元）已是私人奴婢不收；有人舉發，仍收。³⁸

35 朱紅林，〈《盜律》集釋〉，《張家山漢簡《二年律令》集釋》，頁71。

36 （唐）長孫無忌，《唐律疏議·廢庫》，頁200-201。

37 劉俊文：「按監主私貸官物及公廩物罪，指監臨主守私自占用所監守之官物及公廩物，或將所監守之官物及公廩物給與他人占用之行為。此類行為實質，是利用職務之便，侵吞公物，屬於侵犯財產罪。」《唐律疏議箋解·廢庫·監主貸官物》，頁1135。

38 張伯元，〈秦漢律中的「收律」考述〉，頁124。

（閻曉君）私奴有罪，不收其為奴的妻、子。但奴有罪已被告而尚未逮捕就已死亡者，其妻、子收為官奴婢。藏匿者，與盜同法。因為奴婢「律比畜產」，藏匿應被收的奴婢，以盜竊罪來論處。唐以後法律也規定：奴婢「犯反逆者，止坐其身」。³⁹

兩位先生的差異，是在「未還死」的部分。《說文》：「還：迨也。」段《注》：「《廣韻》：『迨、還，行相及也。』……《方言》：『迨、還，及也。東齊曰迨；關之東西曰還，或曰及。』」⁴⁰由《說文》所釋，知「還」就是來得及的意思。故兩位先生之解，恐以閻先生所言較合文意。「有告劾未還死」，應當就是已被人舉發，但還未逮捕歸案，罪犯就已經死亡。但比較特殊的是，簡文所說的罪犯是奴婢。奴婢犯法，妻子、兒女要不要受牽連，而遭收孥？李均明以為：「由於奴婢是主人財產的一部分，無獨立人格，其妻子、兒女固然也是主人的財產，故奴婢有罪，不連坐其妻子兒女。」⁴¹原來奴婢的妻兒、子女是否要遭收孥，關鍵就在奴婢有沒有人身自由權。秦、漢之際，奴婢隸屬於主人，所有權歸主人所有，⁴²即使是奴婢的妻兒、子女，也歸在主人名下。此時奴婢犯了重罪，妻兒、子女縱然在收孥之列，也不能比照庶人律法：「罪人完城旦舂、鬼薪以上，及坐奸府（腐）者，皆收其妻、子、財、田宅。」（〔簡174〕，頁156）庶人犯罪，要連累妻子、兒女，收為官奴。奴婢犯罪，只要能捕獲而服刑，就不牽連其家人。但未及捕獲便已身亡，妻子、兒女只好為刑責負責。主人就必須將他們交予官府，否則就是侵佔公產，形同偷盜。

至於奴婢「律比畜產」，在《戶律》中也可得到佐證：

民大父母、父母、子、孫、同產、同產子，欲相分予奴婢、馬牛羊、它財物者，皆許之，輒為定籍〔簡337〕。（頁178）

這則簡文是講財產的繼承，但其中「奴婢」竟與馬牛羊等財物並舉。另外，在秦律《封診式·封守》篇，也記錄所查封的對象，包括了「臣某，妾小女子某」（〔簡10〕，頁149）。此皆可證秦、漢之際，奴婢確實是「律比畜產」，其甚至可以計價買賣。《雲夢睡虎地秦墓竹簡·封診式》：

39 閻曉君，〈論張家山漢簡《收律》〉，《華東政法學院學報》，2006年第3期（總第46期），頁131。

40 （漢）許慎著，（清）段玉裁注，《說文解字·辵部》，頁71。

41 李均明，〈張家山漢簡《收律》與家族連坐〉，頁214。

42 《張家山漢墓竹簡·二年律令·亡律》：「□□類界主。其自出毆（也），若自歸主，主親所智（知），皆答百。〔簡159〕」（頁154）又：「奴婢亡，自歸主，主親所智（知），及主、主父母、子若同居居自得之，其當論界主，或欲勿詣吏論者，皆許之〔簡160〕」，頁154。

告臣……爰書：某里士五（伍）甲縛詣男子丙，告曰：「丙，甲臣，橋（驕）悍，不田作，不聽甲令。謁買（賣）公，斬以為〔簡37〕城旦，受賈聽甲。受賈（價）錢。」……訊丙，辭曰：「甲臣，誠悍，不聽甲。甲未賞（嘗）身免丙。丙毋（無）病毆（也），毋（無）它坐罪。〔簡38〕」令令史某診丙，不病。……令少內某、佐某以市正賈（價）賈丙丞某前，丙中人，賈（價）若干錢〔簡39〕。（頁154）

男子丙是被主人販售給官府的奴婢，販售時是依據當時之市價。雖說奴婢律比畜產，但在漢代，其還是以「人」的身份來登錄戶籍。⁴³《居延漢簡甲乙編》三七，三五（乙參貳版）載：「侯長饒得廣昌里公乘禮忠年卅，小奴二人，直三萬。用馬五匹，直二萬。宅一區，萬。大婢一人，二萬。牛車二兩，直四千。田五頃，五萬。輅車兩乘，直萬。服牛二，六千。凡資直十五萬。」奴婢雖無人身自由，然奴婢仍是人，主人儘管對奴婢再不滿意，也不能隨易發落。故在漢律裡，便有殺傷奴婢的相關律令：

父母歐笞子及奴婢，子及奴婢以歐笞辜死，令贖死〔簡39〕。（頁139）

主人殺死奴婢只判贖死，比一般的殺人罪還輕，這是因漢代注重家長制的結果。奴婢雖入戶籍，但卻可買賣。官奴婢一旦成了公家財產，任何人都不得佔為己有，故第（七）則的簡文中，主人若將歸屬於官府的奴婢偷偷藏匿，便是侵吞公物，主人就得依一定的市價，比照盜罪論處。

第（九）則簡文是討論販賣貨品，而有訛詐，則販賣的商賈，應如何論處的罪刑。要理解這則簡文，也可以參考《唐律·詐僞律》：

諸詐欺官私，以取財物者，準盜論。詐欺百端皆是，若監主詐取者，自從盜法，未得者減二等，下條準此。

疏議曰：詐謂詭誑，欺謂誣罔，詐欺官私，以取財物者，一準盜法，科罪唯不在除免倍贓加役流之例，罪止流三千里。注云：詐欺百端皆是，謂詐欺之狀不止一途，若監主詐取，謂監臨主守詐取所監臨主守之物，從自盜法。加凡盜二等，有官者除名，未得者減二等，謂已設詐端誣

43 文霞：「漢代的『占數』是為了增加政府的財政稅收而對全國人口的清理，其中包括對編戶齊民的統計以及對奴婢的統計，因此在戶籍統計中，奴婢可能作為依附人口登記在主人的下方，但並不是以獨立的身份登記於戶籍。……漢惠帝時就規定：『漢律人出一算，算百二十錢，唯賈人與奴婢倍算。』奴婢附於良人戶口之下，可能是為了便於統計每戶的賦稅情況。」〈試論秦漢簡中奴婢的戶籍問題〉，頁89、91。

罔，規財物猶未得者，皆準贓減罪二等。其非監主詐欺未得者，自從盜不得財之法。⁴⁴

唐律強調，凡是詐取官私財物，都依照盜法論處。詐取的情形，有監主詐取者；也有販賣貨品時訛詐者，這些都是給予他人不實的貨品，造成他人損失。「給」，整理小組釋作「欺騙」；彭浩等指出：「『詐給人以其有取』指於商業交易以外，在市中詐取他人財物。」「『有販賣買而詐給人』，指在物品販賣、交易中的欺騙行為，即指商業活動中的欺詐行為。」⁴⁵程政舉釋為：「通過欺詐的方式騙取他人錢財的，以及在買賣活動中欺詐他人獲取錢財的，所得贓物照盜竊罪論處。」⁴⁶總之簡文所論及的，都是以不法手段，詐取他人財物，此皆蓄意而為，判處時要依所騙取之金額，據盜罪論罪。

參、「與……同法」的源流與釋義

上文的討論，使我們得知「與……同法」，除四則與贓罪有關，可以依盜罪論處，其餘五則，便極可能需要比照相關的法令。因此，「與……同法」所表達的涵義，就絕不能被字面所侷限，此富谷至及朱紅林兩位先生都有提及。在上文中我們也說明，有些簡文中的罪行，遠比偷盜罪更嚴重，其甚至危及到人的生命，或國家的經濟利益和安全等。這些罪行若只依盜罪論處，不僅罪罰不符，也會造成執法的混亂。

比照相關律令定罪，非始於漢初，先秦即有。《尚書·呂刑》：「上下比罪。」意思是說，當罪犯所犯下的罪行，無法律條文明訂其罪責時，可以參考陳例，做類比處理。劉邦入關中，與父老約法三章，其中「抵罪」，《集解》：「應劭曰：『抵，至。但至於罪也。』李斐曰：『傷人有曲直，盜賊有多少，罪名不可豫定，故凡言抵罪，未知抵何罪。』韓兆琦注：「隨其傷人及偷盜的情節輕重，而處以相應之罪。」⁴⁷《漢書·刑法志》載武帝時有「決事比」，辛子牛注：「凡判案無法律明文規定時的，可以比附近似條文，上報皇帝定案。」⁴⁸足

44 (唐)長孫無忌，《唐律疏議·詐偽·詐欺官私財物》，卷25，頁316。

45 彭浩等主編，《二年律令與秦讞書——張家山二四七號漢墓出土法律文獻釋讀》，頁197。

46 程政舉，《〈二年律令〉所反映的漢代告訴制度》，頁103。

47 (漢)司馬遷撰、瀧川龜太郎會注，《史記會注考證·高祖本紀》，頁162。韓兆琦，《史記箋證·高祖本紀》，頁678。

48 辛子牛，《漢書刑法志注釋》，頁44。

見，法律條文不一定跟得上時代需求，為因應需要，採以「上下比罪」，是最適當的辦法。《二年律令》中的「與……同法」，恐就是在法律尚在繼續規劃，且又要防範律法制訂不敷使用的情況下，使執法者除了上書奏讞，還能有個定罪的參考根據。

另外，法律永遠會不斷地修改和刪訂，⁴⁹ 故凡是執法人員，皆要時時的留意及翻閱相關的法律條文。《史記·酷吏列傳》斥趙禹：「見文法輒取，亦不覆案求官屬陰罪。」⁵⁰ 趙禹審案，從不願留心其他相關的法律條文，目的就是不想幫罪犯找到一條生路，只求以法制人。這樣的執法態度，是講究道德教化的中國傳統所鄙夷的，故列入傳記，以記其惡。因制訂律法的目的，「非訖于威，惟訖于富」（〈呂刑〉），執法絕不是為了懲戒百姓，執法者一定要秉持著「哀敬折獄」的態度。於是，時時查閱相關法律條文，就成了每位官員應有的職份。如此執法，方能使罪罰相符，以達教化及治民的目的。漢初，律法的制訂還在不斷的進行，國君或以詔令加之，這在《漢書》中屢屢可見。或秦本已有，漢又修訂，如《奏讞書》第二十一則「杜濩女子甲和奸案」，一起始便曰「故律……」，接著又說「律曰……」。⁵¹ 「故律」是舊律，「律曰」是新律，由於新舊律同時適用，故定讞案件時，兩律便一併拿出來參考。⁵² 如此可推測，時時翻閱新舊或相關的法律條文，絕對是當時官員的常態。舊律已載，新律便可不必重述，「以……為法」恐

49 李海年：「法家學派立法上的一條根本指導思想，就是『禮法以時而定，制令各順其宜……治世不一道，便國不法古』，法律應隨時代變化而發展的歷史進化思想。」《戰國秦代法制管窺：秦統治者的法律思想》，頁334。

50 （漢）司馬遷撰、瀧川龜太郎會注，《史記會注考證·酷吏列傳》，頁1264。

51 《張家山漢墓竹簡·奏讞書》：「故律曰：死夫（？）以男為後。無男以父母，無父母以妻，無妻以子女為後。律曰：諸有縣官事，而父母若妻死〔簡180〕者，歸寧卅日；大父母、同產十五日。（教）悍，完為城旦舂，鐵其足，輸巴縣鹽。教人不孝，次不孝〔簡181〕之律。不孝者棄市。棄市之次，黥為城旦舂。當黥公士、公士妻以上，完之。奸者，耐為隸臣妾。捕奸者必案之〔簡182〕校上。」頁227。

52 陳治國：「這條律文在案件發生和審判時還是正在通行使用的法律，而在文書的編輯整理時已經被廢止，不再使用了，因此被稱為『故律』。在文書中，被稱為『律』的律文也被審判官員所引用，根據這一情況，我們能夠得出這樣一個結論，那就是：文書開頭引用的『故律』和『律』中的律文，在案件發生時，均為當時所通用的法律，但到了對案件進行編輯整理以形成法律文書時，『故律』所引用的律文已經被廢止，因此被稱為『故律』，而『律』所引用的律文由於繼續被沿用，因此被稱為『律』。可見，在案件的發生與文書的編輯整理之間發生了法律被改訂的事件。」〈張家山漢簡《奏讞書》「杜濩女子甲和奸」案年代探析〉，《武漢大學簡帛網》，2008年11月1日。曹旅寧：「在《奏讞書》裡引用了一些秦漢時期的法律條文。由整理者編號為21的西漢初年案例，有一條涉及當時繼承問題的法律規定，大約屬於秦末或者漢初時期正在使用的法律……這裡既稱故律，顯然是指在西漢初年還被完全行用的秦律。」〈《二年律令》與秦漢繼承法〉，頁63。

就是在這樣特殊的背景下，所衍生的產物。

此外，尚有一點值得注的是，此九則簡文，懲處時明明是依盜法論罪、或「上下比罪」，但制定律文時，為何卻寫成「與盜同法」或「與賊同法」？其關鍵恐怕要從「盜」、「賊」律名去探索。《盜律》、《賊律》的制定和規劃，有一定的範疇：

李悝《法經》以「盜」「賊」兩法置於篇首，乃因刑法之目的，在於懲罰姦宄，保障人身安全，維持社會秩序；「盜」法乃保護個人生命財產，維護封建王朝之法統，避免損傷公物等，「賊」法乃防止叛逆、顛覆國家，以及制止殺傷、鬥毆之法，故其曰：「以為王者之政，莫急於盜賊，故其律始於盜賊。」⁵³

劉俊文對「賊」、「盜」釋義，也有提出觀點：

賊之本義為毀，於法專指倡亂、殺人等行為，故《左傳·文公十八年》引周公〈誓命〉曰：「毀則為賊。」又《荀子·修身》云：「害良曰賊。」又張斐《律注表》云：「無變斬繫謂之賊。」……盜之本義為竊，於法專指取物、劫貨等行為。故《左傳·文公十八年》引周公〈誓命〉曰：「竊賄為盜。」又《荀子·修身》云：「竊貨曰盜。」又張斐《律注表》云：「取非其物謂之盜。」⁵⁴

二位先生皆點出了《賊律》或《盜律》在制訂時，所關注的重點，乃是人身、財產或國家的安全。「與……同法」的九則簡文，確實比較貼切這些範圍，且又能找到相關的法律懲處根據。為避免重覆行文，如此處理，也是有可能的。另外，《賊律》與人的生命傷亡更是攸關，第（二）則簡文將「謀賊殺、傷人」的刑責，訂為「與賊同法」，應當是為了彰顯罪行和懲處的範疇。

肆、結語

以上九則簡文，雖皆有「與盜同法」或「與賊同法」，但仔細推敲，卻發現至少有五則簡文，不可單從字面，而釋為「以盜法論罪」。因為這些簡文所列的罪行，既無偷盜性質，或不可計價，或其所造成的傷害程度，甚至遠遠高於偷

53 傅榮珂，《睡虎地秦簡刑律研究·李悝《法經》與秦刑律之關係》，頁56。

54 劉俊文，《唐律疏議箋解·賊盜》，頁1235。

盜。有的危及人身安全，有的造成嚴重的經濟損害，有的還威脅到邊防安全。這些罪行若僅以盜罪論處，除懲治不公，也可能會誘使罪犯鑽研法律漏洞。秦、漢政府，向來重視法治，不僅要求官員審理確實，還為官員製做職訓的法律教材。如此周密的法治規劃，豈能在制訂律法時，竟失誤地不顧罪與罰的公平性，而將與盜罪無關，甚至超過盜罪傷害的罪行，籠統地以盜罪處理。這不僅與制法縝密的《二年律令》中的諸律難以相稱，也會令執法者及百姓陷於困惑和紛擾當中。就算制法者未曾發覺，底下執行的官員也一定會怨聲載道，不斷上書，請求修法。但今天我們在摘抄及可見的《二年律令》中，卻見到九則「與……同法」的字詞。顯然這些法律術語，在當時執法者的眼中，絕對是個瞭若指掌的律法。故儘管在律令中重覆出現，官員也不需上書奏讞。

本文所以大膽地將其中五則簡文，以「上下比罪」的方式來看待罪責。主要的原因是因這幾則內容，皆不是孤立的法律條文，與其相關的律令或並列而出，或散於他律之中，其懲處結果也多不與盜罪相干。這些跡象皆顯示「與……同法」，應當不是簡單地看作「以盜法論罪」，而是要將其視為一個法律術語，意即為著特殊背景或目的而制訂出的專有名詞。此外，若一概釋為「以盜法論罪」，也會出現另一個矛盾，即一旦要比對的律令，散見於他律，且又是在《盜律》或《賊律》的範圍之外。執法者豈要因「盜法」、「賊法」的字面局限，而不得參考其他的律令？

漢初百廢待興，律法制訂也在不斷地增補及修訂，其中不僅有秦律的養分，也有配合漢初政局需要而加增的內容。儘管這份工作持續在進行，但律法的頒佈，往往不及社會的變遷。況呂后時期政局尚未穩定，出現為方便執法者參考的配套措施，也並無不可。因此筆者推測，「與……同法」應是在律法已有一套底本，但尚未完全，而繼續處於草擬、增修、補充等情況下，所出現的過渡配套措施。也因為本有一套底本，執法者便可以很快地找到相關的法規，如此不僅可避免法律文書的繁瑣，也不會造成執法的不便和審判的失當。此外，這幾則條文在漢初或許還未定型，規劃地不夠全面，所以需要和其他相關條文相比對。但假以時日，律法的制訂一旦愈趨成熟，相關的刑責便會規劃的更仔細。這樣的情況在往後的唐律中屢屢可見，也可以做為我們認知這些法律條文，演繹和發展的參考。

引用書目

一、傳統文獻

(漢)司馬遷著，瀧川龜太郎會注，《史記會注考證》，臺北：長安出版社，2007。

(漢)許慎著，(清)段玉裁注，《說文解字》，臺北：萬卷樓圖書公司，1997。

(唐)長孫無忌，《唐律疏議》，臺北：臺灣商務印書館，2005。

(清)沈家本，《歷代刑法志》，北京：中華書局，2006。

中國文物研究所、湖北省文物考古研究所編，《龍崗秦簡》，北京：中華書局，2001。

甘肅省文物考古研究所編，《敦煌漢簡》，北京：中華書局，1991。

張家山二四七號漢墓竹簡整理小組，《張家山漢墓竹簡》，北京：文物出版社，2001。

二、近代論著

王子今，〈漢初查處官員非法收入的制度——張家山漢簡《二年律令》研讀札記〉，《政法論壇（中國政法大學學報）》，20卷5期，2002年10月。

文霞，〈試論秦漢簡中奴婢的戶籍問題〉，《廣東教育學院學報》，28卷2期，2008年4月。

朱紅林，《張家山漢簡《二年律令》集釋》，北京：社會科學出版社，2005。

李均明，〈張家山漢簡所反映的適用刑罰原則〉，《鄭州大學學報（哲學社會科學版）》，35卷4期，2002年7月。

李均明，〈漢簡所見出入符、傳與出入名籍〉，《初學錄》，臺北：蘭臺出版社，1999。

李均明，〈張家山漢簡《收律》與家族連坐〉，《張家山漢簡《二年律令》研究文集》，桂林：廣西師範大學出版社，2007。

李海年，《戰國秦代法制管窺》，北京：法律出版社，2006。

辛子牛，《漢書刑法志注釋》，北京：群眾出版社，1984。

宋國華，〈析《二年律令·田律》「諸馬牛到所」條〉，《法制與社會》，2007年第2期。

胡平生、張德芳，《敦煌懸泉漢簡釋粹》，上海：上海古籍出版社，2001。

馬志冰，〈張家山漢簡《賊律》研究——兼與睡虎地秦簡及唐律比較〉，《沈家本與中國法律文化國際學術研討會》，北京：中國法律出版社，2005。

徐世虹，《張家山二年律令簡中的損害賠償之規定》，《華學》，第6輯，北京：紫禁城出版社，2003。

高葉青，〈漢代的罰金和贖刑——《二年律令》研讀札記〉，《南都學壇（人文社會學院學報）》，24卷6期，2004年11月。

陳治國，〈張家山漢簡《奏讞書》「杜瀘女子甲和奸」案年代探析〉，《武漢大學簡帛網》，2008年11月1日。

陳偉，〈張家山漢簡雜識〉，《武漢大學簡帛研究網》，2006年6月21日。

張伯元，《出土法律文獻研究·秦漢律中的「收律」考述》，北京：商務印書館，2005。

張忠煒，〈《二年律令》年代問題研究〉，《歷史研究》，2008年第3期。

曹旅寧，〈《二年律令》與秦漢繼承法〉，《陝西師範大學學報（哲學社會科學版）》，37卷1期，2008年1月。

程政舉，〈《二年律令》所反映的漢代告訴制度〉，《華東政法大學學報》，2007年第3期（總第52期）。

傅榮珂，《睡虎地秦簡刑律研究》，臺北：商鼎文化出版社，1992。

彭浩等主編，《二年律令與秦讞書——張家山二四七號漢墓出土法律文獻釋讀》，上海：上海古籍出版社，2007。

劉海年，〈秦律刑罰考析〉，《戰國秦代法制管窺》，北京：法律出版社，2006。

劉俊文，《唐律疏議箋解》，北京：中華書局，1996。

閻曉君，〈論張家山漢簡《收律》〉，《華東政法學院學報》，2006年第3期（總第46期）。

韓兆琦，《史記箋證》，南昌：江西人民出版社，2004。

An Examination of the Sentence Construct “Yu...Tong Fa” in the *Laws and Decrees of the Second Year*

Zhou Min-hwa

Department of Chinese Literature
National Sun Yat-sen University

Abstract

In *Laws and Decrees of the Second Year*, there are eight examples of the phrase “yu dao tong fa” (與盜同法). In addition, in Strip 26 we find the phrase “yu zei tong fa” (與賊同法). Most previous translations have rendered this phrase as “prosecute according to the laws regarding larceny.” However, careful examination shows that only four of these nine instances mean “prosecute according to the laws regarding larceny.” The other five instances not only do not involve robbery, they are, in terms of injury and damage, all more severe than robbery. Some involve the endangerment of person or property, others the safety and well-being of the economy or the kingdom. Furthermore, these five instances are crimes for which we can find applicable laws already established, meaning that they are not isolated events that are legally unaccounted for. A comparison of the background behind these five sentences provides information necessary to render a more accurate explanation.

“Yu...tong fa” is likely a catch-all type stipulation used during the transition from Qin to Han, when the laws were under constant revision, in order to respond appropriately to various situations and criminal acts. It is quite possible that during this transitional time some legal terminology was added to the law for the sake of convenience, enabling those in charge of adjudicating cases to render proper judgment for criminal cases in which there was no specific applicable law or punishment. They could then find an appropriate punishment based on the laws that were already made, albeit for other crimes.

Keywords: yu dao tong fa, yu zei tong fa, *Laws and Decrees of the Second Year*, punishment for crimes with no law, guilt by association