

## 秦漢律令中的婚姻與奸

劉欣寧\*

本文自張家山漢簡中一個自稱娶妻、卻遭以奸論處的案例出發，思索婚姻與奸的關係，探究律令中關於婚姻成立、解消與奸的規範。在婚姻成立方面，收集整理婚姻成立的實質要件，包含當事人結婚權利、結婚意願與雙方關係限制等，並據司法案例推論，當時判斷婚姻存在與否不僅依據戶籍登錄，亦考量社會認知。另亦分析妻、妾、婢三種配偶型態的差異，指出其區別未若後世明顯。在婚姻解消方面，先論證女性刑徒無婚姻權，成為刑徒則婚姻自然解消，再嘗試為七出、義絕等後世離婚要件尋找淵源。在夫妻相告、夫妻相害、丈夫犯奸等狀況下，夫妻間無須連坐，婚姻關係已實質解消。妻可告夫，以及夫害妻、夫犯奸時妻子獲得保障，特別值得注意。關於奸，則先辨析秦漢「奸」、「姦」二字在書寫上有所區隔，「奸」為性犯罪之意。司法案例顯示秦漢時代未婚男女相交亦構成奸，有其刑罰。接著討論奸的類型，指出在強奸、當事人具特定身分或關係、奸發生於特殊時間或地點時，對奸採取加重懲處。

婚姻與奸以「性」為其共通本質，故當婚姻不被許可時，奸的法規可援引而為刑罰。然而若說性關係非婚即奸，亦過於絕對。主婢之間不存在婚姻名分，社會及法律卻默許其性關係，即屬灰色地帶。

**關鍵詞：**婚姻 奸（姦） 秦律 漢律 簡牘

---

\* 中央研究院歷史語言研究所

●十年七月辛卯朔癸巳，胡狀、丞憲敢瀝（讞）之。刻（劾）曰：臨菑（淄）獄史闌令女子南冠緼（縞）冠，詳（佯）病臥車中，襲大夫虞傳，以闌出關。・今闌曰：南齊國族田氏，徙處長安，闌送行，取（娶）為妻，與偕歸臨菑（淄），未出關得，它如刻（劾）。・南言如刻（劾）及闌。・詰闌：闌非當得取（娶）南為妻也，而取（娶）以為妻，與偕歸臨菑（淄），是闌來誘及奸，南亡之諸侯，闌匿之也，何解？闌曰：來送南而取（娶）為妻，非來誘也。吏以為奸及匿南，罪，毋解。・詰闌：律所以禁從諸侯來誘者，令它國毋得取（娶）它國人也。闌雖不故來，而實誘漢民之齊國，即從諸侯來誘也，何解？闌曰：罪，毋解。・問：如辭（辭）。・鞫：闌送南，取（娶）以為妻，與偕歸臨菑（淄），未出關，得，審。疑闌罪，毆（繫），它縣論，敢瀝（讞）之。・人婢清助趙邯鄲城，已即亡從兄趙地，以亡之諸侯論。今闌來送徙者，即誘南。・吏議：闌與清同類，當以從諸侯來誘論。・或曰：當以奸及匿黥舂罪論。

十年八月庚申朔癸亥，大（太）僕不害行廷尉事，謂胡耆夫：瀝（讞）獄史闌，瀝（讞）固有審，廷以聞，闌當黥為城旦，它如律令。<sup>1</sup>

張家山 247 號漢墓出土《奏讞書》中，記錄了漢高祖十年發生的一場愛情悲劇。高祖九年，為了加強對舊貴族勢力的控制，下令「徙貴族楚昭、屈、景、懷、齊田氏關中」，<sup>2</sup> 齊國田氏女子南正是被迫遷徙的一員。齊國臨淄獄史闌負責護送南等人至長安，完成任務後應當返國，二人卻似在路途中發生感情，決定結為連理，相偕逃回臨淄。闌取得大夫虞的通行證，令南假扮為男子，佯裝病臥車廂中，以冒名闖關。無奈事與願違，南在通過函谷關前遭識破查獲。胡縣審訊闌，對於如何定罪產生懷疑，因而上讞。

胡縣官員認為闌可能適用三種罪刑規定，一、「來誘」：南已落籍屬漢，闌欲引漢民之諸侯國，構成來誘之罪；二、「奸」：闌自稱娶南為妻，構成奸罪；三、「匿」：南「亡之諸侯」應判處黥為舂，而闌藏匿之，構成「匿黥舂」罪。以上三者據《二年律令》，「來誘」應處磔，即須曝曬屍體之死刑；「匿黥舂」與黥舂同罰，處以黥為城旦舂；<sup>3</sup>「奸」之刑罰未明，但必不及「來誘」。故闌先

<sup>1</sup> 張家山《奏讞書》案例三，簡 17-27。

<sup>2</sup> 《史記·高祖本紀》。

<sup>3</sup> 張家山《二年律令》3：「來誘及為間者，磔。」《二年律令》167：「匿罪人，死罪，黥為城旦舂，它各與同罪。」

承認「奸」及「匿」罪，最後才在吏的逼問之下承認「來誘」之罪。<sup>4</sup> 然而即使闐已認罪，「來誘」是否成立仍在諸吏之間引起爭議，因闐並非為誘而來，而是為公務而來，其後才引漢民之諸侯國。贊成來誘之吏舉出人婢漬之前例，人婢漬並非為逃亡而前往諸侯國，而是因公務前往諸侯國，其後才逃亡，但仍以「亡之諸侯」論處，闐與之情形相仿；反對之吏則認為來誘不成立，只能以奸及匿論罪。最後廷尉下達的指示是「黥為城旦」，顯示廷尉否定來誘，以奸及匿論罪。

本案涉及西漢初年漢廷與諸侯國之間的緊張關係，論者已多，在此僅關心闐自述娶南為妻，卻遭以奸論罪的部分。奸，應指無婚姻關係男女之私合。<sup>5</sup> 換言之，奸的成立以婚姻制度的成熟為前提，婚姻必須有明確的邊界，其成立與解消有客觀的標準。闐、南之婚姻何以一轉而構成奸罪？以公權力為保證的法律如何認定婚姻與奸？其法理源自禮制、習慣或統治需求？近四十年來地不愛寶，出土不少秦漢律令及司法文書，尤其集中於戰國秦至西漢初年，為重探成文法初立時如何規範婚姻與奸提供重要資源。本文將先討論秦漢婚姻的成立與解消要件，再對奸進行探究。過去基於唐律，對此三項課題已有豐富的研究成果，期盼能與之對話，以勾勒中華帝國早期的發展脈絡。

## 一・婚姻的成立

依現代法學理論，婚姻成立須符合實質要件與形式要件。實質要件是對當事人及雙方關係的規範，形式要件則是對結婚程序的規範。<sup>6</sup> 討論古代婚制此一理論架構亦有其實效性，<sup>7</sup> 故本節將針對實質要件與形式要件進行檢討。此外，古代在正妻之外尚有其他型態的婚姻關係，亦須辨析其異同。

---

<sup>4</sup> 「罪，毋解」可譯為「有罪，無可辯解之處」，即認罪之詞。

<sup>5</sup> 趙鳳喈著，鮑家麟編，《中國婦女在法律上之地位》（臺北：稻鄉出版社，1993），頁128。

<sup>6</sup> 參陳棋炎、黃宗樂、郭振恭，《民法親屬新論》（臺北：三民書局，1987），頁85-111。

<sup>7</sup> 過去學者曾以唐律令為主，探究中國古代婚姻成立的實質要件與形式要件，如陳顧遠，《中國婚姻史》（臺北：臺灣商務印書館，1925，初版；1966，臺一版），第四章；仁井田陞，《支那身分法史》（東京：座右寶刊行會，1942），第五章第四節。

## （一）實質要件

婚姻的實質要件包括：一、當事人是否擁有結婚權利，二、雙方關係是否得以通婚，三、是否具備成婚意願等幾類。一、當事人是否擁有結婚權利主要涉及年齡與身分兩項要素，秦漢法律中未見有關年齡之規範，<sup>8</sup> 學者曾歸納實例，指出漢代男女婚配年齡約在十三至十九歲之間，<sup>9</sup> 睡虎地秦簡有「小未盈六尺（138.6 公分）」而為人妻者。<sup>10</sup> 至於身分對婚配權利的影響，已有不少學者注意到秦漢奴婢亦有締結婚姻關係的權利，<sup>11</sup> 但女性刑徒無法持有婚姻家庭，後文將詳述。此外對重婚之限制亦載於明文，有夫者不得再嫁：

夫生而自嫁，及取（娶）者，皆黥為城旦舂。（張家山《奏讞書》192）

取（娶）人妻及亡人以為妻，及為亡人妻，取（娶）及所取（娶）、為謀（媒）者智（知）其請（情），皆黥以為城旦舂。（張家山《二年律令》168）

但不見有妻者不得再娶之規定。<sup>12</sup>

二、雙方關係產生的通婚限制，首先為近親通婚禁令：

同產相與奸，若取（娶）以為妻，及所取（娶）皆棄市。其強與奸，除所強。（張家山《二年律令》191）

同產指同父兄弟姊妹，同父兄弟姊妹通婚或相奸須處以棄市之死刑。至於同母兄

---

<sup>8</sup> 仁井田陞指出唐宋婚齡規範為男十五或十六歲、女十三或十四歲。見氏著，《支那身分法史》，頁 549-551。

<sup>9</sup> 楊樹達，《漢代婚喪禮俗考》（上海：上海古籍出版社，2000），頁 17-20；劉增貴，《漢代婚姻制度》（臺北：華世出版社，1980），頁 47-49；李貞德，〈西漢律令中的家庭倫理觀〉，《中國歷史學會史學集刊》19(1987)：22-24；彭衛，《漢代婚姻形態》（北京：中國人民大學出版社，2010），頁 67-71。

<sup>10</sup> 秦代不論男女皆以六尺為法律責任界線，漢代則以十歲為法律責任界線，如可比定則六尺相當於十歲。不過實際上十歲女童的身高應不及六尺，肩水金關漢簡中有十歲女童身高五尺之例（73EJT24:296）。從六尺到十歲，或意謂承擔法律責任之年齡降低。關於秦漢人身高，可參彭衛，〈秦漢人身高考察〉，《文史哲》2015.6：1-25。

<sup>11</sup> 如李均明，〈張家山漢簡奴婢考〉，《國際簡牘學會會刊》第 4 號（臺北：蘭臺出版社，2002）。

<sup>12</sup> 唐律規定有妻者不得更娶：「諸有妻更娶妻者，徒一年；女家，減一等。若欺妄而娶者，徒一年半；女家不坐。各離之。」（〈戶婚律〉177）秦漢不見此類規定，可能由於妻妾之別尚不嚴格，詳後文。

弟姊妹，新近公布之嶽麓秦令顯示秦代一方面否定其兄弟姊妹名分，一方面仍嚴禁其通婚或相奸，唯刑罰不及死刑：

·廿六年十二月戊寅以來，禁無敢謂母之後夫段（假）父，不同父者，毋敢相仁（認）為兄、姊、弟。犯令者耐隸臣妾而（嶽麓五 1025/1）

毋得相為夫妻，相為夫妻及相與奸者，皆黥為城旦舂。……（嶽麓五 1107/2）

此外，東漢堂兄弟姊妹相奸須加重懲處（詳後文），應亦無法通婚。<sup>13</sup> 如唐律「同姓不婚」的大範圍限制則未見。<sup>14</sup> 過去學者已指出儘管「同姓不婚」之習俗源遠流長，納入法制始於北魏孝文帝時。<sup>15</sup> 秦漢平民之姓尚不固定，恐怕缺乏落實同姓不婚的社會基礎。<sup>16</sup> 血親之外，嚴禁收繼男性血親之妻或御婢：

復兄弟、孝〈季〉父柏（伯）父之妻、御婢，皆黥為城旦舂。復男弟子、孝〈季〉父柏（伯）父子之妻、御婢，皆完為城旦舂。（張家山《二年律令》195）

整理者指出「復」即「報」，應即收繼婚。<sup>17</sup>

其次是主奴通婚禁令：

奴取（娶）主、主之母及主妻、子以為妻，若與奸，棄市，而耐其女子以為隸妾。其強與奸，除所強。（張家山《二年律令》190）

嚴厲禁止奴娶主人或主人之母、妻、女為妻，或與之相奸。至於主人與婢的性關係則不在禁列，主人甚可放免婢而以之為妻，詳後述。如無主奴關係，據：

民為奴妻而有子，子畀奴主；婢奸，若為它家奴妻，有子，子畀婢主，皆為奴婢。（張家山《二年律令》188）<sup>18</sup>

<sup>13</sup> 礙於律文出土具有偶然性，又有時代先後之別，此處僅能揭示大體原則，無從細論時代發展，懇請諒察。唯須指出始皇二十六年令應具有特殊性，不見得適用前後時代。

<sup>14</sup> 《唐律·戶婚》182。

<sup>15</sup> 仁井田陞，《支那身分法史》，頁551-553。

<sup>16</sup> 徐復觀指出直至西漢時「平民的姓，多係自己隨意取定，而其祖先並無姓氏，因之，此時有的姓，並未與祖先的血統有密切的關連，所以姓的浮游性很大」。參氏著，〈中國姓氏的演變與社會形式的形成〉，《兩漢思想史》（臺北：臺灣學生書局，1985），第1卷，頁295-350。

<sup>17</sup> 顧頡剛，〈由「烝」、「報」等婚姻方式看社會制度的變遷（上）〉，《文史》（北京）14（1982）：1-25。

<sup>18</sup> 原釋文將第一個主字右下方符號視為重文號（=），釋作「民為奴妻而有子，子畀奴主；主婢奸，若為它家奴妻，有子，子畀婢主，皆為奴婢」。富谷至編，《江陵張家山二四七

奴得與庶民通婚，婢或亦得與庶民通婚。<sup>19</sup>

再次，前言所論闡南一案，透露漢初對異國通婚亦設有禁令。自審訊者所言「律所以禁從諸侯來誘者，令它國毋得取（娶）它國人也」判斷，律令中實不存在「它國毋得取（娶）它國人」之明文規定，此一嫁娶禁令乃是審訊者推論「禁從諸侯來誘」之法意而來；唯對於此點，其他參與議論之官吏似無異議。不過，如從「禁從諸侯來誘」推論，所禁者應僅限於它國人娶漢人，而不禁漢人娶它國人；在漢初的人口爭奪戰中，漢帝國中央僅在意人口是否外流的問題。西漢中期以後，「禁從諸侯來誘」及隨之而來的通婚限制應已解消。

此外，秦令中可見限制官民通婚的懲罰條款：

●獄史、令史、有秩吏及屬、尉佐以上，二歲以來新為人贅墾（壻）者免之。其以二歲前為人贅墾（壻）而（嶽麓四 0559/334）

能去妻室者勿免，其弗能行者免之。二歲以來家不居其所為吏之郡縣，而為舍室即取（娶）妻焉（嶽麓四 0359/335）

官，免之。家不居咸陽而取（娶）妻咸陽及前取（娶）妻它縣而後為吏焉，不用此令。（嶽麓四 0353/336）

此令是對獄史、令史、有秩吏及屬、尉佐以上官吏所作規範，可能還包括長吏。離開居家所在而赴外地任職之時，<sup>20</sup> 不得在當地娶妻，否則予以免職；除非娶妻事實發生在赴任之前，或於首都咸陽娶妻。其用意是防止官吏在任期間威逼百姓為婚，唯家鄉或首都本為官吏尋求姻緣的主要地域，設禁不符人情，故不在禁

---

號墓出土漢律令の研究 譯注篇》（京都：朋友書店，2006），頁 122-123 指出主字右下方並非「＝」，而是「∟」。細查圖板，該符號不似典型的「＝」或「∟」，勉強較接近「＝」。但以文義而言，作「∟」較為合理。1.「為它家奴妻」之主語應為「婢」而非「主婢」；2. 主婢之間的性關係以「御」而非「奸」字表現；3. 主婢所生子歸於主並無疑義，無須規範；4. 主婢所生子不應為奴婢，張家山《二年律令》385「婢御其主而有子，主死，免其婢為庶人」只提及放免婢為庶人，未提及其子。「專修大學二年律令研究會」亦從意義判斷，認為此符號為衍文，見〈張家山漢簡『二年律令』譯注（五）——收律・襍律・錢律・置吏律・均輸律・傳食律〉，《專修史學》39 (2005)：93-171。

<sup>19</sup> 此條文只論及「婢奸」及「為它家奴妻」兩種生子前提，背後原理似乎是婢不得為民妻。但《方言》述及：「齊之北鄙，燕之北郊，凡民男而壻婢謂之臧，女而婦奴謂之獲。」顯示婢可與民通婚。賈麗英認為奴婢皆可與庶人為婚，參氏著，《秦漢家庭法研究：以出土簡牘為中心》（北京：中國社會科學出版社，2015），頁 194-197。

<sup>20</sup> 嶽麓四 1396/210：「置吏律曰：縣除小佐毋（無）秩者，各除其縣中。」嶽麓四 1272/207：「置吏律曰：縣除有秩吏，各除其縣中。」可知無秩、有秩之少吏以任職本縣為原則。

內。此與唐〈戶令〉：「諸州縣官人在任之日，不得共部下百姓交婚，違者雖會赦，仍離之。其州上佐以上及縣令於所統屬官亦同。其定婚在前，任官居後，及三輔內官門閥相當情願者，並不在禁限」<sup>21</sup> 一脈相承。本令前半則是禁官吏為贅婿之規定。又秦代娶賈人之女亦有罰則：

城父繁陽士五（伍）枯取（娶）賈人子為妻，戌四歲（里耶 8-466）

秦漢時代賈人與贅婿經常同為謫戍、禁錮的對象，為政權打擊之重點所在，上述材料顯示婚姻政策亦為打擊手段之一。不過必須指出，娶妻為吏之地、娶賈人之女等儘管須受懲罰，似不代表婚姻必然無效或須強制離婚，與前述近親通婚、主奴通婚等顯有差異。

三、是否具備成婚意願，亦是婚姻成立的關鍵，秦漢對「強略人以為妻」祭有重罰。<sup>22</sup> 唯在中國傳統婚姻中，除當事人意願更考量尊長意願。<sup>23</sup> 尊長主婚習慣由來久遠，子女由父母主婚，奴婢由主人主婚。<sup>24</sup> 出土秦漢秦讞文書中有兩則為「隸」安排婚配之例，<sup>25</sup> 可見基層社會亦有尊長主婚之俗：（一）秦王政十八年，男子讖自述「自小為洧隸。洧令上造狗求上造羽子女鮑為讖妻。令狗告羽曰：且以布肆、舍客室鼠（予）讖。羽乃許洧」。（二）漢高祖十年，女子符自述「以令自占書名數，為大夫明隸，明嫁符隱官解妻」。<sup>26</sup> 「隸」應為無親屬關係而同戶、身分屬自由民之依附者。第二例大夫明嫁其隸符於隱官，隱官地位居於庶人之下，顯示隸之身分亦不高；但第一例大夫洧為其隸讖娶上造之女，請託媒妁甚至分予財產以玉成其事，若以養子視之。兩人待遇之差異應由於符來路不明，讖則自幼同居。綜而言之「隸」地位似介乎養子與奴婢之間，此二例可反映秦漢父母、主人為子女、奴婢主持婚姻的情況。唐〈戶婚律〉195：「諸嫁娶違律，祖父母、父母主婚者，獨坐主婚」，明訂尊長主婚之時，嫁娶違律之責只由尊長承擔。而儘管秦漢婚姻亦主要出自尊長之命，律令中未規範主婚人是否坐罪。如前引「取（娶）人妻及亡人以為妻」之律，僅處罰嫁娶當事者及為媒者，而未涉尊長。

<sup>21</sup> 仁井田陞，《唐令拾遺》（東京：東京大學出版會，1933），〈戶令〉，頁253。

<sup>22</sup> 據嶽麓四 1419/232 及張家山《二年律令》194，當斬為城旦。

<sup>23</sup> 《唐律·戶婚》188：「諸卑幼在外，尊長後為定婚，而卑幼自娶妻，已成者，婚如法；未成者，從尊長。違者，杖一百。」

<sup>24</sup> 陳顧遠，《中國婚姻史》，頁142。

<sup>25</sup> 「隸」之最新研究可參陳偉，〈秦漢簡牘中的「隸」〉，簡帛網（[http://www.bsm.org.cn/show\\_article.php?id=2712](http://www.bsm.org.cn/show_article.php?id=2712)，收稿2017.01.24）。

<sup>26</sup> 分別出自《為獄等狀四種》案例七、《奏讞書》案例四。

《太平御覽》卷六四〇所載董仲舒決獄之案例，正暴露這種法律規定無法對應社會實情的困窘：

甲夫乙將舡，會海盛風，舡沒，溺流死亡不得葬。四月，甲母丙即嫁甲，欲當何論？或曰：甲夫死未葬，法無許嫁，以私為人妻，當棄市。議曰：臣愚以為春秋之義，言夫人歸於齊，言夫死無男，有更嫁之道也。婦人無專刺擅恣之行，聽從為順，嫁之者歸也，甲又尊者所嫁，無淫衍之心，非私為人妻也。明於決事，皆無罪名，不當坐。

甲夫雖死未葬，依法甲不得改嫁，否則乃「私為人妻」而罪當棄市。前引漢初律令規定人妻重婚「黥為城旦舂」，此處則須棄市，不知因西漢中期刑罰趨嚴，或因未葬屬服喪期間故加重處罰？無論如何，董仲舒針對此案，先強調更嫁有理，再力辯甲為尊長所嫁，「原心定罪」之下，主張不當坐罪。可見至少至西漢中期止，法律並未考量尊長主婚之俗，未設定主婚者之責。因而此案中甲母丙亦無可坐之罪名。

## （二）形式要件

滿足實質要件的前提下，如何締結婚姻關係？古今婚姻之成立，不外乎採事實婚主義或形式婚主義，後者主要包括儀式婚與登記婚。<sup>27</sup> 陳顧遠指出中國自有禮制以來，婚儀即為婚姻之形式要件；<sup>28</sup> 仁井田陞亦認為婚儀是婚姻成立的公示方法，強調婚姻成立與是否提出戶口登錄無關。<sup>29</sup> 檢諸後世律令，對婚書、聘財等婚約之成立要件有詳盡規範，對婚姻之成立要件卻幾乎無所著墨；似乎關於何謂成婚，有普遍公認的社會共識，而無須行諸明文。

新出嶽麓秦令透露秦已對婚約有所規範：

●十三年三月辛丑以來，取（娶）婦嫁女必參辨券。不券而訟，乃勿聽，如廷律。前此令不券訟者，治之如內史（嶽麓五 1099/188）

律。•謹布令，令黔首明智（知）。•廷卒□（嶽麓五 1087/189）

自秦王政十三年三月辛丑日起，娶婦嫁女須立「參辨券」。參辨券指一式三份的券書，立券時除嫁娶雙方外，應須鄉官在場，三份或由嫁娶雙方及官方分別執

<sup>27</sup> 戴炎輝、戴東雄、戴瑀如，《親屬法》（臺北：順清文化事業公司，2011），頁 92-93。

<sup>28</sup> 陳顧遠，《中國婚姻史》，頁 12-15。

<sup>29</sup> 仁井田陞，《支那身分法史》，頁 648。



持。<sup>30</sup> 亦即藉由官方介入確保券書之真實性，防止竄改偽造，而為發生糾紛時明確的憑依。可能發生「訟」顯示此處「娶婦嫁女」應非成婚而指訂定婚約，參辦券之作用如同後世之婚書。規定「娶婦嫁女必參辦券」之用意，應在強調訂定婚約須有參辦券，否則發生毀婚等糾紛時官方不受理，而非無參辦券不得成婚。<sup>31</sup>

至於婚姻如何完成而發生效力，自睡虎地秦簡公布以來，學者即據下簡主張秦實行登記婚制：

女子甲為人妻，去亡，得及自出，小未盈六尺，當論不當？已官，當論；未官，不當論。（睡虎地《法律答問》166）

女子甲犯下逃亡罪，但因身高未滿六尺，是否論罪產生爭議。睡虎地秦律中不論男女，皆以身高六尺為法律責任界線，未滿六尺無須論罪。<sup>32</sup> 然而女子甲之案除身高外尚需考慮「已官」或「未官」問題。「已官」一般理解為向官方進行結婚登記。<sup>33</sup> 女子甲之婚姻如已登記，須追究逃亡罪，如未登記，則無須追究逃亡罪。此肇因於婚姻狀態亦為判斷法律責任的因素之一，已婚為「成年」之標誌，尤以女子為然。<sup>34</sup>

此處女子甲的刑事責任因婚姻「已官」、「未官」而有別，不少學者因而指出「已官」才構成法律所承認的婚姻關係。不過不論「已官」、「未官」，女子

<sup>30</sup> 可參考先令析分財產之規定：「民欲先令相分田宅、奴婢、財物，鄉部嗇夫身聽其令，皆參辦券書之，輒上如戶籍。有爭者，以券書從事；毋券書，勿聽。所分田宅，不為戶，得有之，至八月書戶。留難先令，弗為券書，罰金一兩。」（張家山《二年律令》334-336）

<sup>31</sup> 嶽麓四 630/301~609/302：「●十三年六月辛丑以來，明告黔首：相貸資繻者，必券書吏，其不券書而訟，乃勿聽，如廷律。前此令不券書訟者，為治其繻，毋治其息，如內史律。」與本令同時頒布，用意相同。

<sup>32</sup> 睡虎地《法律答問》158：「甲小未盈六尺，有馬一匹自牧之，今馬為人敗，食人稼一石，問當論不當？不當論及賞（償）稼。」因身高不足六尺而不論罪及賠償。漢代《二年律令》則以年齡十歲為是否追究法律責任的標準。張家山《二年律令》86：「有罪年不盈十歲，除；其殺人，完為城旦舂。」《二年律令》115：「年未盈十歲為乞（乞）鞠，勿聽。」《二年律令》134：「年未盈十歲及繫（繫）者、城旦舂、鬼薪白粲告人，皆勿聽。」

<sup>33</sup> 另一答問：「官其男為爵後，及臣邦君長所置為後大（太）子，皆為『後子』」（睡虎地《法律答問》72），「官」亦為至官方登記爵位繼承人之意。

<sup>34</sup> 嶽麓四 1941+2031/058：「免老、小未傅、女子未有夫而皆不居償日者，不用此律。」嶽麓五 960/015：「其子已傅嫁不當收者。」張家山《二年律令》174-175：「其子有妻、夫，若為戶、有爵，及年十七以上，若為人妻而棄、寡者，皆勿收。」皆顯示婚姻將帶來法律身分的變化。

甲皆被視為「人妻」，現實中嫁娶而「未官」者應當不在少數。「未官」是否影響婚姻成立與否？嫁娶亡人之例值得審思。《二年律令》規定：

取（娶）人妻及亡人以為妻，及為亡人妻，取（娶）及所取（娶）、為謀（媒）者智（知）其請（情），皆黥以為城旦舂。其真罪重，以匿罪人律論。弗智（知）者不（張家山《二年律令》168-169）

因嫁娶亡人而受罰者，應未進行婚姻登記。判斷婚姻關係存在，恐怕有官方記錄以外的依據，如具備婚姻儀式、有共同生活之事實等。《奏讞書》案例四所引律文為：「取（娶）亡人為妻，黥為城旦，弗智（知），非有減也」，可能為本律文之濃縮。只要嫁娶時進行登記，理論上即可排除「弗知」對方為亡人的情況，此規定可能有督促積極登記婚姻的意圖。但案例四應屬曲折之特例：隱官解已確認所娶對象符「有名數明所」，戶籍上為大夫明之隸，怎能料想符實為亡人而隱晦逃亡事實重新取得身分。本案所以引起爭議，即在於解情有可原。最後仍因「弗知，非有減也」而判處解黥為城旦，反映漢初對律文文面意義的執著。

嶽麓秦簡《為獄等狀四種》案例七「識劫媼案」，更是討論婚姻成立與登記關係的絕佳材料。此案例發生於寡母幼子之家庭。戶長義未成年，故由其母媼代為申告家貲，然而媼卻隱匿了價值六萬八千三百錢的債權券書。亡夫洩之隸識察知其情，向媼討取肆、室，否則將告發媼隱匿家貲。驚恐之餘媼遵從識的要求，並折棄券書，隨後再自首並告發識勒索。此案審問重點除媼所述是否屬實外，還包括媼的身分為何，因媼的身分將影響隱匿家貲罪之量刑。如媼為大夫洩之妻，「女子比其夫爵」，<sup>35</sup> 媼可以大夫寡妻之身分獲得減刑，<sup>36</sup> 反之則否。審理者查驗戶籍，媼之身為「免妾」，即被放免之妾（秦代之妾指婢），而非洩之妻。對此，媼之答覆如下：<sup>37</sup>

<sup>35</sup> 張家山《二年律令》372。

<sup>36</sup> 張家山《二年律令》82：「上造、上造妻以上，及內公孫、外公孫、內公耳玄孫有罪，其當刑及當為城旦舂者，耐以為鬼薪白粢。」

<sup>37</sup> 關於此案之分析已見柿沼陽平，〈嶽麓書院藏秦簡譯注——「為獄等狀四種」案例七識劫媼案〉，《帝京史學》30(2015)：193-238；陳絮，〈嶽麓簡「識劫媼案」與戰國家庭組織中的依附民〉，《出土文獻研究》第14輯（上海：中西書局，2015）；王彥輝，〈秦簡「識劫媼案」發微〉，《古代文明》9.1(2015)；下倉涉，〈ある女性の告發をめぐって：嶽麓書院藏秦簡「識劫媼案」に現れたる奴隸および「舍人」「里單」〉，《史林》99.1(2016)。

媼曰：與義（義）同居，故大夫沛妾，沛御媼，媼產義（義）、女媵。沛妻危以十歲時死，沛不取（娶）妻。居可二歲，沛免媼為庶人，妻媼。媼有（又）產男必、女若。居二歲，沛告宗人、里人大夫快、臣、走馬拳、上造嘉、頡曰：沛有子媼所四人，不取（娶）妻矣。欲令媼入宗，出里單賦，與里人通飲（飲）食。快等曰：可。媼即入宗，里人不幸死者出單賦，如它人妻。居六歲，沛死。……不智（知）戶籍不為妻、為免妾故。（嶽麓三 112-119）

媼原為大夫沛之妾，沛與之交而生下男義、女媵。十年前沛妻危去世，沛不再娶。約八年前，沛免媼為庶人，以之為妻。媼又產下男必、女若。六年前，沛告知宗人兼里人快等五人：媼替沛生下四個孩子，沛已不打算再娶妻；希望能讓媼入宗，分擔里中「單」之費用。快等人應允之，媼於是入宗，為里中不幸死者分攤「單」之費用，一如他人之妻。沛在不久前去世。媼自身並不清楚戶籍中不記為妻而為免妾的緣故。審理者又傳喚媼之女媵及快等五人，皆證實媼所言不虛。

此處出現宗、里、單三種組織。宗為血緣組織，里為地緣組織，單（憚、彈）的性質過去曾有激辯，現今不少學者主張為血緣、地緣關係之外，為特定目的而結成的人群組織。<sup>38</sup> 快等五人既為宗人又為里人，反映「聚族里居」的社會現實；而單稱「里單」，可能以里為結成範疇；入宗則須出里單之賦，則顯示單與宗有密切關係。故宗、里、單雖有不同組成原理，限於此例所見，似有高度重疊。推測其同里之人多為同宗，彼此組成單，以在經濟生活上共同支援。不過，里為地方行政組織，宗、單則非里中人人皆可加入，須經其他成員之許可。「出單賦如它人妻」不知意味妻子在丈夫之外，也須獨力負擔一分單賦，或由妻子替代丈夫支付單賦？不論何者，皆透露妻子在基層組織的經濟生活中扮演一定角色。<sup>39</sup> 媼主張以妻子身分加入宗、單，獲得承認，多年來皆肩負妻子身分之義務，亦即自社會角度而言，媼的妻子身分並無疑義。

<sup>38</sup> 杜正勝，〈漢「單」結社說〉，氏著，《古代社會與國家》（臺北：允晨文化，1992）；邢義田，〈漢代的父老、憚與聚族里居——漢侍廷里父老佯買田約束石券讀記〉，氏著，《天下一家：皇帝、官僚與社會》（北京：中華書局，2011）；初山明，〈漢代結憚習俗考〉，邢義田、劉增貴主編，《古代庶民社會》（臺北：中央研究院，2013）。

<sup>39</sup> 漢代賜民爵時例賜「女子百戶牛酒」，《漢書·文帝紀》顏師古注曰：「賜爵者，謂一家之長得之也。女子謂賜爵者之妻也。率百戶共得牛若干頭，酒若干石，無定數也。」百戶應指一里，里中戶主之妻共同獲賜牛與酒，負責舉行宴飲或進行分配，亦顯現人妻在里中之經濟角色。

又可注意媼自述「沛免媼為庶人，妻媼」，亦即在放免的時間點，兩人夫妻關係即已成立，但又過了兩年之後，沛才向宗人、里人告知以媼為妻之決定。此案顯示本人認定、社會認定、戶籍認定之夫妻關係不一定一致。審理者又傳喚負責戶籍之鄉官，確認戶籍上不登錄為妻乃因沛未提出申請，而非作業疏失。此時審理者面臨是否該承認媼妻子身分的難題，故向上級提出奏讞，上級最終裁定之指示則不得而知。但無論最終裁定為何，可知戶籍與社會認知皆為法庭判定婚姻關係之依據，兩者不一致時產生爭議。<sup>40</sup> 而採用何種認定標準，恐怕也與事件性質、司法考量有關。前述《法律答問》中逃亡之女子甲如「未官」不須論罪，或因婚姻關係將影響量刑結果，故審慎處理，以官方記錄為判定依歸。其他夫妻相互權利義務規定，如「妻悍而夫毆笞之，非以兵刃也，雖傷之，毋罪」<sup>41</sup> 等，推測更可能是以婚姻儀式所代表的社會認知為夫妻關係存在之依據。

媼原先並非正妻，卻與沛有合法性關係。這類夫與非正妻之間的關係是否屬「夫妻關係」？其「夫妻關係」如何認定？是否適用律令中關於夫妻之規定？下節試加探討。

### （三）婚姻類型

《二年律令》中可見如下規定：

復兄弟、孝〈季〉父柏（伯）父之妻、御婢，皆黥為城旦舂。復男弟子、孝〈季〉父柏（伯）父子之妻、御婢，皆完為城旦舂。（張家山《二年律令》195）

疾死置後者，徹侯後子為徹侯，其毋（無）適（嫡）子，以孺子子、良人子。關內侯後子為關內侯，卿侯〈後〉子為公乘，五大夫後子為公大夫，公乘後子為官大夫，公大夫後子為大夫，官大夫後子為不更，大夫後子為簪褭，不更後子為上造，簪褭後子為公士，其毋（無）適（嫡）子，以下妻子、偏妻子。（張家山《二年律令》367-368）

不為後而傳者，關內侯子二人為不更，它子為簪褭；卿子二人為不更，它子為上造；五大夫子二人為簪褭，它子為上造；公乘、公大夫子二人為上造，它子為公士；官大夫及大夫子為公士；不更至上造子為公卒。當士為

<sup>40</sup> 佐々木滿實亦討論此案，認為此案最終應以「妻」之身分論處。佐々木滿實，〈秦代・漢初における「婚姻」について〉，《ジェンダー研究》20（2017）：87-100。

<sup>41</sup> 張家山《二年律令》32。

上造以上者，以適（嫡）子；毋（無）適（嫡）子，以扁（偏）妻子、孽子，皆先以長者。若次其父所以，所以未傳，須其傳，各以其傳時父定爵士之。父前死者，以死時爵。當為父爵後而傳者，士之如不為後者。（張家山《二年律令》359-362）

可知男性家內性伴侶除正妻外，尚有下列妻、偏妻、御婢等。下妻、偏妻相當於妾，御婢則是曾為主人所幸之婢。<sup>42</sup> 儘管具體內涵有別，對正妻、妾、婢三種身分的區分貫穿中華帝國時期。自唐宋等後世法律可知夫妻亦屬婚姻關係，有嫁娶之儀節法式，但較娶妻為簡略；婢則不屬婚姻關係，唯婢不得拒絕主人之性要求。<sup>43</sup>

劉增貴指出漢代的妾多以妻稱，如「小妻」、「下妻」，「傍妻」、「庶妻」等，魏晉南北朝多稱妾，稱妻者甚少，唐宋以下則無妻稱，稱呼變化反映妾的地位逐漸低落。<sup>44</sup> 彭衛認為漢代妻妾之別僅取決於進入夫家的時間順序，賈麗英則以為從聘娶和家庭生活實態來看，秦漢的妾更相當於後世的次妻。<sup>45</sup> 換言之，以上學者皆同意秦漢妻妾之懸隔不若後世絕對。以法律而言，唐律令中對於妻、妾有明確區分，如：「諸毆傷妻者，減凡人二等；死者，以凡人論。毆妾折傷以上，減妻二等」，<sup>46</sup> 稱「妻」之處原則上不包括「妾」。上引《二年律令》195 卻僅言「妻、御婢」，自禁止與男性親屬伴侶有染的立法原理而言，下妻、偏妻等顯然包含在「妻」的範疇中。那麼，律令中所見關於夫妻之規定，可能亦適用下妻、偏妻等有妻之稱者。如「妻悍而夫毆笞之，非以兵刃也，雖傷之，毋罪」（張家山《二年律令》32），既未見對於下妻、偏妻另作規定，應皆依此條論處。<sup>47</sup> 下例更可證連坐對象之「父母妻子同產」包含非嫡妻之妻：

<sup>42</sup> 張小鋒，〈釋張家山漢簡中的「御婢」〉，《出土文獻研究》第6輯（上海：上海古籍出版社，2004），頁125-129。

<sup>43</sup> 劉燕儷，《唐律中的夫妻關係》（臺北：五南圖書，2007），頁188-214；柳立言，《宋代的宗教、身分與司法》（北京：中華書局，2012），下編〈身分：以妾為例〉。直至清代才對主人的性權利有所限制，見瞿同祖，《中國法律與中國社會》（臺北：里仁書局，1984），頁300-303；Matthew H. Sommer, *Sex, Law, and Society in Late Imperial China* (Stanford: Stanford University Press, 2000), pp. 45-54；胡祥雨，〈清代「家長奸家下人有夫之婦」例考論——滿、漢法律融合的一個例證〉，《法學家》2014.3：122-132。

<sup>44</sup> 劉增貴，〈魏晉南北朝時代的妾〉，《新史學》2.4（1991）。

<sup>45</sup> 彭衛，《漢代婚姻形態》，頁124；賈麗英，《秦漢家庭法研究》，頁63-71。

<sup>46</sup> 《唐律·鬪訟》325。

<sup>47</sup> 賈麗英已指出刑律中妻妾一體，見《秦漢家庭法研究》，頁72-76。

光久典尚書，練法令，號稱詳平。時定陵侯淳于長坐大逆誅，長小妻廼始等六人皆以長事未發覺時棄去，或更嫁。及長事發，丞相方進、大司空武議，以為「令，犯法者各以法時律令論之，明有所訖也。長犯大逆時，廼始等見為長妻，已有當坐之罪，與身犯法無異。後乃棄去，於法無以解。請論」。光議以為「大逆無道，父母妻子同產無少長皆棄市，欲懲後犯法者也。夫婦之道，有義則合，無義則離。長未自知當坐大逆之法，而棄去廼始等，或更嫁，義已絕，而欲以為長妻論殺之，名不正，不當坐」。有詔光議是。（《漢書·孔光傳》）

敘述中對於淳于長之小妻逕稱為長妻，以夫婦之道解釋其離合原理，小妻之法制地位確實比照於妻。然而「女子比其夫爵」<sup>48</sup> 是否及於下妻、偏妻？前述案例中的廼如非御婢而是下妻或偏妻，以夫爵論罪是否即無爭議？則讓人感到較懷疑。<sup>49</sup> 畢竟「女子比其夫爵」來自夫妻齊體的理念，以一夫一妻為原則。不過，似不能完全排除秦漢因法律規定未臻細緻、庶民之家有下妻偏妻者不多見，而得以一體適用的可能性。從唐代之妾可因夫之官爵而享有法律特權來看，<sup>50</sup> 漢代下妻、偏妻或亦得比照其夫之爵而享有刑罰減免。

較明確的矛盾則見諸以下規定：

為人妻者不得為戶。（張家山《二年律令》345）

· 毋夫，及為人偏妻，為戶若別居不同數者，有罪完舂、白粲以上，收之，毋收其子。內孫毋為夫收。（張家山《二年律令》176-177）

上律規定為人妻者不得自為戶主，意即人妻應與其夫同戶。下律則是對於收孥制的補充說明。秦及漢初規定男性犯城旦、鬼薪以上之罪，其妻及未成年子女須沒入公家，但女性犯罪者之夫及未成年子女無須沒入公家。此律特別說明，即使該女性無夫，或為人偏妻，而屬自為戶主或與夫別居別籍的情況，亦不導致未成年子女沒入公家；此外內孫也不會因祖父之犯罪而遭沒入。藉此可知，偏妻有「為戶」或與夫「別居不同數」的情形，如偏妻亦適用妻之所有規定，則明顯牴觸「為人妻者不得為戶」。

<sup>48</sup> 張家山《二年律令》372。

<sup>49</sup> 劉增貴指出大臣之妻有「命婦」之稱，與其夫稱「命夫」齊等，而妾除有特別封爵，不稱命婦。劉增貴，〈魏晉南北朝時代的妾〉。

<sup>50</sup> 劉燕儷，〈唐律中的夫妻關係〉，頁 208-211。

有些學者根據此條指出下妻、偏妻之別：下妻與夫同居同戶，偏妻則與夫別居不同戶。<sup>51</sup> 但此處敘述方式「為人偏妻，為戶若別居不同數者」，似以「為戶若別居不同數者」為限定條件，而非意謂偏妻皆屬「為戶若別居不同數者」。由於傳世文獻中尚可見小妻、傍妻等各種稱呼方式，秦漢律令對親屬稱謂又不一定嚴謹，令人懷疑下妻、傍妻是否有明確區隔，或實為異名同指，反映不同地域的稱呼。<sup>52</sup> 無論如何，可知現實社會中確實存在與夫別居甚至別戶的情形。史書中亦見例證：

皋字少孺。乘在梁時，取皋母為小妻。乘之東歸也，皋母不肯隨乘，乘怒，分皋數千錢，留與母居。（《漢書·賈鄼枚路傳》）

與夫分居別戶可能違犯律令，但偏妻既有妻之稱，應屬合法婚姻關係，依一定儀式而締結，至少就社會認知而言並非婚外情婦。<sup>53</sup> 別戶偏妻之存在，顯示戶籍不是判斷婚姻關係的唯一依據。一旦發生爭議事件——如偏妻子繼承權之爭，應可藉由鄰里知悉之人的證言，而填補戶籍之缺，確認其婚生子地位。<sup>54</sup> 秦漢律令原則上切斷父親與非婚生子之間的聯繫，如偏妻子為奸生子，應無繼承父親爵位、田宅之權利。

綜合上述，下妻、偏妻亦屬妻，適用妻之規定。縱使存在別居別戶情形，不符法律規範，其夫妻關係本身並未受質疑。至於御婢，不屬夫妻關係已清楚見於前論「識劫媿案」。<sup>55</sup> 男主人對婢之性權利可說是一種社會默許、默契，而為法

<sup>51</sup> 富谷至編，《江陵張家山二四七號漢墓出土漢律令の研究 譯注篇》及專修大學二年律令研究會，〈張家山漢簡二年律令譯注（一）——賊律〉，《專修史學》35（2003）已提出此種可能性；佐々木滿實，〈漢代婚姻形態に關する一考察——二年律令に見える「下妻」「偏妻」について〉，《張家山漢簡『二年律令』の研究》（東京：東洋文庫，2014）則加以完整論述。

<sup>52</sup> 上引張家山《二年律令》367-368 在嫡子之外提及下妻子、偏妻子，《二年律令》359-362 則在嫡子之外提及偏妻子、孽子。如下妻子、偏妻子、孽子有明確區隔，較難解釋律文此現象。又如《二年律令》42-43「毆父偏妻父母」僅言及偏妻，可能是以「偏妻」涵蓋所有非嫡妻之妻。

<sup>53</sup> 《漢書·高五王傳》：「齊悼惠王肥，其母高祖微時外婦也。」此處「外婦」較難判斷屬婚姻關係或婚外情。

<sup>54</sup> 以里人證言補充戶籍著錄，可參拙稿，〈漢代「傳」中的父老與里正〉，《早期中國史研究》8.2（2016）：53-78。

<sup>55</sup> 張小鋒認為御婢「與主人有當時禮俗所承認的事實上的婚姻關係或合法性行為」，「合法性行為」之說正確，但不知「事實上的婚姻關係」所指為何。張小鋒，〈釋張家山漢簡中的「御婢」〉。

律所承認。但如「復兄弟、季父伯父之妻、御婢」條文所示，這種性權利是排他性的，一位婢只與家庭中的一位男性有合法性關係，即其直接主人。《二年律令》將奴婢之「主」與「主父母妻子」分列之諸條文（34、44、132）顯示奴婢之直接主人僅有一位。《說文解字》十二下：「姁，除也。从女并聲。漢律，齊民與妻婢姁曰姁」，則透露對於妻子之婢亦無性權利。御婢如為主人生兒育女，則地位將與其他婢有別：

婢御其主而有子，主死，免其婢為庶人。（張家山《二年律令》385）

主人死後得免為庶人。此處未論及所生之子，主、婢所生子之身分應原即庶人。前引《二年律令》繼承法，僅見下妻子、偏妻子、孽子，而無御婢子。然而「識劫姁案」中，姁所生長子義確實繼承了父親的爵位與財產。主婢間既屬合法性結合，所生之子亦得享有婚生子之權利。

沛得以免姁為庶人，並以之為妻，唐律卻對此設禁：

諸以妻為妾，以婢為妻者，徒二年。以妾及客女為妻，以婢為妾者，徒一年半。各還正之。

若婢有子及經放為良者，聽為妾。

【疏】議曰：婢為主所幸，因而有子，即雖無子，經放為良者，聽為妾。

問曰：婢經放為良，聽為妾。若用為妻，復有何罪？

答曰：妻者，傳家事，承祭祀，既具六禮，取則二儀。婢雖經放為良，豈堪承嫡之重。律既止聽為妾，即是不許為妻。不可處以婢為妻之科，須從以妾為妻之坐。（《唐律疏議·戶婚》178）

婢即使產子、放良，至多只能為妾。反映唐代庶人與奴婢、正妻與非正妻之間的界線較秦漢更加不可逾越。

## 二・婚姻的解消

傳統中國法制中離婚主要分為單意離婚、合意離婚、強制離婚三類。單意離婚即夫棄妻，須受「七出」、「三不去」之限制，合意離婚為「和離」，強制離婚則指「義絕」。茲引唐律法源如下：

諸妻無七出及義絕之狀，而出之者，徒一年半；雖犯七出，有三不去，而出之者，杖一百。追還合。若犯惡疾及姦者，不用此律。



【疏】議曰：……七出者，依令：「一無子，二淫佚，三不事舅姑，四口舌，五盜竊，六妬忌，七惡疾。」義絕，謂「毆妻之祖父母、父母，及殺妻外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹，若夫妻祖父母、父母、外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹自相殺，及妻毆詈夫之祖父母、父母，殺傷夫外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹，及與夫之總麻以上親若妻母姦，及欲害夫者，雖會赦，皆為義絕。」……三不去者，謂：一，經持舅姑之喪；二，娶時賤後貴；三，有所受無所歸。而出之者，杖一百。並追還合。「若犯惡疾及姦者，不用此律」，謂惡疾及姦，雖有三不去，亦在出限，故云「不用此律」。（《唐律疏議·戶婚》189）

諸犯義絕者離之，違者，徒一年。若夫妻不相安諧而和離者，不坐。

【疏】議曰……皆謂官司判為義絕者，方得此坐，若未經官司處斷，不合此科。（《唐律疏議·戶婚》190）

至於離婚程序，唐開元二十五年令載棄妻需有「棄狀」：

皆夫手書棄之。男及父母伯姨舅，并女父母伯姨舅，東鄰西鄰，及見人皆署。若不解書，畫指為記。<sup>56</sup>

須會聚親屬鄰里，在公開見證之下，親手形諸文書以為憑據。參照日本令，此一「棄狀」可能須上交官司，以更新戶籍；<sup>57</sup> 官方受理後應會開立公牒，以為正式離婚證書。<sup>58</sup> 而發生所述事由須強制離婚之義絕，戴炎輝指出有義絕事由發生時即消滅婚姻關係者，亦有如上引疏議所示，須待官司斷定而後始消滅婚姻關係者。<sup>59</sup>

不少學者認為七出、義絕應已存於漢律令。<sup>60</sup> 遺憾的是，目前出土秦漢律令未見有關條款。自睡虎地秦簡：「棄妻不書，貲二甲。其棄妻亦當論不當？貲二甲」（《法律答問》169），可知秦代棄妻須向官方登錄，否則夫妻雙方皆有罪責，即離婚採登記制。除此之外，只見離婚帶來的法律效果，如：1. 棄妻得取回

<sup>56</sup> 仁井田陞，《唐令拾遺》，頁253。

<sup>57</sup> 仁井田陞，《支那身分法史》，頁685。

<sup>58</sup> 岳純之，〈唐代的離婚制度〉，氏著，《唐代民事法律制度論稿》（北京：人民出版社，2006），頁121-123。

<sup>59</sup> 戴炎輝，〈中國固有法上之離婚法（中）〉，《法學叢刊》16.3（1971）：6-19。

<sup>60</sup> 程樹德，《九朝律考》（北京：中華書局，1963），〈漢律考·七去三不去〉，頁115；戴炎輝，〈中國固有法上之離婚法〉，《法學叢刊》16.2-4（1971）；陳顧遠，《中國婚姻史》，頁241；陳鵬，《中國婚姻史稿》（北京：中華書局，1990），頁608。

婚前財產；<sup>61</sup> 2. 棄妻子繼承順位在後妻子之後；<sup>62</sup> 3. 棄妻無須因前夫之罪而緣坐；<sup>63</sup> 4. 棄妻無須因本家父親之罪而收孥；<sup>64</sup> 5. 前夫與棄妻的性關係構成奸。<sup>65</sup> 至於離婚條件則幾未置一詞。然而即使如此，仍可藉由若干蛛絲馬跡，推論某些條件將導致婚姻關係之解消，與後世之七出、義絕可能有所聯繫。本節嘗試進行討論，唯須說明史料皆出自秦及漢初，不見得能反映西漢中期以後情形。

### （一）自然解消

中國傳統婚姻中，夫妻一方死亡並不會導致婚姻關係絕對消滅。<sup>66</sup> 以秦漢而論，前述寡婦得援用亡夫爵位，即夫妻關係存續之一證。但寡婦是否適用律令中有關人妻之條款，恐須據立法緣由而逐一判斷，如寡婦顯然不受「為人妻者不得為戶」之限制。張家山《奏讞書》案例二一和奸案中，廷史與廷尉等人的論辯言及：

有（又）曰：夫生而自嫁，罪誰與夫死而自嫁罪重？廷尉穀等曰：夫生而自嫁，及取（娶）者，皆黥為城旦舂。夫死而妻自嫁、取（娶）者毋罪。

（張家山《奏讞書》191-192）

學人因而懷疑人倫關係以生死為界。<sup>67</sup> 不過，明確以生死為界者應限於人妻的性忠貞義務，夫死則可自由再嫁；自此案亦可知寡婦不適用「諸與人妻和奸，及其所與皆完為城旦舂」（張家山《二年律令》192），和奸時視同無夫者。<sup>68</sup>

<sup>61</sup> 張家山《二年律令》384：「其棄妻，及夫死，妻得復取以為戶。棄妻，畀之其財。」

《禮記·雜記》鄭注：「律，棄妻畀所齎。」

<sup>62</sup> 張家山《二年律令》380：「棄妻子不得與後妻子爭後。」

<sup>63</sup> 前引《漢書·孔光傳》。

<sup>64</sup> 張家山《二年律令》174-175：「其子有妻、夫，若為戶、有爵，及年十七以上，若為人妻而棄、寡者，皆勿收。」

<sup>65</sup> 嶽麓三《為獄等狀四種》，案例十一。

<sup>66</sup> 陳顧遠，《中國婚姻史》，頁224-233。

<sup>67</sup> 邢義田，〈秦或西漢初和姦案中所見的親屬倫理關係——江陵張家山二四七號墓《奏讞書》簡180-196考論〉，氏著，《天下一家》。

<sup>68</sup> 下倉涉認為後世將寡婦視為有夫者，這種社會通念在此時尚未確立。見氏著，〈秦漢姦淫罪雜考〉，《東北學院大學論集—歷史學·地理學—》39（2005）：105-118。

男		女	
黥城旦	耐鬼薪	黥舂	耐白粲
完城旦		完舂	
耐隸臣		耐隸妾	
耐司寇			
耐候			

秦及漢初刑徒等級圖

因判刑而來的身分變化，也可能導致婚姻關係自然解除。秦及漢初徒刑（或稱勞役刑、身分刑）主要分為黥為城旦舂、完為城旦舂、耐為鬼薪白粲、<sup>69</sup> 耐為隸臣妾、耐為司寇、耐為候幾等，判決確定後成為刑徒，原則上為終身刑，見「秦及漢初刑徒等級圖」。各級刑徒除勞動條件有別，社會身分、權利亦不相同。<sup>70</sup> 首先概述男性刑徒。候因所知甚為有限，在此不論。<sup>71</sup> 司寇可保有戶籍與部分田宅，居住於民里，原有家庭應不發生太大變化。但隸臣、鬼薪、城旦將失去戶籍與田宅，且不得居住於民里。鬼薪、城旦更須沒收一切財產與妻子、未成年子女：

罪人完城旦、鬼薪以上，及坐奸府（腐）者，皆收其妻、子、財、田、宅。（張家山《二年律令》174）

<sup>69</sup> 張家山《二年律令》82：「上造、上造妻以上，及內公孫、外公孫、內公耳玄孫有罪，其當刑及當為城旦舂者，耐以為鬼薪白粲。」鬼薪白粲是對某些身分予以減刑的處置，當刑及當為城旦舂（應指完為城旦舂、黥為城旦舂及其他肉刑）時，改處耐為鬼薪白粲。但鬼薪白粲加重一級時黥為城旦舂，而非完為城旦舂（張家山《二年律令》100）。

<sup>70</sup> 主要研究成果參見陶安あんど，《秦漢刑罰體系の研究》（東京：創文社，2009），第二章，頁 54-108；宮宅潔，《中國古代刑制史の研究》（京都：京都大學學術出版會，2011），頁 96-138；孫聞博，〈秦及漢初的司寇與徒隸〉，《中國史研究》2015.3：73-96；高震寰，〈從勞動力運用角度看秦漢刑徒管理制度的發展〉（臺北：臺灣大學歷史系博士論文，2017），第二、三章，頁 15-83。

<sup>71</sup> 候僅見於秦，較新研究見高震寰，〈從勞動力運用角度看秦漢刑徒管理制度的發展〉，頁 15-18。

妻子及未成年子女成為「收人」，「人以為隸臣妾」，<sup>72</sup> 或遭致轉賣，<sup>73</sup> 換言之將妻離子散、家庭崩解。

過去，因「收」之規定及僅見隸臣有妻材料，學者認為婚姻家庭關係之有無，是城旦以上刑與隸臣以下刑的重要差異。<sup>74</sup> 然而新近公布之嶽麓秦律出現以下律文：

而賁（畢）到其官，官相近者，盡九月而告其計所官，計之其作年。黔首為隸臣、城旦、城旦司寇、鬼薪（薪）妻而內作（嶽麓四 1362/266）

者，皆勿稟食。黔首有賁贖責（債）而有一奴若一婢，有一馬若一牛，而欲居者，許之。（嶽麓四 J28/267）

「黔首」是秦統一後對「民」的稱呼。此處節錄律文透露除了隸臣，城旦、城旦司寇、<sup>75</sup> 鬼薪亦可能有身分為民之妻（外妻）。在城旦、鬼薪之妻須遭沒入的規定下，城旦、鬼薪何以有妻令人訝異，可能性之一是判刑後所娶。無論如何，顯然律令並未限制城旦、鬼薪的婚配權利。而男性刑徒這些身分為民之妻所以「冗作」，<sup>76</sup> 恐怕是為了就近與刑徒一同生活，藉由冗作來賺取生活所需；因其身分為民，故待遇比照居賁贖責（以居作賠償者），不得廩食。<sup>77</sup>

女性刑徒情形如何？首先，女性刑徒僅有隸妾、白粲、舂三級，並無司寇一級。當犯下應當「耐為司寇」之罪時，予以減刑，處以「贖耐」（金十二兩）。若其後再犯，據「女子已坐亡贖耐，後復亡當贖耐者，耐以為隸妾」可知，將跳

<sup>72</sup> 張家山《二年律令》435。

<sup>73</sup> 睡虎地《法律答問》116：「隸臣將城旦，亡之，完為城旦，收其外妻、子。子小未可別，令從母為收。・可（何）謂從母為收？人固買（賣），子小不可別，弗買（賣）子母謂毆（也）。」《奏讞書》案例十七中城旦講之妻、子即在收之後被賣。

<sup>74</sup> 上引陶安あんど、宮宅潔、孫聞博等文。

<sup>75</sup> 睡虎地《秦律十八種》146：「司寇不踐，免城旦勞三歲以上者，以為城旦司寇。」城旦司寇應指從事「司寇」工作之城旦，與一般城旦有別，亦與司寇有別。

<sup>76</sup> 原文「內作」應為「冗作」之誤。楊振紅認為「冗」指不更代、長期供役。宮宅潔另指出「冗」有居住於工作地點、可隨時動員之意。楊振紅，〈秦漢簡中的「冗」、「更」與供役方式——從《二年律令·史律》談起〉，《簡帛研究 二〇〇六》（桂林：廣西師範大學出版社，2008），頁 81-89；宮宅潔，〈漢代官僚組織の最下層：「官」と「民」のはざま〉，《東方學報》（京都）87（2012）：1-52。

<sup>77</sup> 嶽麓四 350/257~993/258：「司空律曰：有臯以賁贖及有責（債）於縣官，以其今日問之，其弗能入及償，以今日居之，日居八【錢】，食縣官者日居六錢，居官府食縣官者男子參，女子駟（四）。」

過司寇一級，直接處以「耐為隸妾」。<sup>78</sup> 與男性不同，女性犯下春、白粲以上罪時，其丈夫與未成年子女不會被沒收，刑罰止於其身。<sup>79</sup> 然而絕不表示春、白粲可維持原有家庭。近來嶽麓秦律揭露，女性一旦成為隸妾以上刑徒，婚姻關係實質終止：

・傳律曰：隸臣以庶人為妻，若羣司寇、隸臣妻懷子，其夫免若冗以免、已拜免，子乃產，皆如其已（嶽麓四 1256/161）

免吏（事）之子。女子懷夫子而有辜，耐隸妾以上，獄已斷而產子，子為隸臣妾，其獄未斷而產子，子各（嶽麓四 1268/162）

如其夫吏（事）子。收人懷夫子以收，已贖為庶人，後產子，子為庶人。（嶽麓四 1275/163）

〈傳律〉此條是對刑徒子女身分之規範。過去已有學者注意到子女身分根據婚生子與否而有別，原則上婚生子身分從父，非婚生子從母，<sup>80</sup> 此處亦體現相同原則。第一部分規定若司寇、隸臣免除刑徒身分後，其妻才產子，子女身分依其免後之新身分而定。可證司寇、隸臣有妻，其妻產子為婚生子，依出生時父親身分決定身分。第二部分規範女性懷有身孕而犯下耐隸妾以上罪時，其子女身分將視在判決前或判決後出生而定。如判決前出生，子女身分依據父親；如判決後出生，則子女須依據母親新身分——隸妾，而成為隸臣妾。顯然判決確定前，夫妻關係仍然存續，子女仍與父連結；一旦判決確定成為隸妾，則夫妻關係斷絕，此時誕生之子女視同非婚生子，從母而定。亦即隸妾並無婚姻權，無「外夫」存在之可能。

第三部分規範女性懷有身孕後成為收人（須入以為隸臣妾），又經贖為庶人而後產子，則子女為庶人。說明丈夫犯下城旦、鬼薪以上罪而妻子成為收人時，其夫妻關係已斷絕，其後產子身分僅考慮母親身分。如上所述，城旦、鬼薪仍有婚姻權，隸妾則無婚姻權。故此時與其說是丈夫身分變化導致婚姻終止，不如說是妻子身分變化導致婚姻終止。睡虎地秦簡：

<sup>78</sup> 張家山《二年律令》90、89、158。

<sup>79</sup> 角谷常子，〈秦漢時代における家族の連坐について〉，富谷至編，《江陵張家山二四七號墓出土漢律令の研究 論考篇》（京都：朋友書店，2006），頁171-195。

<sup>80</sup> 孫聞博、賈麗英曾討論奴婢生子之身分歸屬，不過婢生子情況較為複雜。見孫聞博，〈秦漢簡牘中所見特殊類型奸罪研究〉，《中國歷史文物》2008.3：65-73；賈麗英，《秦漢家庭法研究》，頁192-206。

隸臣斬首為公士，謁歸公士而免故妻隸妾一人者，許之，免以為庶人。

（睡虎地《秦律十八種》155-156）

稱「故妻」而非「妻」，亦非由於丈夫淪為隸臣，而是由於妻子淪為隸妾。

男性刑徒可以有妻，女性一旦成為刑徒則婚姻關係解消，反映兩性在婚姻中的不同位置。丈夫成為刑徒，妻子仍可嫁雞隨雞，依附並照顧男性刑徒，維持一定的家庭生活，<sup>81</sup> 女性刑徒卻無從善盡人妻之義務。故對女子犯罪先予以減刑，如再犯或犯重罪而不得成為刑徒，只能斷絕其婚姻關係。學者曾指出對女性採取寬刑政策，如以雇山錢替代服刑等，是考慮到女性在家庭內的作用，以此維護家庭秩序。<sup>82</sup> 刑徒與人妻的角色不得兩立，可說是女性寬刑政策的背後緣由。

## （二）七出？

「七出」見於《大戴禮記》及《春秋公羊傳》何休注，學者指出漢史中可找到因此七種情形被出的例證，然而尚可見以七出外理由而出妻者。<sup>83</sup> 是以即使出妻理由在七出之內，是否援引七出概念而出妻仍值得懷疑。<sup>84</sup> 管見所及，現今所見律令唯有下引嶽麓秦律似與七出有關：

【諸】給日及諸從事縣官、作縣官及當戍故徼而老病居縣、坐妬入舂，篤貧不能自食，皆食（嶽麓四 J44/292）

縣官，而益展其日以當食，如居貲責（債）。（嶽麓四 0705/293）

「坐妬」而「入舂」，確為限於女性之罪罰。然而此條為勞作者不能自行供食，延長勞動期間以換取官方供食之規定。由於城旦舂一概由官方供食，此處「入舂」應非改變身分成為舂，而如「繫舂」，只是暫時性比照舂而勞動。

<sup>81</sup> 宮宅潔曾指出，因隸臣的田宅被收回，妻兒恐怕也無法留在原居地，而與刑徒本人共同行動，在服役地自營生計。是故送往服役地時必須登錄有無妻子，妻子同行者的衣服須自理。現在看來不只隸臣，鬼薪、城旦如有妻亦應如是。宮宅潔，《中國古代刑制史の研究》，頁 130-132。

<sup>82</sup> 水間大輔，〈秦律・漢律における女子の犯罪の對する處罰—家族的秩序との關係を中心に—〉，《福井重雅先生古稀・退職記念論集 古代アジアの社会と文化》（東京：汲古書院，2007）；宮宅潔，《中國古代刑制史の研究》，頁 65-69。

<sup>83</sup> 劉增貴，《漢代婚姻制度》，頁 21-24。

<sup>84</sup> Jack L. Dull, "Marriage and Divorce in Han China: A Glimpse at 'Pre-Confucian' Society," in *Chinese Family Law and Social Change in Historical and Comparative Perspective*, ed. David C. Buxbaum (Seattle and London: University of Washington Press, 1978), pp. 23-74.

「妬」所指為何？何以女性犯下「妬」須遭受刑罰？由於律令中「妬」僅見此例，只能透過其他線索旁敲側擊。睡虎地秦簡日書〈星〉篇占測之語中，出現「娶妻，妻妬」、「娶妻，妻貧」、「娶妻，妻悍」、「娶妻，妻多舌」、「娶妻，妻為巫」、「娶妻，妻不寧」等預言，反映民間對人妻負面特質的認識，「妻妬」、「妻多舌」恰與「七出」重疊。其中關於「悍」的法制史料相對較豐，由於「悍」與「妬」之意義經常相連結，如《後漢書·馮衍傳》：「衍娶北地任氏女為妻，悍忌，不得畜媵妾」，<sup>85</sup>「妻悍」或可為理解「妻妬」之線索。

秦律、漢律中分別出現「妻悍夫毆笞之」規定：

妻悍，夫毆治（笞）之，決（決）其耳，若折支（肢）指、肤體（體），問夫可（何）論？當耐。（睡虎地《法律答問》79）

妻悍而夫毆笞之，非以兵刃也，雖傷之，毋罪。（張家山《二年律令》32）

夫由當耐至無罪，反映自秦至漢夫妻相對地位之變化。在此希望關注「妻悍」作為「夫毆笞」的前提條件，應如何認定問題。「悍」除用於形容妻，更常用於形容奴婢：

母妻子者，棄市。其悍主而謁殺之，亦棄市；謁斬止若刑，為斬、刑之。

其妻訥詈主、主父母妻（張家山《二年律令》44）

奴婢如「悍主」，主可謁告官方殺之、斬之或刑之，睡虎地《封診式》中恰有二例，茲節引一例如下：

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，斬以為城旦，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）它坐辜（罪）。」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。（睡虎地《封診式》37-41）

作為參照，再引《封診式》中「告子」之例：

告子 爰書：某里士五（伍）甲告曰：「甲親子同里士五（伍）丙不孝，謁殺，敢告。」即令令史已往執。令史已爰書：與牢隸臣某執丙，得某室。丞某訊丙，辭曰：「甲親子，誠不孝甲所，毋（無）它坐辜（罪）。」（睡虎地《封診式》50-51）

<sup>85</sup> 而後世史籍中「妬悍」經常連言，如《北史》列傳第二、二一、二九：「建德妻曹氏妬悍」、「崔氏以妬悍見出」、「其妻鄭氏性妬悍」。

不論奴婢之「悍」，或子女之「不孝」，皆屬主觀認知而非客觀行為，故以主人或父親之謁告為判斷依據，儘管仍需以司法審理流程定罪。主人或父親握有生殺大權，夫對妻是否有此權力則不無疑問。然而「妻悍夫毆笞之」之「妻悍」恐怕也主要取決於丈夫單方面的認定。<sup>86</sup>「妬」的性質亦與「悍」、「不孝」相當類似，缺乏客觀標準，推測是丈夫主動謁告而讓妻子背負「妬」之罪名。<sup>87</sup>相較於「謁殺」、「謁刑」，此時「入春」似只是對妻子的暫時性懲罰。「入春」是否導致夫妻關係解消，或刑期結束後即回復夫妻生活？目前較難以斷定。

### （三）義絕？

「義絕」起源往往被溯及《列女傳·黎莊夫人》「夫婦之道，有義則合，無義則去」，及本文前引《漢書·孔光傳》「夫婦之道，有義則合，無義則離」，幾乎雷同的句子出現在不同事件的敘述中，可能為漢代流行諺語。<sup>88</sup>不過原文重點在於強調夫妻關係不是天生，而屬後天結合，故可以締結亦可以解除。除夫婦外，朋友、君臣等關係亦以義而合，可以義而絕，《新語·道基》言：「夫婦以義合，朋友以義信，君臣以義序，百官以義承。」此處所謂「義」是人際關係的合宜規範，可理解為外在禮儀或內在義理。若論唐律「義絕」之強制離婚概念，則最早見於《白虎通·嫁娶》：「夫有惡行，妻不得去者，地無去天之義也。……悖逆人倫，殺妻父母，廢絕綱紀，亂之大者，義絕，乃得去也。」夫無論如何惡劣，妻皆不得主動去夫，只有夫殺妻父母造成夫妻之間恩斷義絕時，夫妻關係才得以結束。

唐律中「義絕」事由，戴炎輝歸納如下：

- 一、夫犯：1. 毆妻之祖父母、父母，2. 殺妻外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹，3. 與妻母奸。
- 二、妻犯：1. 毆、**害**夫之祖父母、父母，2. 殺、**傷**夫外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹，3. 與夫之總麻以上親奸，4. 欲害夫。

<sup>86</sup> 賈麗英，〈秦漢時期「悍罪」論說〉，《石家莊學院學報》8.1 (2006)。

<sup>87</sup> 《南齊書·孔稚珪傳》：「仲智妻李氏驕妬無禮，稚珪白太守王敬則殺之。」南朝時可因妾「妬」而告官殺之，不知為特例或法制上規定。

<sup>88</sup> 劉向「採取詩書所載賢妃貞婦，興國顯家可法則，及孽嬖亂亡者，序次為列女傳」（《漢書·劉向傳》），較難斷定「夫婦之道，有義則合，無義則去」在何時進入敘事文本。



三、夫妻至親相犯：夫妻祖父母、父母、外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹自相殺。

這些情形發生後夫妻關係已無可挽回，不得不離。「義絕」及強制離婚未見於漢律，但若撇開「義絕」一詞，關注「恩義有虧」造成夫妻決裂，秦漢律中實有跡可循。戴氏曾引宋沈括《夢溪筆談》之一例：

壽州有人殺妻之父母昆弟數口，州司以不道緣坐妻子，刑曹駁曰：「毆妻之父母，即是義絕，況其謀殺，不當復坐其妻。」（《夢溪筆談·官政一》）

指出義絕事由發生造成夫妻關係之當然消滅，故不以夫之所犯對妻科以緣坐流。反推其概念，緣坐與否應可作為夫妻關係存續與否的判斷標準。秦漢律令中廣義之家屬緣坐包括「坐」、「收」、「包」三類。「坐」是干犯重罪時，對其父母、妻子、同產之連帶科刑；「收」是刑度在城旦、鬼薪、腐以上時，妻子與未成年子女作為所有物而沒入；「包」則是判處遷刑時，家屬須共赴遷徙地。藉由這三種緣坐為線索，可發現在下述三種情形下，婚姻關係已如同解消。

## 1. 夫妻相告

為避免遭致緣坐，唯一的解套方法是搶先主動告發犯罪，甚至捉拿詣官。《二年律令》：

以城邑亭障反，降諸侯，及守乘城亭障，諸侯人來攻盜，不堅守而棄去之，若降之，及謀反者，皆要（腰）斬。其父母、妻子、同產，無少長皆棄市。其坐謀反者，能徧（徧）捕，若先告吏，皆除坐者罪。（張家山《二年律令》1-2）

劫人、謀劫人求錢財，雖未得若未劫，皆磔之；完其妻子，以為城旦舂。其妻子當坐者徧（徧）捕，若告吏，吏捕得之，皆除坐者罪。（張家山《二年律令》68-69）

此二律所見緣坐性質屬「坐」，前一律規定投降、謀反等罪，父母、妻子、同產皆須棄市，後一律則規定劫人者之妻子須完為城旦舂；但如緣坐者緝捕之，或告發而使吏緝捕之，皆可免除緣坐。秦漢律中存在對告發之限制，即所謂「容隱」：

子告父母，婦告威公，奴婢告主、主父母妻子，勿聽而棄告者市。（張家山《二年律令》133）

一般情況下，子女、媳婦、奴婢如告發父母、舅姑、主人，須處以棄市極刑。唯獨「坐」由於涉及謀反、劫人等重大罪刑，鼓勵子女告發，故構成「容隱」之例外。

值得注意的是，「容隱」規定中不見夫妻，秦及漢初法律並不限制夫妻相互告發。故緣坐性質屬「收」之時，妻子仍可藉由告發而免「收」：

夫有辜（罪），妻先告，不收。妻媵（媵）臣妾、衣器當收不當？不當收。（睡虎地《法律答問》170）

夫有罪，妻告之，除於收及論；妻有罪，夫告之，亦除其夫罪。（張家山《二年律令》176）

前者為秦律，規定如妻子先告發丈夫之罪，可免於被「收」，並可保有陪嫁之奴婢、衣器等。後者為漢律，規定妻子告發丈夫之罪可免除「收」與「坐」，丈夫告發妻子之罪可免除「坐」（丈夫原即無須被「收」）。亦即妻子可以告發為手段免除「坐」與「收」，子女只能藉由告發免除「坐」。子女無由迴避被「收」之命運，透露法律認定親子與夫妻關係性質有別：親子血緣切之不斷，夫妻則本為他人，可合可離。妻子一旦告發，己身固可全身而退，財產亦得保全，卻導致丈夫陷入重獄，甚至幼年子女亦遭牽連。在此情況下，似難認定夫妻關係仍然存續。告發，意謂夫妻各謀己利而互信基礎消失，告發之際正是夫妻情份斷絕之時，故已無須再因對方而緣坐。

下例似為反證：

當遷（遷），其妻先自告，當包。（睡虎地《法律答問》62）

受遷刑時，其妻即使自告仍須「包」。是否代表「包」無法藉由告發免除？不過須注意此處妻子「自告」而非「告夫」，或因妻子亦屬共犯，故自首己罪。此時告發對象並非丈夫，並不導致夫妻關係決裂，是以即使己身共犯之罪得以減刑，緣坐無法免除。

## 2. 夫妻相害

前文數度論及之「收」，完整律文如下：

罪人完城旦、鬼薪以上，及坐奸府（腐）者，皆收其妻、子、財、田、宅。其子有妻、夫，若為戶、有爵，及年十七以上，若為人妻而棄、寡者，皆勿收。坐奸、略妻及傷其妻以收，毋收其妻。（張家山《二年律令》174-175）

顯示妻除告發以外，尚在三項情形之下免因夫罪被收，此處討論「傷其妻」一項。漢律規定「妻悍而夫毆笞之，非以兵刃也，雖傷之，毋罪」（張家山《二年律令》32），此處夫「傷其妻」之罪重達城旦舂、鬼薪以上，應以兵刃造成妻子重大傷害。此時妻子即被害人，因夫罪行而被收不合情理，以是得免。夫妻相互傷害時之特殊規定又見：

**妻**殺傷其夫，不得以夫爵論。（張家山《二年律令》84）

妻子以傷害丈夫為罪行時，不得據丈夫爵位獲得減刑。此處更清楚地顯現相互傷害發生時，夫妻紐帶已被切斷，因夫妻關係而來的權利義務關係亦同時解消。

唐律「義絕」僅見「妻欲害夫」，而無「夫欲害妻」，漢律則夫犯妻亦會導致夫妻關係終結，可窺見時代發展中夫妻地位之變化。

### 3. 丈夫犯奸

上引律文中又見「坐奸」、「略妻」兩項條件下妻子可免除被收。「略妻」應即「強略人以為妻」：

強略人以為妻及助者，斬左趾（趾）以為城旦。（張家山《二年律令》194）  
須處以斬左趾為城旦之重刑，符合收其妻子財田宅之條件。此時「無收其妻」之「妻」，可能指被略之妻，即事件被害人；但亦可能指略妻者原有之妻，原有之妻無須因丈夫犯下略妻之罪而被收。「坐奸」，據《二年律令》，犯下「諸與人妻和奸」(192) 或「強與人奸」(193) 時，刑度已達城旦、鬼薪、腐以上，此但書規定妻子可免於收。

丈夫犯奸而妻可免除緣坐之規定又見於睡虎地秦律：

嗇夫不以官為事，以奸為事，論可（何）毆（也）？當惡（遷）。惡（遷）者妻當包不當？不當包。（睡虎地《法律答問》61）

嗇夫犯奸處以遷刑，此時其妻無須被「包」。與下引規定形成對照：

廷行事：有罪當惡（遷），已斷已令，未行而死若亡，其所包當詣惡（遷）所。（睡虎地《法律答問》60）

遷刑已判決確定下令出發之後，犯罪者死亡或逃亡，被「包」之家屬仍須前往遷徙地。可見丈夫死亡或逃亡並不會造成夫妻關係解消，犯下奸罪卻會造成夫妻關係解消。

唐律僅規定夫與妻母奸構成義絕，上引漢律則未限定夫奸之對象。無論丈夫犯奸或略妻，都對原有夫妻關係造成傷害，妻子被視為被害人，因而無須緣坐。

研究中國法制學者向來強調丈夫對妻子無性忠貞義務，僅要求妻子片面守貞，<sup>89</sup>此處卻顯示丈夫犯下奸罪時，可能導致婚姻決裂，是否暗含更古老的忠誠觀念？關於「奸」的性質，下節將作進一步論析。

以上論證夫妻相告、夫妻相害及丈夫犯奸時，律令規範配偶無須緣坐，恐怕暗含夫妻關係已終止之意義。三種情形皆嚴重傷害夫妻關係，與後世「義絕」有相通之處，或為「義絕」之先聲。然而若相告、相害、犯奸刑責未上升到須緣坐程度，在法制上是否影響夫妻關係？當事人不願離是否強制離異？<sup>90</sup>目前只能持謹慎態度存而不論。三者乃是撿拾律令中線索歸納而得，律令中不必然存有三者性質相同之認識，「義絕」概念尚在發展之中。儘管難言此三者即是秦漢律中近似「義絕」成分之全部，如與唐律對照，可發現有趣差異。唐律義絕包含大量夫與妻族、妻與夫族、夫族與妻族之相犯，可謂夫妻關係受到家族關係的牽連，秦漢律「義絕」則僅限夫妻之相犯，本人行為造成直接決裂。從漢到唐，家族關係對夫妻關係之影響越來越形重要。

### 三・奸

#### （一）奸的意義

就中國法制史一般認識而言，奸應指無婚姻關係男女之私合。近來，富谷至對此提出質疑，指出「奸」或「姦」字用例包括「姦人」、「姦凶」、「姦事」、「姦私」等，通常指涉邪惡、不正之意，不必然限定於男女之間的性犯罪。構成犯罪的並非性行為本身，亦與婚姻有無無關，而是超越應有的程度、界

---

<sup>89</sup> 如趙鳳喈指出：「中國歷來法律，只認妻犯姦，夫可出妻；而於夫之犯姦（除與妻母姦外），則不認妻有離婚之權。其原因雖多，而根本觀念則在妻對夫應絕對守貞操；而夫對妻，無貞操可言，此亦可謂為中國禮教之產物。及民國成立，十有五年，大理院始以判例認此為離婚之原因（十五年上字一四八四號）。數千年之陋習稍革，而尚未徹底矯正；蓋使夫縱犯姦，苟未被處刑，妻仍不得要求離婚也。」見趙鳳喈，《中國婦女在法律上之地位》，頁58。大理院十五年上字一四八四號判決之要旨為：「夫犯姦通常固不可與妻犯姦並論，而逕許離異，但若因犯姦處刑，則情形又有不同，為保護妻之人格與名譽計，自應援用現行律『未婚男犯姦，聽女別嫁』之規定，許其離異。」見黃源盛纂編，《大理院民事判例輯存・親屬編》（臺北：犁齋舍，2012），頁835-837。

<sup>90</sup> 前述城旦、隸臣有妻，除判刑之後再締結婚姻關係外，似可能為無須連坐之妻願意維持婚姻關係。

線，侵害秩序、習慣、禁忌等。他進而否定秦漢時代未婚男女間的性交涉構成犯罪，主張入罪應發生在北魏時期。<sup>91</sup>

為檢驗其說，首先應考察「奸」、「姦」字義。確如所言，唐律中「姦」字既用於「諸姦者，徒一年半，有夫者，徒二年」（〈雜律〉410），又用於「諸緣邊城戍，有外姦內入，內姦外出，而候望者不覺，徒一年半」（〈衛禁律〉89），前者指男女間私通，後者則否。現今所見秦漢傳世典籍，「姦」字同樣有男女姦通、姦邪二義；「奸」字則多為「干」之通假字，亦有作姦邪之義者。然而傳世典籍經過後代傳寫，字形不足為據，「奸」、「姦」二字須以出土材料加以檢視。管見所及，簡牘、石刻等出土材料中「奸」、「姦」二字並未混用，凡論及男女私通皆用「奸」字，無涉男女之事則用「姦」字。見於同一材料者，如五一廣場東漢簡下引二簡：

父母，雖產子，不成人。妻與宏和奸。及華取錢、衣物亡，以華、海相與俱居，有通財義，不應盜。廢即華從弟，廢雖送華，道宿廬。華奸時廢得臥，出不覺，件不知情（五一 CWJ1①:96）

未敢擅付。又次妻孝自言皮買船直未畢，今郢言恐皮為姦詐，不載。辭訟當以時決，皮見在。書到，亟實核姦詐，明正處言，會月十七日。熹、福、元叩頭死罪死罪（五一 CWJ1③:325-4-46）

「奸」、「姦」，《說文》列為二字：

奸，犯姦也。从女。干聲。

姦，亼也。从三女。

段玉裁注「奸」字指出：「此字調犯姦姦之罪，非即姦字也。今人用奸為姦，失之。引申為凡有所犯之稱。左傳多用此字，如二君有事，臣奸旗鼓之類。形聲中有會意。干，犯也，故字从干。古寒切，十四部。」即段氏以為「奸」之本義為與性有關之干犯，一般干犯乃引申義。然因《集韻》引《說文》作「奸，犯也」，並無姦字，桂馥《說文義證》指出「姦」字為後人所加，「奸」僅有干犯之義，王筠《說文句讀》更認為姦義應屬「姦」字，經典所有「奸」字皆未涉及姦之義。<sup>92</sup> 今案，現今出土秦漢簡牘所見「奸」多涉男女私通，但亦有通

<sup>91</sup> 富谷至，〈男女間の性的犯罪——姦罪について〉，氏著，《漢唐法制研究》（東京：創文社，2016），頁439-470。

<sup>92</sup> 引自丁福保編纂，《說文解字詁林》十二下（臺北：臺灣商務印書館，1970），承顏世鉉先生提示。

「干」者，《說文》原文如何殊難斷定。唯可確定論及邪惡不用「奸」字，私通不用「姦」字，二字原有區隔。不過，「奸」、「姦」二字確實音、義相近，故發生通同，東漢末年的《釋名》<sup>93</sup>已稱：「姦，奸也，言奸正法也。」「姦」於是產生私通之義，後人又將私通之「奸」一律改寫作「姦」，形成今日典籍文本所見。

總之，「奸」、「姦」在秦漢時代為二字，「奸」並非泛指不正、邪惡之事，而專指男女之私合。此意義之「奸（姦）」在先秦典籍並不多見，如《左傳》一般以「通」來表現婚外私合。<sup>94</sup>《史記》、《漢書》中「通」、「奸（姦）」並用，細究文脈，「奸（姦）」往往出現在論罪之時，如「坐與人妻姦」、「告齊與同產姦」、「自誣與醫姦」等，「通」則相對較為中性。<sup>95</sup>以此為線索，推測「奸」應屬法律用語，隨成文法之確定而普及，字義本身即帶有非法行為之意涵，理解為「性犯罪」當無誤。那麼，未婚男女之交合是否屬於「奸」？因《二年律令》等律令文本僅見與人妻和奸之罰則，未有定論。但出土秦讞文書中有幾例可供檢驗。

首先是《奏讞書》案例二一「夫死和奸案」：寡妻於夫死未葬期間和奸，遭婆婆告發，引發之量刑爭議。論罪前先徵引作為定罪依據的相關律文：

故律曰：死夫以男為後。毋男以父母，毋父母以妻，毋妻以子女為後。律曰：諸有縣官事，而父母若妻死者，歸寧卅日；大父母、同產十五日。勢（傲）悍，完為城旦舂，鐵頰其足，輸巴縣鹽。教人不孝，次不孝之律。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。捕奸者必案之校上。（張家山《奏讞書》180-183）

其中「奸者，耐為隸臣妾」，多數學者以為正是與未婚婦女和奸時雙方之刑責，如與人妻和奸，應處更重之「完為城旦舂」。<sup>96</sup>唯富谷至認為此處「奸者，耐為隸臣妾」出現在不孝的脈絡之下，並非一般未婚男女私通之罰則。此案之分析詳見後文。其次為嶽麓秦簡三案例十二「田與市和奸案」。此案為一乞鞠案。田、市為表兄弟姊妹，市繫於官府，由獄史相管理。田屢屢至官府與市和奸，惹怒

<sup>93</sup> 《釋名》作者劉熙生卒年不詳，畢沅考證成書當在建安或魏受禪以後。見劉熙撰，畢沅疏證，王先謙補，《釋名疏證補》（北京：中華書局，2008）。

<sup>94</sup> 《左傳》中「姦（奸）」僅一見：莊公「二年，冬，夫人姜氏會齊侯于禚。書姦也」。

<sup>95</sup> 見《史記·高祖功臣侯者年表》、《漢書·景十三王傳》。婚外私通又稱亂、私、淫等。

<sup>96</sup> 張家山《二年律令》192。

相，相於是命令毋智當場捕獲奸情。田、市認罪，夏陽縣予以判刑。其後田不服判決，提出乞鞠曰：

不與女子市奸，夏陽論耐田為隸臣，不當。<sup>97</sup>（嶽麓三 205-206）

顯示其和奸之刑亦為「耐為隸臣妾」。案例中並未述及市為人妻，無夫的可能性較大。<sup>97</sup>

如果說以上二案仍有詮釋空間，本文起始所論闡與南一案，則無疑是與無夫女性私合構成「奸」的鐵證。闡既自稱娶南為妻，南原本必無婚姻關係。審理者意圖以「奸」對闡論罪，顯示與無夫者相通亦構成「奸」，律令中存在與無夫者和奸之罰則。此案中並未明述刑罰為何，但綜合上論二案，此時之刑罰應即「耐為隸臣妾」。闡最後以奸及匿罪論處，因匿黥舂須處以黥為城旦舂，重於奸無夫者之耐為隸臣妾，故廷尉下達「黥為城旦」的指示。<sup>98</sup>

非婚姻下的性關係皆構成奸，懲以不輕之罰，顯示對婚姻禮制、人倫關係的維護，很早就進入律令之中。不少學者曾追問，未婚和奸之科刑是否是具有「實效性」的法律規範？<sup>99</sup> 實際上未婚而因和奸而遭受處刑者，可能鳳毛麟角。但以上諸案尤其田、市一案反映，只要此一規定存在，必為有心捉奸之人所利用，官府不得不受理，故恐怕不宜視為裝飾性的道德教條。不過，奸的認定確實存在困難。秦漢律規定捉奸須「案之校上」，<sup>100</sup> 即於犯罪現場確認，但如何「案之校上」不明，許多脫罪理由即強調未「案之校上」，夫死和奸案、田與市和奸案皆如此。嶽麓三中另收錄一則「得之強與棄妻奸案」（案例十一），強奸者否認強奸而二度提出乞鞠，唯皆遭駁回。強奸案與田市和奸案之奸者皆不服判決為奸而乞鞠，正可能由於奸的認定存在模糊空間。

## （二）奸之類型

無婚姻關係男女之性交合即構成奸，但在強奸、特定身分或特定情境下，對

<sup>97</sup> 市不知何因而繫於官府，如為隸妾或舂，則必無夫，但亦可能只是暫時繫作於官府。整理者推測田家收養市，準備辦表親婚，然並無根據。

<sup>98</sup> 張家山《二年律令》99：「一人有數罪毆（也），以其重罪罪之。」

<sup>99</sup> 黃源盛，〈西法東漸中無夫姦存廢之爭〉，氏著，《法律繼受與近代中國法》（臺北：黃若喬出版，元照總經銷，2007），頁 242；富谷至，《漢唐法制研究》，頁 171。

<sup>100</sup> 張家山《奏讞書》182-183。

於奸罪加重處刑。關於秦漢奸罪論者已多，<sup>101</sup> 然而近來又有若干零散材料新現。以下蒐集當前所見律文進行整體性觀察，唯論述時將詳人所略、略人所詳。

## 1. 強奸

強奸與和奸性質有別，受奸婦女無須受罰，施奸者則懲以重刑。漢初律令規定：

強與人奸者，府（腐）以為宮隸臣。（張家山《二年律令》193）

受腐刑而為宮隸臣，在漢初刑罰體系中甚為特殊；宮宅潔指出是將只有男性得犯之罪，與只有男性得科之刑加以連結。<sup>102</sup> 漢文帝刑罰改革後，腐刑不再為正刑，<sup>103</sup> 據懸泉置漢簡，西漢中後期強奸改處「髡為城旦」：

彊與人奸者，及諸有告劾言辭訟，治者與奸，皆髡以為城旦。其以故枉法及吏奸，駕（加）罪一等。□□……（懸泉 II0112①B:54）

此外，秦代對強奸未遂犯已有罰則。「得之強與棄妻奸案」述及：

·其鞠（鞠）曰：得之強與人奸，未蝕（蝕）。審∟。丞隴論耐得之為隸臣。（嶽麓三 174）

未遂則「耐為隸臣」。<sup>104</sup> 據「告不審及有罪先自告，各減其罪一等……，鬼薪白粲及府（腐）罪耐為隸臣妾」，<sup>105</sup> 可知強奸未遂較之既遂，乃為減罪一等。唐律無強奸未遂之規定，不知未遂是否有罪。<sup>106</sup> 水間大輔指出與唐律相較，秦漢律對於陰謀、預備、未遂犯有嚴懲之傾向，常與既遂同罰或減既遂一等，反映秦漢律更看重犯意。<sup>107</sup>

<sup>101</sup> 下倉涉，〈秦漢姦淫罪雜考〉，頁 105-118；孫聞博，〈秦漢簡牘中所見特殊類型奸罪研究〉，頁 65-73；賈麗英，〈秦漢家庭法研究〉，頁 102-129。

<sup>102</sup> 宮宅潔，〈中國古代刑制史の研究〉，頁 41-55。

<sup>103</sup> 富谷至，〈漢唐法制研究〉，頁 378-388。

<sup>104</sup> 嶽麓三公布以前，強奸未遂之規應僅見睡虎地「內（納）奸，贖耐。今內（納）人，人未蝕奸而得，可（何）論？除」（《法律答問》65），未遂之時助奸之人可免除刑責。

<sup>105</sup> 張家山《二年律令》127-128。

<sup>106</sup> 下倉涉指出唐律無已成、未成之分，明清律則未遂減既遂一等，見〈秦漢姦淫罪雜考〉，頁 105-118。承崔碧茹教授提示，宋代《慶元條法事類》亦對已成、未成加以區隔。

<sup>107</sup> 水間大輔，〈秦律・漢律における未遂・豫備・陰謀罪の處罰〉，氏著，〈秦漢刑法研究〉（東京：知泉書館，2007），頁 217-234。



## 2. 特定身分

和奸之一方具備特定身分，或雙方具備特定關係，皆構成加重處罰的條件。

### (1) 人妻

如和奸女性為人妻，雙方皆須完為城旦舂，男性有無配偶則不追問。據下引《二年律令》及懸泉置漢簡可知，刑制改革前後刑名不變：

諸與人妻和奸，及其所與皆完為城旦舂。其吏也，以強奸論之。（張家山《二年律令》192）

• 諸與人妻和奸，及所與□為通者，皆完為城旦舂；其吏也，以彊（強）奸論之。其夫居官……（懸泉 II0112②:8）

皆處完為城旦舂，改革後之完城旦舂乃四歲刑。又以下規定亦與人妻和奸有關：

妻淫失殺夫，<sup>108</sup> 不道。（尚德街 212 背）

引自長沙尚德街古井出土東漢中晚期至東吳早中期木牘，似為律令要點之摘抄。參考後世律令，「妻淫失殺夫」可能尚包括奸夫殺死本夫的情形。<sup>109</sup> 僅記「不道」而不述刑罰，乃由於「不道」已構成特殊範疇，有其對應刑罰，應重於棄市。<sup>110</sup>

<sup>108</sup> 「殺夫」原釋「煞夫」，吳雪飛改釋為殺。見吳雪飛，〈長沙尚德街東漢簡牘補釋兩則〉，簡帛網 ([http://www.bsm.org.cn/show\\_article.php?id=2742](http://www.bsm.org.cn/show_article.php?id=2742)，收稿 2017.02.28)。

<sup>109</sup> 《唐律·賊盜》253：「犯姦而姦人殺其夫，所姦妻妾雖不知情，與同罪。」

<sup>110</sup> 過去學者曾就漢代「不道」罪進行豐富討論，其中一個爭議重點在於西漢成帝時增壽所言「不道無正法」如何理解，法律是否對「不道」具體指涉的行為有明確規範？漢代史書所見不道，與大逆、誣罔、傷化、暴虐、狡猾、惑眾、大不敬等概念連結。這些概念皆甚為抽象，如何比定產生主觀操弄的空間；實際所見適用「不道」之犯罪行為，則幾與侵害政權與國家秩序相關。然而尚德街簡牘所見東漢末之規範中，「不道」已對應具體的犯罪行為，與晉代如淳所言：「律：殺不辜一家三人，為不道」（《漢書·翟方進傳》注）性質相同。魏晉南北朝期間，「不道」與滅絕人道倫的具體犯行產生更緊密連結，謀反、大逆、大不敬等危害政權的行為則漸自「不道」中抽離，而定著於唐律「十惡」——唐律「十惡」概念與秦漢「不道」相近，唐律「不道」則僅包括「殺一家非死罪三人，支解人，造畜蠱毒、厭魅」。過去重要討論見：大庭脩，〈漢律における「不道」の概念〉，氏著，《秦漢法制史の研究》（東京：創文社，1982）；若江賢三，〈漢代の不道罪〉，氏著，《秦漢律と文帝の刑法改革の研究》（東京：汲古書院，2015）；陳乃華，〈秦漢「不道」罪考述〉，《中國史研究》1991.2；王健文，〈西漢律令與國家正當性——以律令中的「不道」為中心〉，《新史學》3.3 (1992)；劉洋，〈漢代「不道」罪考論〉，《安徽教育學院學報》2006.4。

## (2) 血親

同母異父相與奸，可（何）論？棄市。（睡虎地《法律答問》172）

不同父者，……毋得相為夫妻，相為夫妻及相與奸者，皆黥為城旦舂。

（嶽麓五 1025/1～1107/2）

同產相與奸，若取（娶）以為妻，及所取（娶）皆棄市。其強與奸，除所強。（張家山《二年律令》191）

同產相奸，棄市。（尚德街 212 背）

與伯季父子奸，右止。（尚德街 254 正）

漢代同產（同父兄弟姊妹）相奸處以棄市極刑。同母兄弟姊妹相奸，在秦可見棄市及黥為城旦舂兩種處罰。<sup>111</sup> 東漢堂兄弟姊妹相奸處以「右止」。參照《後漢書·明帝紀》：「死罪入縲二十匹，右趾至髡鉗城旦舂十匹，完城旦舂至司寇作三匹」等處贖罪規定，「右止」為減死一等之刑；富谷至指出「右止」即「髡鉗城旦鉗右趾」，刑期五年並須配戴刑具。<sup>112</sup>

出土秦漢律令所見血親和奸加重處刑限於上述。傳世典籍中除兄弟姊妹相奸，又見與子女奸及與姑奸之例：

燕王者，與其子昆弟姦，坐死。（師古曰：燕王定國傳云「與其子女三人姦」。子昆弟者，言是其子女又長幼非一，故云子昆弟也。一曰，子昆弟者，定國之姊妹也。言定國姦其子女及其姊妹。）（《漢書·高五王傳》）

荒王女弟園子為立舅任寶妻，寶兄子昭為立后。數過寶飲食，報寶曰：「我好翁主，欲得之。」寶曰：「翁主，姑也，法重。」立曰：「何能為！」遂與園子姦。……有司案驗，因發淫亂事，奏立禽獸行，請誅。

（《漢書·文三王傳》）

可知與子女奸、與姑奸亦屬死刑。較之唐律準五服以制罪，範圍仍相當侷限。<sup>113</sup>

## (3) 血親配偶

傳世典籍中不乏與父親妻妾、御婢通奸之例，但「律無妻母之法，聖人所不

<sup>111</sup> 嶽麓五之秦令明記為「廿六年十二月戊寅以來」，即始皇廿六年統一之後。睡虎地秦簡《法律答問》年代不明，但由於稱「百姓」而不稱「黔首」，應為秦統一前之法規。推測秦統一前同母異父相奸比照同父相奸棄市，統一後發布之令否定同母異父者之兄弟姊妹名分，相奸刑罰亦自棄市降為黥為城旦舂。

<sup>112</sup> 富谷至，〈鉗左右趾刑〉，氏著，《秦漢刑罰制度の研究》（京都：同朋舍，1998）。

<sup>113</sup> 唐律親屬相奸刑罰整理，可參翁育瑄，《唐宋的姦罪與兩性關係》（臺北：稻鄉出版社，2012），頁 25-26。

忍書」（《漢書·王尊傳》），律令中可能並無明文。前已徵引《二年律令》：

復兄弟、孝〈季〉父柏（伯）父之妻、御婢，皆黥為城旦舂。復男弟兄子、孝〈季〉父柏（伯）父子之妻、御婢，皆完為城旦舂。（張家山《二年律令》195）

為禁止收繼婚之規定，或亦可援引為與男性親屬配偶通奸的懲罰。

#### (4) 主奴

臣強與主奸，可（何）論？比毆主。・鬪折脊項骨，可（何）論？比折支（肢）。（睡虎地《法律答問》75）

奴取（娶）主、主之母及主妻、子以為妻，若與奸，棄市，而耐其女子以為隸妾。其強與奸，除所強。（張家山《二年律令》190）

男主人對婢有性權利，女主人若與奴私通則有罪，反映對性別與階級應然秩序的想像。主奴和奸時，不問女主人（含直接主人或主人家屬）是否為人妻，一律耐為隸妾，奴處以棄市。強奸則女主人無罪，奴比照毆主處以棄市。以結果論奴之刑責不因強奸、和奸而有別。

#### (5) 官吏

諸與人妻和奸，及其所與皆完為城旦舂。其吏也，以強奸論之。（張家山《二年律令》192）

・諸與人妻和奸，及所與□為通者，皆完為城旦舂；其吏也，以彊（強）奸論之。其夫居官……（懸泉 II0112②:8）

彊與人奸者，及諸有告劾言辭訟，治者與奸，皆髡以為城旦。其以故枉法及吏奸，駕（加）罪一等。□□……（懸泉 II0112①B:54）

第一、二簡內容大致相同，吏若與人妻和奸，比照強奸論處。第三簡則規定訴訟中審理者若與被審理者發生奸情，刑責同於強奸。自第三簡看來，吏和奸對象非為人妻之時，可能同樣「以強奸論之」。<sup>114</sup>

唐律有「諸監臨主守，於所監守內姦者，加姦罪一等」（〈雜律〉416）之規定，加罪一等即奸有夫者徒二年半，無夫者二年。不過，漢律並未限定於與所監守婦女通奸，凡具備「吏」之身分者即適用此條，可說對吏的道德標準要求更為嚴格。更令人好奇的是與奸婦女的刑責。唐律規定「婦女以凡姦論」，即與監守者和奸之婦女，以一般和奸論處。漢律則僅言「以強奸論之」，應意味吏民和

<sup>114</sup> 但有反證：闡娶南一案中，闡具備官吏身分，卻未依強奸論處。

奸時，視同吏強奸民，婦女無罪。「其吏也，以強奸論之」透露對吏民相奸性質的認定：由於雙方權力關係不對等，即使看似你情我願之和奸，背地裡恐怕不乏利用權勢誘欺、脅迫之情事，實與強奸無異。故規定一律視同強奸，婦女無須舉證為強奸，即可免除刑罰。《通典·刑法典·刑法六》記載一則東漢故事：

夷吾首錄囚徒，有亭長姦部人者，縣言「和姦」。上意以為長吏以劫人而得言和，且觀刺史決當云何。須臾，夷吾呵之曰：「亭長職在禁姦，今為惡之端，何得言和！」切讓三老、孝悌，免長吏之官，理亭長罪。帝善之。「吏無和奸」之概念一脈相承，此時卻似未載之律令、普遍施行。

### 3. 特定情境

「奸」如發生在特殊時間、地點，亦會加重處罰。在此以「夫死和奸案」為主要分析素材，先加上分段說明、列其全文如下，再進入討論：<sup>115</sup>

◎徵引相關律文：

故律曰：死夫以男為後。母男以父母，母父母以妻，母妻以子女為後。律曰：諸有縣官事，而父母若妻死者，歸寧卅日；大父母、同產十五日。勢（傲）悍，完為城旦舂，鐵頰其足，輸巴縣鹽。教人不孝，次不孝之律。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。捕奸者必案之校上。

◎案情敘述：

今杜濩女子甲夫公士丁疾死，喪棺在堂上，未葬，與丁母素夜喪，環棺而哭。甲與男子丙偕之棺後內中和奸。明旦，素告甲吏，吏捕得甲，疑甲罪。

◎廷尉等人議論：

廷尉穀、正始、監弘、廷史武等卅人議當之，皆曰：律，死置後之次，妻次父母；妻死歸寧，與父母同法。以律置後之次人事計之，夫異尊于妻，妻事夫，及服其喪資，當次父母如律。妻之為後次夫父母，父母死，未葬，奸喪旁者，當不孝，不孝棄市；不孝之次，當黥為城旦舂；勢（傲）悍，完之。當之，妻尊夫，當次父母。而甲夫死不悲哀，與男子和奸喪旁，致次不孝、勢（傲）悍之律二章。捕者雖弗案校上，甲當完為舂，告杜論甲。

<sup>115</sup> 張家山《奏讞書》案例二一，簡180-196。

## ◎廷史辯駁：

・今廷史申繇（徭）使而後來，非廷尉當，議曰：當非是。律曰：不孝棄市。有生父而弗食三日，吏且何以論子？廷尉穀等曰：當棄市。有（又）曰：有死父，不祠其冢三日，子當何論？廷尉穀等曰：不當論。有子不聽生父教，誰與不聽死父教罪重？穀等曰：不聽死父教毋罪。有（又）曰：夫生而自嫁，罪誰與夫死而自嫁罪重？廷尉穀等曰：夫生而自嫁，及取（娶）者，皆黥為城旦舂。夫死而妻自嫁、取（娶）者毋罪。有（又）曰：欺生夫，誰與欺死夫罪重？穀等曰：欺死夫毋論。有（又）曰：夫為吏居官，妻居家，日與它男子奸，吏捕之弗得校上，何論？穀等曰：不當論。曰：廷尉、史議皆以欺死父罪輕于侵欺生父，侵生夫罪重于侵欺死夫，今甲夫死未葬，欺夫，與男子奸棺喪旁，捕者弗案校上，獨完為舂，不亦重辱（乎）？穀等曰：誠失之。

## (1) 時間

唐律規定「居父母及夫喪」而犯奸，罪加二等（〈雜律〉416），是否可以上溯至秦漢？此一秦或漢初的案例顯示，當時律令中並無居夫喪奸之相關規定。然而女子甲在夫死未葬期間和奸，在廷尉穀等人看來乃是「夫死不悲哀」的表現，如以無夫者和奸論處「耐為隸臣妾」，於人心難厭。因而致力尋求罪名，「致次不孝、勢（傲）悍之律」，應處「黥為城旦舂」，但因甲為公士妻，可減刑而「完為城旦舂」。廷史申則力排眾議，指出丈夫生前和奸處「完為城旦舂」，丈夫死後和奸亦「完為城旦舂」，不是過重了嗎？最後獲得眾人認同。

自廷尉穀等人議論「父母死，未葬，奸喪旁者，當不孝，不孝棄市」來看，律令亦無居父母喪奸之專門規定，但符合「不孝」，可援用「不孝」條款。漢代史書中可檢得王侯居父母喪行奸之若干例，罪常至死，符合「不孝棄市」。如：

（孝景前元）三年冬，楚王朝，鼂錯因言楚王戊往年為薄太后服，私姦服舍，請誅之。（《史記·吳王濞列傳》）

元鼎元年，（隆慮）侯矯坐母長公主薨未除服，姦，禽獸行，當死，自殺，國除。（《史記·惠景間侯者年表》）

此時未述及奸之對象，但與妻妾行房應不屬「奸」之範疇。<sup>116</sup> 所懲者為原即非

<sup>116</sup> 《後漢書·陳蕃傳》載趙宣五子皆服中所生，陳蕃致其罪；唐律規定居父母喪生子，徒一年（《唐律·戶婚》156）。可知服喪期間行房亦不合法，但未稱之為「奸」，與「奸」輕重有別。嶽麓五 1170+1172/307：「祠未闋（闋）而敢奸，若與其妻、婢并□，皆棄

法的婚外性關係，在父母喪期為之更屬罪大惡極，故甚以「禽獸行」目之。秦漢居父母喪奸可處以死刑，較唐律為重。但應由於秦及西漢「既葬」或「既葬三十六日」除服，<sup>117</sup> 唐代服喪則長達三年。

史書中並無其他證據顯示秦漢時代已對居夫喪奸加重懲罰。廷尉穀等人最初討論此案，是將居夫喪奸與居父母喪奸加以類比，在此邏輯下居夫喪奸所以令人髮指，應與對亡夫之背叛無關，而與居喪不敬有關。是以甲適用亡夫爵位減刑並無疑義。相對地，廷史申儘管亦將父與夫對舉，列舉之欺父與欺夫行為性質有別；論述夫死和奸、夫死再嫁是從夫妻關係的角度著眼，指出人妻性忠貞義務生前死後不同。廷尉穀等人並未意識到兩種主張的著眼點有別，只能淪於啞口無言（參見下表）。然而廷尉穀等人最初的思維模式，可說與後世一脈相承。前引董仲舒決獄「私為人妻」，似亦由於喪期改嫁，較之夫生前再嫁刑責更重。

	生前和奸	居喪和奸	除服和奸
父母	不加重	因居喪加重	不加重
夫	因人妻加重	？	不加重

除喪期外，因時間點特殊而加重懲罰尚見於齋戒時通奸。嶽麓秦令有禁令如下：

令曰：縣官所給祠，吏、黔首、徒隸給事祠所，齋者，祠未闋（闋）而敢奸，若與其妻、婢并□，皆棄市，其□□（嶽麓五 1170+1172/307）

吏、黔首、徒隸等服事於官方祭祀，而須齋戒者，祭祀未結束、祭品未撤下前<sup>118</sup>不僅不得發生婚外奸情，亦不得與妻婢同房，違者處以棄市極刑。齋戒期間停止性生活的規範亦見於《禮記》，可能與女子不潔的觀念有關。<sup>119</sup>

---

市」，將「奸」與「與其妻、婢并□」並列，可推知未釋字應為性行為之意涵，而與妻妾行房不稱為「奸」。

<sup>117</sup> 東周之世既葬除服，漢文帝有短喪之令，成帝時翟方進「既葬三十六日，除服起視事，以為身備漢相，不敢踰國家之制」（《漢書·翟方進傳》），西漢末以降，行三年喪者才漸多，唯終兩漢未成定制。見丁凌華，《中國喪服制度史》（上海：上海人民出版社，2000），頁232-258。

<sup>118</sup> 睡虎地《法律答問》27：「可（何）謂祠未闋？置豆俎鬼前未徹乃為未闋。」

<sup>119</sup> 王承文，〈從齋戒規範論古代國家祭祀對漢晉道教的影響——兼對呂鵬志博士一系列論著的商榷〉，《中山大學學報（社會科學版）》2016.2：77-102。

(2) 地點

細究「夫死和奸案」案情與論罪敘述：

今杜濞女子甲夫公士丁疾死，喪棺在堂上，未葬，與丁母素夜喪，環棺而哭。甲與男子丙偕之棺後內中和奸。

夫父母死，未葬，奸喪旁者，當不孝，不孝棄市。

甲夫死不悲哀，與男子和奸喪旁，致次不孝、勢（傲）悍之律二章。

今甲夫死未葬，欺夫，與男子奸棺喪旁，捕者弗案校上，獨完為舂，不亦重虐（乎）？

可發現一再強調和奸地點是「奸喪旁」，顯示除了和奸時間外，和奸地點亦為論罪時關注重點。下述二例亦特別強調奸於服舍：

（孝景前元）三年冬，楚王朝，鼂錯因言楚王戊往年為薄太后服，私姦服舍，請誅之。（《史記·吳王濞列傳》）

（江都）易王死未葬，建有所說易王寵美人淖姬，夜使人迎與姦服舍中。（《史記·五宗世家》）

服舍在喪柩之旁，為服喪者所居之處。律令中或未明確規範奸喪旁之懲罰，但如此行為展現其心肆無忌憚，世所難容，更加符合「不孝」。

除奸於死人之旁，奸於活人之旁亦遭致非難：

【博成侯張章】五鳳元年，侯建嗣，十二年，建始四年，坐尚陽邑公主與婢姦主旁，數醉罵主，免。（《漢書·景武昭宣元成功臣表》）

張建娶公主為妻，卻囂張地奸於公主之旁，令公主情何以堪，因此遭免侯。公主之尊身分特殊，一般丈夫奸於妻子之旁不見得加重懲處，卻絕非合宜舉措。律令明文嚴懲的，則是於子女之旁奸其母。長沙尚德街東漢簡牘：

奸人母子旁，不道。（尚德街 212 背）

與前論「妻淫失殺夫」皆構成「不道」，為泯滅人倫的極重之罪。《公羊傳》桓六年何休注：「律文立子姦母，見乃得殺之也」，疏：「猶言對子姦母也」，則漢律甚至允許當場殺死奸夫。兩處律文未言和奸或強奸，或主要指強奸，但無論何者，皆屬喪盡天良之舉。《魏書·安定王休傳》：

（元順平）坐裸其妻王氏於其男女之前，又強姦妻妹於妻母之側。御史中丞侯剛案以不道，處死，絞刑，會赦免，黜為員外常侍。

則是因「強姦妻妹於妻母之側」而被論以不道。過去似較少留意奸發生地點可能構成加重處罰之一由。

綜上所述，奸以婚外性關係為定義，本為非法之性犯罪，但當一方強迫、奸者具特定身分或關係、奸發生在特定時間或地點時，被視為更難容忍，故在基礎刑罰之上進行加重，以至極刑。唯被強奸之婦女免罰，以及官民相奸時考量彼此權力關係，婦女可能視同被強奸，得予免罰。

#### 四・結語

日本古代（九世紀以前）對於違反性禁忌之行為，有時以「姦」字表述，有時則以「婚」字表述；反映尚處對偶婚制之社會，婚姻缺乏明確的界定，婚與奸亦產生模糊空間。<sup>120</sup> 相對地，中國婚姻制度極早成熟，縱非毫無曖昧之處，<sup>121</sup> 對於何謂婚、何謂婚外關係之認定，似未發生太大爭議。戰國時代確立戶籍制度以後，戶籍成為認定婚姻的重要標準，卻非唯一標準。理論上嫁娶應反映在戶籍上，實際上卻有各種變異情形。若一以戶籍為據，恐不符合長期以來的社會現實、人情世故。法律對人倫關係之界定，與社會通念應無太大落差。學者指出婚姻禮制「六禮」成立於周代，直至東漢才逐漸及於庶人、深入民間，<sup>122</sup> 但並不意味民間社會沒有婚儀。世人對婚姻的認定，恐怕以婚儀為準，且如「識劫姦案」所示，看重當事人之對外宣示與社會行為。

在此婚姻框架之外的性關係，自戰國時代以來，即在法律中以「奸」稱之，被規範為違法行為並施以嚴厲制裁。無論現實中因奸定罪的比例如何，法條本身的態度明確。不過若說性關係可一刀劃分為婚或奸，亦過於絕對。主婢之間不存在婚姻名分，主人對婢卻有社會及法律所默許的性權利，所生子亦視同婚生子，即屬灰色地帶。

本文詳述秦漢律令中婚姻成立、解消與奸的規範，文末擬以所論為基礎，釐清漢唐間的變化，以及婚姻與奸的禁絕原理。

---

<sup>120</sup> 關口裕子，〈日本古代における「姦」について〉，氏著，《日本古代婚姻史の研究》（東京：塙書房，1993），上冊，頁123-288。

<sup>121</sup> 如卓文君亡奔相如，屬婚或奸不無疑義。

<sup>122</sup> 劉增貴，〈琴瑟和鳴——歷代的婚禮〉，藍吉富、劉增貴主編，《敬天與親人》（臺北：聯經出版社，1982），頁411-472。



綜觀婚姻與奸的基本規範，秦漢與後世多有一脈相承之處，以宏觀而論可說延續性大於斷裂性。漢唐之間發生哪些變化？本文所論可歸結如下：

一、秦漢無論對親屬通婚的禁制，或對親屬相奸的加重，皆限於近親，刑罰為死刑或次於死刑的重刑；唐代則以五服為基本範疇，更及於服外，涵攝範圍遠為擴張，刑罰自死流至徒杖輕重有序。顯示唐律確實「準五服以制罪」，對人倫關係有更全面而細膩的界定。

二、親屬對婚姻關係的影響有顯著的加重。婚姻成立方面，秦漢律令不見主婚尊長的權利與責任，唐律則明文化。婚姻解消方面，秦漢「義絕」之因主為夫妻對彼此的侵犯，唐代則涵蓋夫妻之族的衝突，夫妻關係易受家族關係左右。

三、秦漢律令中的夫妻關係可能相對平等。唐代只有妻害夫造成義絕，漢代則夫妻相害皆導致婚姻終絕；丈夫犯奸被視為對妻子的傷害更值得矚目。此外，妻可告夫而子女不可告父母，居夫喪犯奸未若居父母喪犯奸，可說夫妻關係未被完全比擬為父子關係。

四、秦漢已有妻、妾、婢之分，但三者的界線尚不絕對。律令中所稱「妻」，可能包括於正妻與非正妻，無唐律對妻、妾的嚴格區分，因之亦不見有妻者不得再娶之規定。秦漢婢可被放免而成為正妻，唐則對此嚴加設禁。

五、婢可成為正妻，說明奴婢與庶人的身分差距不若後世懸隔。秦漢不禁奴婢、庶人相互通婚，與唐代「當色為婚」的嚴格規範有別。唯對奴娶主處以極刑，對照唐代無此嚴厲規定，似反證秦漢現實中存在奴主通婚的可能，須嚴法加以約束。

這些變化是否導因於「法律儒家化」？需要更細緻的研究。唯可指出除思想觀念的作用，漢文帝廢收孥相坐、廢肉刑、設刑期等一連串的刑制改革，也對人倫關係造成根本性影響。此前因刑罰與身分結合、以終身刑為原則並伴隨緣坐，夫妻任何一方犯下重罪皆導致婚姻關係解消，此後刑罰對婚姻關係的影響則較為侷限。

本文所述婚姻與奸的規範，皆有不小部分關乎雙方的身分與關係，對此特別在意並詳訂禁令。相關律文可整理如下：

	婚之禁止	奸之加重
同產	同產相與奸，若取（娶）以為妻，及所取（娶）皆棄市。其強與奸，除所強。（張家山《二年律令》191）	同產相與奸，若取（娶）以為妻，及所取（娶）皆棄市。其強與奸，除所強。（張家山《二年律令》191） 同產相奸，棄市。（尚德街 212）
同母異父	不同父者，毋敢相仁（認）為兄、姊、弟。犯令者耐隸臣妾而毋得相為夫妻，相為夫妻及相與奸者，皆黥為城旦舂。（嶽麓五 1025/1～1107/2）	同母異父相與奸，可（何）論。棄市。（睡虎地《法律答問》172） 不同父者，毋敢相仁（認）為兄、姊、弟。犯令者耐隸臣妾而毋得相為夫妻，相為夫妻及相與奸者，皆黥為城旦舂。（嶽麓五 1025/1～1107/2）
堂兄弟姊妹		與伯季父子奸，右止。（尚德街 245）
主奴	奴取（娶）主、主之母及主妻、子以為妻，若與奸，棄市，而耐其女子以為隸妾。其強與奸，除所強。（張家山《二年律令》190）	奴取（娶）主、主之母及主妻、子以為妻，若與奸，棄市，而耐其女子以為隸妾。其強與奸，除所強。（張家山《二年律令》190）
血親配偶	復兄弟、孝（季）父柏（伯）父之妻、御婢，皆黥為城旦舂。復男弟兄子、孝（季）父柏（伯）父子之妻、御婢，皆完為城旦舂。（張家山《二年律令》195）	復兄弟、孝（季）父柏（伯）父之妻、御婢，皆黥為城旦舂。復男弟兄子、孝（季）父柏（伯）父子之妻、御婢，皆完為城旦舂。（張家山《二年律令》195）
人妻	夫生而自嫁，及取（娶）者，皆黥為城旦舂。（張家山《奏讞書》192） 取（娶）人妻及亡人以為妻，及為亡人妻，取（娶）及所取（娶）、為謀（媒）者智（知）其請（情），皆黥以為城旦舂。（張家山《二年律令》168）	諸與人妻和奸，及其所與皆完為城旦舂。其吏也，以強奸論之。（張家山《二年律令》192）
亡人	取（娶）人妻及亡人以為妻，及為亡人妻，取（娶）及所取（娶）、為謀（媒）者智（知）其請（情），皆黥以為城旦舂。（張家山《二年律令》168）	

	婚之禁止	奸之加重
官吏	二歲以來家不居其所為吏之郡縣，而為舍室即取（娶）妻焉□官，免之。家不居咸陽而取（娶）妻咸陽及前取（娶）妻它縣而後為吏焉，不用此令。（嶽麓四 0359/335～0353/336）	諸與人妻和奸，及其所與皆完為城旦舂。其吏也，以強奸論之。（張家山《二年律令》192） • 諸與人妻和奸，及所與□為通者，皆完為城旦舂；其吏也，以彊（強）奸論之。其夫居官……（懸泉 II0112②:8） 彊與人奸者，及諸有告劾言辭訟，治者與奸，皆髡以為城旦。其以故枉法及吏奸，駕（加）罪一等。□□……（懸泉 II0112①B:54）
賈人	城父繫陽士五（伍）枯取（娶）賈人子為妻，戍四歲（里耶 8-466）	
它國	律所以禁從諸侯來誘者，令它國毋得取（娶）它國人也。（張家山《奏讞書》21）	

然細究之，各類懲治原因與刑罰原理並不相同：

一、同產、同母異父、主奴等，相奸與嫁娶一體規範、刑罰相同，可知出自同樣的性禁忌。堂兄弟姊妹、血親配偶等亦應如是，凡禁止通奸者皆禁止婚配。

二、禁止官吏與百姓通婚或通奸，皆出自官民權力不對等的現實，而對官吏加以約束。不過，不論秦漢或唐，官民通婚皆無實質刑罰，<sup>123</sup> 處置遠較通奸輕微。或可思考強娶民女與強奸民女，究竟何者更為可惡呢？

三、娶人妻與奸人妻皆破壞婚姻制度，侵犯人夫權利，但前者程度更勝後者，故懲罰亦更重。

四、嫁娶亡人、賈人，皆僅見婚姻禁令而無相奸之加重條款，推論依一般相奸論處。僅對嫁娶作出特殊規定，是為了透過婚姻政策達成政治目的。此時關心重點不在人倫秩序，而在對民的掌控。

法律制定既考量倫理要素，亦考量統治需求。據以上分析可知，奸與婚姻有其相通之處——以性為本質，亦有其相異之處——一時性或長期性關係。奸原即非法行為，婚姻則合法，但在特殊避忌情形之下，對婚姻的懲罰往往更甚於奸。

<sup>123</sup> 秦免官，唐則強制離之。

劉欣寧

最後，回到本文最初所論闌與南一案。最初之舉劾僅述及闌令南詐襲他人傳出關之事實，對此，應以匿黥舂罪論處。但闌在口供中自暴娶南為妻，後續之審訊及論罪皆集中於處理此一事實。闌南之婚並非形式條件不具備，而是實質條件不許可。闌娶南之結果，將造成南歸屬於齊，干犯漢之大忌，儘管似未行諸律令明文，「闌非當得娶南為妻也」並無疑問。對異國通婚之禁令，與嫁娶亡人性質接近，都是出於掌控民眾動向的考量。然而嫁娶亡人有明確的刑罰規定，異國通婚則無，此時欲置之於罪，只能比附其他罪名。來誘與奸，皆是對異國通婚事實提出的罪名，最後只有奸成立。可知無論其他比附是否成立，婚姻與奸既具備共通實質內涵，奸可以作為不被許可的婚姻最基本的刑罰。

（本文於民國一〇七年三月十六日收稿；同年八月二十三日通過刊登）

## 引用書目

### 一・傳統文獻

- 《毛詩正義》、《春秋左傳正義》、《春秋公羊傳注疏》、《禮記正義》，收入《十三經注疏》，北京：北京大學出版社，1999。
- 《北史》，北京：中華書局，1974。
- 《史記》，北京：中華書局，1959。
- 《南齊書》，北京：中華書局，1972。
- 《後漢書》，北京：中華書局，1966。
- 《漢書》，北京：中華書局，1962。
- 《慶元條法事類》，臺北：新文豐，1976。
- 《魏書》，北京：中華書局，1974。
- 丁福保編纂，《說文解字詁林》，臺北：臺灣商務印書館，1970。
- 王利器，《新語校注》，北京：中華書局，1986。
- 王照圓，《列女傳補注》，上海：華東師範大學，2012。
- 王聘珍，《大戴禮記解詁》，北京：中華書局，1983。
- 朱漢民、陳松長主編，《嶽麓書院藏秦簡（參）》，上海：上海辭書出版社，2013。簡稱「嶽麓三」。
- 朱漢民、陳松長主編，《嶽麓書院藏秦簡（肆）》，上海：上海辭書出版社，2015。簡稱「嶽麓四」。
- 朱漢民、陳松長主編，《嶽麓書院藏秦簡（伍）》，上海：上海辭書出版社，2017。簡稱「嶽麓五」。
- 李昉，《太平御覽》，臺北：臺灣商務印書館，1975，臺三版。
- 杜佑，《通典》，北京：中華書局，1988。
- 沈括，《新校正夢溪筆談》，香港：中華書局香港分局，1975。
- 長沙市文物考古研究所等編，《長沙五一廣場東漢簡牘選釋》，上海：中西書局，2015。
- 長沙市文物考古研究所編，《長沙尚德街東漢簡牘》，長沙：嶽麓書社，2016。
- 胡平生、張德芳編撰，《敦煌懸泉漢簡釋粹》，上海：上海古籍出版社，2001。
- 張家山二四七號漢墓竹簡整理小組，《張家山漢墓竹簡（二四七號墓）》，北京：文物出版社，2001。
- 許慎撰，段玉裁注，《說文解字注》，上海：上海古籍出版社，1981。
- 陳立，《白虎通疏證》，北京：中華書局，1994。
- 陳偉主編，《里耶秦簡牘校釋（第一卷）》，武昌：武漢大學出版社，2012。

劉欣寧

陳偉主編，《秦簡牘合集》，武昌：武漢大學出版社，2014。

彭浩、陳偉、工藤元男主編，《二年律令與奏讞書》，上海：上海古籍出版社，2007。

揚雄原撰，周祖謨校箋，《方言校箋》，北平：巴黎大學北京漢學研究所，1951。

湖北省文物考古研究所，《里耶秦簡（壹）》，北京：文物出版社，2012。

睡虎地秦墓竹簡整理小組，《睡虎地秦墓竹簡》，北京：文物出版社，1990。

劉俊文，《唐律疏議箋解》，北京：中華書局，1996。

劉熙撰，畢沅疏證，王先謙補，《釋名疏證補》，北京：中華書局，2008。

仁井田陞，《唐令拾遺》，東京：東京大學出版會，1933。

## 二・近人論著

丁凌華

2000 《中國喪服制度史》，上海：上海人民出版社。

王承文

2016 〈從齋戒規範論古代國家祭祀對漢晉道教的影響——兼對呂鵬志博士一系列論著的商榷〉，《中山大學學報（社會科學版）》2016.2：77-102。

王彥輝

2015 〈秦簡「識劫媿案」發微〉，《古代文明》9.1：74-83。

王健文

1992 〈西漢律令與國家正當性——以律令中的「不道」為中心〉，《新史學》3.3：1-35。

李均明

2002 〈張家山漢簡奴婢考〉，《國際簡牘學會會刊》第4號，臺北：蘭臺出版社，頁1-11。

李貞德

1987 〈西漢律令中的家庭倫理觀〉，《中國歷史學會史學集刊》19：1-53。

杜正勝

1992 〈漢「單」結社說〉，氏著，《古代社會與國家》，臺北：允晨文化，頁953-970。

邢義田

2011 《天下一家：皇帝、官僚與社會》，北京：中華書局。

- 岳純之  
2006 〈唐代的離婚制度〉，氏著，《唐代民事法律制度論稿》，北京：人民出版社，頁 107-131。
- 柳立言  
2012 《宋代的宗教、身分與司法》，北京：中華書局。
- 韋山明  
2013 〈漢代結僱習俗考〉，邢義田、劉增貴主編，《古代庶民社會》，臺北：中央研究院，頁 149-170。
- 胡祥雨  
2014 〈清代「家長奸家下人有夫之婦」例考論——滿、漢法律融合的一個例證〉，《法學家》2014.3：122-132。
- 孫聞博  
2008 〈秦漢簡牘中所見特殊類型奸罪研究〉，《中國歷史文物》2008.3：65-73。  
2015 〈秦及漢初的司寇與徒隸〉，《中國史研究》2015.3：73-96。
- 徐復觀  
1985 〈中國姓氏的演變與社會形式的形成〉，氏著，《兩漢思想史》，臺北：臺灣學生書局，第 1 卷，頁 295-350。
- 翁育瑄  
2012 《唐宋的姦罪與兩性關係》，臺北：稻鄉出版社。
- 高震寰  
2017 〈從勞動力運用角度看秦漢刑徒管理制度的發展〉，臺北：臺灣大學歷史系博士論文。
- 張小鋒  
2004 〈釋張家山漢簡中的「御婢」〉，《出土文獻研究》第 6 輯，上海：上海古籍出版社，頁 125-129。
- 陳乃華  
1991 〈秦漢「不道」罪考述〉，《中國史研究》1991.2：99-103。
- 陳棋炎、黃宗樂、郭振恭  
1987 《民法親屬新論》，臺北：三民書局。
- 陳絜  
2015 〈嶽麓簡「識劫姦案」與戰國家庭組織中的依附民〉，《出土文獻研究》第 14 輯，上海：中西書局，頁 87-96。
- 陳鵬  
1990 《中國婚姻史稿》，北京：中華書局。

劉欣寧

陳顧遠

1925 《中國婚姻史》，臺北：臺灣商務印書館，初版；1966，臺一版。

彭衛

2010 《漢代婚姻形態》，北京：中國人民大學出版社。

2015 〈秦漢人身高考察〉，《文史哲》2015.6：1-25。

程樹德

1963 《九朝律考》，北京：中華書局。

黃源盛

2007 〈西法東漸中無夫姦存廢之爭〉，氏著，《法律繼受與近代中國法》，臺北：黃若喬出版，元照總經銷，頁 231-283。

黃源盛纂編

2012 《大理院民事判例輯存・親屬編》，臺北：犁齋舍。

楊振紅

2008 〈秦漢簡中的「冗」、「更」與供役方式——從《二年律令・史律》談起〉，《簡帛研究 二〇〇六》，桂林：廣西師範大學出版社，頁 81-89。

楊樹達

2000 《漢代婚喪禮俗考》，上海：上海古籍出版社。

賈麗英

2006 〈秦漢時期「悍罪」論說〉，《石家莊學院學報》8.1：101-105。

2015 《秦漢家庭法研究：以出土簡牘為中心》，北京：中國社會科學出版社。

趙鳳喈著，鮑家麟編

1993 《中國婦女在法律上之地位》，臺北：稻鄉出版社。

劉欣寧

2016 〈漢代「傳」中的父老與里正〉，《早期中國史研究》8.2：53-78。

劉洋

2006 〈漢代「不道」罪考論〉，《安徽教育學院學報》2006.4：20-23。

劉增貴

1980 《漢代婚姻制度》，臺北：華世出版社。

1982 〈琴瑟和鳴——歷代的婚禮〉，藍吉富、劉增貴主編，《敬天與親人》，臺北：聯經出版社，頁 411-472。

1991 〈魏晉南北朝時代的妾〉，《新史學》2.4：1-36。



劉燕儷

- 2007 《唐律中的夫妻關係》，臺北：五南圖書。

戴炎輝

- 1971 〈中國固有法上之離婚法〉，《法學叢刊》16.2-4：13-26, 6-19, 3-26。

戴炎輝、戴東雄、戴珣如

- 2011 《親屬法》，臺北：順清文化事業公司。

瞿同祖

- 1984 《中國法律與中國社會》，臺北：里仁書局。

顧頡剛

- 1982 〈由「烝」、「報」等婚姻方式看社會制度的變遷（上）〉，《文史》（北京）14：1-25。

下倉涉

- 2005 〈秦漢姦淫罪雜考〉，《東北學院大學論集—歷史學・地理學—》39：105-174。

- 2016 〈ある女性の告發をめぐって：岳麓書院藏秦簡「識劫姦案」に現れたる奴隸および「舍人」「里單」〉，《史林》99.1：39-80。

大庭脩

- 1982 〈漢律における「不道」の概念〉，氏著，《秦漢法制史の研究》，東京：創文社，頁 101-150。

仁井田陞

- 1942 《支那身分法史》，東京：座右寶刊行會。

水間大輔

- 2007a 〈秦律・漢律における女子の犯罪の對する處罰—家族的秩序との關係を中心に—〉，《福井重雅先生古稀・退職記念論集 古代アジアの社会と文化》，東京：汲古書院，頁 99-119。

- 2007b 〈秦律・漢律における未遂・豫備・陰謀罪の處罰〉，氏著，《秦漢刑法研究》，東京：知泉書館，頁 217-234。

佐々木滿実

- 2014 〈漢代婚姻形態に關する一考察——二年律令に見える「下妻」「偏妻」について〉，《張家山漢簡『二年律令』の研究》，東京：東洋文庫，頁 259-286。

- 2017 〈秦代・漢初における「婚姻」について〉，《ジェンダー研究》20：87-100。

劉欣寧

角谷常子

- 2006 〈秦漢時代における家族の連坐について〉，富谷至編，《江陵張家山二四七號墓出土漢律令の研究 論考篇》，京都：朋友書店，頁 171-195。

柿沼陽平

- 2015 〈嶽麓書院藏秦簡譯注——「為獄等狀四種」案例七識劫媿案〉，《帝京史學》30：193-238。

若江賢三

- 2015 〈漢代の不道罪〉，氏著，《秦漢律と文帝の刑法改革の研究》，東京：汲古書院，頁 227-246。

宮宅潔

- 2011 《中國古代刑制史の研究》，京都：京都大學學術出版會。  
2012 〈漢代官僚組織の最下層：「官」と「民」のはざま〉，《東方學報》（京都）87：1-52。

富谷至

- 1998 〈鈇左右趾刑〉，氏著，《秦漢刑罰制度の研究》，京都：同朋舍，頁 120-133。  
2016 《漢唐法制研究》，東京：創文社。

富谷至編

- 2006 《江陵張家山二四七號墓出土漢律令の研究 譯注篇》，京都：朋友書店。

專修大學二年律令研究會

- 2003 〈張家山漢簡二年律令譯注（一）——賊律〉，《專修史學》35：106-160。  
2005 〈張家山漢簡『二年律令』譯注（五）——收律・襍律・錢律・置吏律・均輸律・傳食律〉，《專修史學》39：93-171。

陶安あんど

- 2009 《秦漢刑罰體系の研究》，東京：創文社。

關口裕子

- 1993 〈日本古代における「姦」について〉，氏著，《日本古代婚姻史の研究》，東京：塙書房，上冊，頁 123-288。

Dull, Jack L.

- 1978 “Marriage and Divorce in Han China: A Glimpse at ‘Pre-Confucian’ Society.” In *Chinese Family Law and Social Change in Historical and Comparative Perspective*, edited by David C. Buxbaum. Seattle and London: University of Washington Press, pp. 23-74.

Sommer, Matthew H.

2000 *Sex, Law, and Society in Late Imperial China*. Stanford: Stanford University Press.

### 三・網路資訊

吳雪飛

2017 〈長沙尚德街東漢簡牘補釋兩則〉，簡帛網  
[http://www.bsm.org.cn/show\\_article.php?id=2742](http://www.bsm.org.cn/show_article.php?id=2742)，收稿 2017.02.28。

陳偉

2017 〈秦漢簡牘中的「隸」〉，簡帛網  
[http://www.bsm.org.cn/show\\_article.php?id=2712](http://www.bsm.org.cn/show_article.php?id=2712)，收稿 2017.01.24。

## Marriage and Adultery under the Legal Codes of Qin and Han

Hsin-ning Liu

Institute of History and Philology, Academia Sinica

Bamboo slips from the Zhangjiashan tomb no. 247 record a judicial case involving a man charged with adultery as a result of his claim to have married a woman. This paper aims to examine the relationship between marriage and adultery, particularly the laws and regulations stipulating the formation of marriage, dissolution of marriage, and adultery.

On the formation of marriage, I discuss the substantial requirements of marriage, including the right to marry, the willingness to marry, and the restrictions on the relationship between parties. In my analysis of judicial cases, I argue that social recognition is as important as household registration when determining the existence of a marriage. In addition, by comparing three types of spouses, namely wife, concubine, and maidservant, I point out that their distinction is not as clearly defined as it would be in later times.

On the dissolution of marriage, I argue that women being sentenced to hard labor leads to annulment of marriage. The same, however, does not apply to men. I also trace the origins of “seven conditions for disowning a wife” and “breaking the bond of a couple,” which are legal divorce requirements in subsequent dynasties. In the event where an accusation is brought by husband and wife against each other, a harm caused by husband and wife against each other, as well as the husband committing adultery, the matrimonial relationship in actuality is dissolved. It should be noted that a wife could accuse her husband, and that a wife’s rights were protected when her husband attacked her or committed adultery.

On adultery, I point out that 姦 and 奸 in Qin and Han dynasties are two distinctly different characters with the latter denoting a sex crime. In my investigation of judicial cases, I find that there is criminal punishment imposed on unmarried men and women engaging in sexual intercourse, which constitutes adultery. As to the types of adultery, I point out that heavier punishment is imposed in the case of rape, when the parties

concerned are of specific identities or relationships, or when adultery is committed in a specific time or place.

Marriage and adultery both involve matters of sex. As such, where marriage is not permitted, punishment in respect of adultery laws and regulations could then be imposed. However, it would be too extreme to claim that sexual relationship outside of marriage is adultery. The relationship between a master and his maidservants, for instance, is one gray area where it is not matrimonial but implicitly approved by society and law.

**Keywords: marriage, adultery, legal codes of Qin and Han, excavated documents**