

萬 有 文 庫

第一集一千種

王 雲 五 主 編

中 國 刑 法 法 源

(二)

徐 朝 陽 著

商 務 印 書 館 發 行

中國刑法溯源

(二)

徐朝陽著

國學小叢書

編主五雲王

庫文有萬

種千一集一第

源溯法刑國中

冊二

著陽朝徐

路山寶海上
館書印務商 者刷印兼行發

埠各及海上
館書印務商 所行發

版初月十年八十國民華中

究必印翻權作著有書此

The Complete Library

Edited by

Y. W. WONG

ORIGINS OF CHINESE CRIMINAL LAWS

By

SU CHAO YANG

THE COMMERCIAL PRESS, LTD.

Shanghai, China

1929

All Rights Reserved

第三編 刑罰

第一章 刑罰之意義

刑罰者何？國家對於犯罪行為之制裁，而與私人之痛苦，與剝奪其利益之謂也。故刑罰之性質，必具備一定條件。茲就刑罰之定義，分析說明如左：

第一、刑罰者，爲國家科一私人者；私人相互間無所謂刑罰之關係也。是故刑罰權存於國家與一私人之關係，而不存於一私人與一私人之關係。雖然，在古代因尊重家族制度之結果，而有例外。如家長對家屬之不法者，操生殺予奪之權，無論生命身體財產上之利益，皆得任意剝奪。國家對於加害者既不予制裁，對於被害者故無保護之道。羅馬古代蓋亦猶然。降洎後世，家長權漸次衰微，即家屬之生命身體財產，家長不得任意剝奪；僅得於一定範圍內予以相當之監督權。中外法律之趨勢，實屬相同。

第二、刑罰者，對於犯罪之制裁也。法律之種類與性質，既各有不同，則其制裁亦異。故若各種法令上之制裁，與犯罪問題無關；而事實上雖有剝奪私人利益者，亦不能認為屬於刑罰之性質。何也？蓋以其制裁非對於犯罪行為之制裁也。例如由犯罪而罰金為刑罰，由違約而罰金非刑罰也。

第三、刑罰者，與私人以痛苦與剝奪其利益也。古代刑罰備極慘酷，盛行肉刑。蓋本於威嚇主義之觀念而來，與現代剝奪私人之利益者有別。現行法不採身體刑。除以剝奪生命為絕對的預防危害之手段外，其他之自由刑、財產刑、或能力刑，皆不外僅剝奪犯罪人之利益；固無所謂痛苦者也。古代刑罰，備具痛苦與利益二者；自由刑、財產刑、能力刑，在當時觀念，亦不外剝奪犯罪人之利益。如周書呂刑云：

「罰懲非死，人極於病。」

蔡注云：「罰以懲過，雖非致人於死，然民重出贖，亦甚病矣。」則「病」者利益被剝奪之謂，當無可疑；一方面有身體刑，予犯罪人以痛苦。故茲之解釋古代之刑罰，謂為與私人以痛苦

與剝奪其利益，想無大誤。

第二章 刑罰之種類

第一節 總說

我國刑罰之所由來，其源甚古。或曰白龍白雲，則伏羲軒轅之代，（通鑑前編外紀云：太昊時有龍馬負圖出於河之瑞，因而名官始以龍紀，號曰龍師；又命五官，秋官爲白龍氏。黃帝有熊氏以雲紀官，號秋官爲白雲。）西火西水，則炎帝共工之年。（通鑑前編外紀曰：因火紀官爲火帝，秋官爲西火。左傳昭公十七年載：共工氏以水紀，故爲水師而水名。）鷓鴣筮賓於少皞。（左傳昭公十七年，鄭子曰：我高祖少皞氏之立也，鳳皇適至，故紀於鳥爲鳥師，而鳥名。）金正策名於顓頊，（杜氏通典顓頊五官秋官金正曰蓐收。）咸有天秩，典司刑憲，大道之化，擊壤無違。然而記載簡略，其詳不得而考矣。有虞一世，典刑咸備，洎乎嬴秦，代有因革，爬羅諸制，究其種類，可分爲生命刑、身體刑、財產刑、自由刑、能力刑、名譽刑之六種，各著於篇。

第二節 生命刑

生命刑者，國家對於犯罪行為之制裁，而剝奪犯罪人生命之刑罰是也。今昔刑罰根本觀念或有差異，而對於生命刑，認爲處罰重大，犯罪上必要之手段，則無二致。刑法第七章刑名第四十九條舉主刑之種類及重輕之次序，而死刑列第一，故生命刑爲刑罰最重之刑，夫人而知矣。古代五刑之屬大辟爲重。稱生命刑爲大刑，如史記魯周公世家載：

『無敢不及有大刑。』

集解馬融曰：「大刑死刑。」古代生命刑執行之方法甚夥，備極慘酷。既受斬決，又加屍刑，醢，膊，辜，焚，支解，烹磔，均形骸不存，可謂慘矣！留於刑罰之執行章中述之，茲不先贅。

古代刑罰，崇尚威嚇，大辟爲刑罰之最重而行之最熾。漢高約法三章殺人者死。論者卽以此而推斷古代刑法完全爲報復主義。雖然，以愚考之，其說實未能全稱肯定。如尚書酒誥云：

『厥或告曰羣飲汝勿佚，盡執拘以歸於周，予其殺。』

晏子春秋諫下篇云：

『景公有所愛槐，令吏謹守之。植木縣之下，令曰：犯槐者刑，傷槐者死。』飲酒傷槐，均屬細故，而科死刑，倘所謂報復主義耶？故可知古代之多行大辟者，豈以其富有威嚇之性質也。

死者不可復生，斷者不可復續，故死刑一經執行，絕無回復性。其性質至爲危險，不若廢止死刑。是以皋陶、孔老對於死刑，特加哀愼。皋陶之言曰：

『與其殺不辜，寧失不經；好生之德，洽於民心。』（尚書大禹謨）

老子之言曰：

『民不畏死，如何以死懼之。』

認死刑雖極慘酷，仍不能收威嚇之效，深具法理。孔子之言曰：

『死者不可復生，斷者不可復續。』（尚書大傳）

摒擊死刑制度毫無伸縮之餘地，可謂至矣。實我國唱廢止死刑之張本，而爲後世死刑廢止論之精髓也。夫天地之大德曰生，生物莫不貪生而惡死。乃鄭子產以爲生者人壽之常，刑人不終，關於

其命。左傳載其語云：

『人誰不死，凶人不終，命也。』（昭公二年）

此則死刑存留說之一班也。韓非商鞅尤斤斤以死刑爲維持社會秩序之計，淘汰害羣之馬，以保良善之風，若廢止死刑，則民如嬰兒，不知畏懼。法何由而立，國奚由以治。管子亦云：

『法者，將用民之死命也。』（權修篇）

在先秦以前，既有死刑存廢之爭。在晚世對於死刑當否問題，尤多探託，茲略述如左：

（甲）廢止說 主張廢止者其所持理由，略有數端：（一）刑罰之殘酷，莫若死刑，實足以增長社會殘虐之風氣，如絕對廢止，或能收減少殺傷等罪之效。（二）死刑之刑罰，絕無伸縮可言，宜絕對廢止；而採用有伸縮力之自由刑，則衡犯科刑，可得平允。（三）死刑一經執行，絕無救濟方法，設因法官之錯誤，冤者，莫由再生，故其性質至爲危險，爲預防危險，必須廢止死刑。（四）論罪科刑，既以國家利益爲前提，國家於死刑之存在與否，實無利害關係。曷若改處無期徒刑，既足以收感化之效果，國家社會多一人民，無弊有益。此皆關於死刑制度認爲應廢止之理由也。

(乙) 存留說 主張存留論者，對於廢止論者所持理由，概認爲不充分。其於第一理由認爲屬於牽強附會；近代死刑執行，不採公開制度。奚至長殘酷之風。則第一說可破也。其第二理由注意罪刑平均，實不能認爲適當；蓋刑罰之有輕重，本於犯罪程度之差異，死刑與自由刑之間，輕重懸殊。若廢死刑改處自由刑，則無期徒刑中，莫由分別輕重，其將何說？第二說可破也。其第三理由，謂死刑一經執行絕無回復，不知卽凡自由刑剝奪私人身體之自由以後，其被剝奪自由刑期間內，無論如何方法，絕無由回復原狀，豈獨死刑。矧死刑之宣告極爲慎重絕少錯誤歟？第三說可破也。至於第四理由謂死刑之存在，於減少犯罪並無實益；不知窮凶極惡不治之犯罪人，實無感化之可能，不加以絕對淘汰之刑，豈國家刑期無期之意哉？則第四說可破也。

據此，則廢止死刑論者所持理由，皆無採取之價值者可知矣。故近世英日德法諸國爲維持社會安寧秩序計，均不廢止死刑。我國地廣人稠，社會秩序尤易紊亂，不廢止死刑，實爲一般刑法學者所公認，惟在勿以黨爭而污濫，從謹慎而重人命，死刑刑罰之功效可收，亦無庸其廢止也。

然世界全廢死刑之國殆居多數。在歐羅巴者，若意大利、瑞士、聯邦中之七邦、羅馬尼、葡萄牙

荷蘭那威；在美洲北部者，若：密幾勘，羅士愛蘭，維斯康新，哥倫比亞，蔑印；在中部，若：洪條拉司巴拿馬，尼加拉夸，波蘭基利；在南部，若：委內瑞拉。在今日已若此，則將來全世界必有廢止死刑之日，可推測而知。

外邦在十八世紀始有意人 *Becaria* 者唱死刑廢止之論，在刑法史上永垂盛名，彼士詔耀。乃我東土庭堅，伯陽，尼父，諸哲，先河早闢，而光大無人，可慨矣！

第三節 身體刑

第一款 總說

身體刑者，直接予犯人肉體上之痛苦之刑也。現行法自易筭條例於民國五年七月十八日廢止後，已不復有身體刑之存在矣。在古代思想以爲予身體以直接之痛苦符刑罰之精神者，莫體刑若，故多用之，所以五刑之中，體刑而有其四也。卽在歐西亦莫不然。如羅馬與獨逸之古法，有火刑，溺殺，背部截開，以石打殺等刑罰，體刑之發達如此。降及後代如日耳曼更亟用體刑。可分爲四枝切斷之刑罰，皮毛之刑罰二類。前者不僅單獨執行，死刑之準備亦用之。單獨科刑者有宮刑、

切斷手足，剝取斷舌，斷唇及抉目之刑，罰皮毛之刑，有用於死刑之準備者，有於流放以前執行之者，但此屬例外，事實上以單獨科刑爲主。皮毛之輕者，如鞭笞，加以皮膚痛苦，或其他如除去毛髮之事；其重者剝去皮膚，或捺以燒印之刑。我國古代之體刑，種類繁多，實與日耳曼堪相伯仲。茲欲究其種類，必先考其起原。

或謂古者無身體刑而有象刑。象刑者即名譽刑，古代已有象刑之制，固無待言。若以爲無有身體刑者，是直無稽之談耳。故荀子亦頗指斥此說之謬，其言云：

『世俗之爲說者曰：「治古無肉刑而象刑……」是不然，以爲治邪？則人固莫觸罪，非獨不用肉刑，亦不用象刑矣。以爲人或觸罪矣，而真輕其刑，然則是殺人者不死，傷人者不刑也。罪至重而刑至輕，庸人不知惡矣，亂莫大焉。』（荀子正論篇）

其駁解至爲明徹，古代已有身體刑，實毫無疑義。但身體刑創自何人耶？世之論者，輒謂三皇結繩，五帝畫像，三王肉刑。三王者何謂？夏禹商湯周文武也。若據此以言，則身體刑之制，實肇自夏禹矣。路史後紀亦載：

『始政肉刑，謀面用丕訓德。』（夏后禹紀）

雖然，身體刑之制，實創自蚩尤。鄭康成、孔隸達、丁謐、王鳴盛諸人均謂肉體起自蚩尤之世。尙

書明記其事云：

『蚩尤惟始作亂，延及於平民，罔不寇賊，鴟義，姦宄奪矯，虔苗民弗用靈，制以刑，惟作五虐之刑。』曰法。殺戮無辜，爰始淫爲劓，刵，椽，黥。』（呂刑）

劓，刵，椽，黥，四者均肉刑也。蚩尤以前有無此制，典籍無載，不得而稽。迨舜居攝之三年，取蚩尤之成法，參當時之情勢，而作五刑。夏遵舜制，成、周益詳定法規，斯制大備。後世遵仍，遞遺勿替。迨至民國，始告剷除。可知身體刑之於吾國刑法上之適用，不可謂不大，其歷史不可謂不久也。於身體刑之種類節詳別考之。

第二款 身體刑的種類

我國古代身體刑之種類甚繁。有墨，劓，剕，宮，所謂五刑中之四刑也。此外有滅耳刑，滅趾刑，鞭扑刑，諸種。分別究考如下：

第一項 墨

墨刑者何？刻面塗墨之刑也。舜帝列五刑之首，實淵源於蚩尤之黥刑；非帝舜新制也。鄭康成

周禮注云：

『墨，黥也，先刻其面以墨窒之。』

言刻面皮爲瘡，以墨塞瘡孔，令變色也。則墨刑執行之方法，可知矣。墨刑之有條文，始自何代耶？孔安國書傳云：

『夏有劓墨各千。』

是夏之墨刑條文有千，可無疑義。而夏以前，舜之時代，想當必已有墨刑之條文；然書傳無徵，未敢確斷。至周制之墨刑條文，僅有五百。如周禮秋官司刑云：

『司刑掌五刑之法，以麗萬民之罪，墨罪五百。』

穆王定墨罰千條。如尙書云：

『墨罰之屬千。』（呂刑）

五刑之中，墨爲最輕，故列於首。則凡輕微犯均處墨刑，可無疑義。在古代處刑情形明文規定者有二：

(一) 官吏不能匡正其君 如尙書伊訓云：

『臣下不匡，其刑墨。』

墨、墨刑也，臣不能匡正其君，則以墨刑加之。(蔡注)是墨刑在商制又爲一種懲戒官吏之刑。

(二) 訴訟當事人失信訴訟約者。如周禮秋官司約云：

『若有訟者則珥而辟藏，其不信者服墨刑。』

鄭鍔云：「如諸侯萬民，有因此而訟者，當用舊約劑以質證之，故爲之珥，而辟藏視諸故府也。」辟藏開府視約書不信不約也。珥讀曰岬，謂殺雞取血釁其戶。王安石云：「珥而辟藏重其事。」若已見故府之文，而尙不信，則其昏墨實甚，故處墨刑，示其昏墨無識之意也。

(三) 無意識之爭誦者 如伏生書傳云：

「非事而爭之出入，不以道義，而誦不詳之辭者其刑墨。」

(四) 不燒詩書百家語者 此爲秦政之刑法，史記始皇本紀云：

「丞相李斯請史官非秦紀皆燒之。非博士官所職，天下敢有藏詩書百家語者，悉詣守尉雜燒之；令下三十日不燒，黥爲城旦。」(三十四年)

據以前所舉，則墨刑爲古代之輕刑，實無疑義。想古代因犯罪而被處墨刑者，殆必甚衆。漢之大將有黥，布曾被受此。刑見史記黥布列傳。

茲略考秦代而下之墨刑如左：

漢 文帝十三年五月，除黥刑。見漢書文帝本紀。

宋 明帝泰始四年，認劫竊五人以下相逼奪者賜黥。見宋書明帝本紀。

梁 武帝天監十四年，詔除劓墨之刑。見梁書武帝本紀並見隋書刑法志。

遼 太宗會同九年十一月，令舊晉人卽黥而縱之。見遼史太宗本紀。

聖帝統和二十九年五月甲戌，詔帳族有罪黥墨，依諸部人例。見遼史聖宗本紀。

興宗重熙三年，上諭犯徒罪者免黥面，止刺頸。見遼書刑法志。按遼史興宗本紀不載。

宋 太祖開寶元年十一月癸未，黥李從善部下及江南水軍一千三百九十人爲歸化軍。見宋

史太祖本紀。

太宗端拱二年，詔盜主財者勿私黥。見刑法志。按宋史太宗本紀不載。

神宗熙寧二年免命官杖黥法。見刑法志。按宋史神宗本紀不載。

孝宗淳熙 年詔裁定黥刺法。見刑法志。按宋史孝宗本紀不載。

元 世祖至元二十二年十一月丙申，赦囚徒，黥其面。見元史世祖本紀。

仁宗延祐元年十一月癸酉，赦吏人賊行者黥其面。見元史仁宗本紀。

英宗至治三年通制成其黥刺之例俱定。見元史英宗本紀。

明 英宗正統八年定竊盜刺臂例。見明會典。

神宗萬曆十五年二月，重修會典書成，併定律例及一切黥刺之制。見明通紀，並見明會典。

清 順治十一年議准逃人七十歲以上，十三歲以下無論男女俱免鞭刺。見大清會典。