

上海市社区矫正理论与实务丛书

刑罚执行视野下的 社区矫正

朱久伟 王志亮 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

上海市社区矫正理论与实务丛书

刑罚执行视野下的 社区矫正

朱久伟 王志亮 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑罚执行视野下的社区矫正 / 王志亮, 朱久伟主编.

—北京: 法律出版社, 2011. 11

(上海市社区矫正理论与实务丛书)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2573 - 5

I. ①刑… II. ①王… ②朱… III. ①社区—监督改造—研究—上海市 IV. ①D927.510.67

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 196268 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/张发靖

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/A5

印张/9.5 字数/272 千

版本/2011 年 11 月第 1 版

印次/2011 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2573 - 5

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编 委 会

主 任：吴军营

副主任：蔡永健 朱久伟

成 员：梅义征 张国华 施洪深

曹家侃 杨 挺 吕 凌

序 言

社区矫正,是在社区开放的环境下矫正罪犯的一种非监禁刑罚执行方式。2011年2月25日,十一届全国人大常委会第十九次会议审议通过《中华人民共和国刑法修正案(八)》,规定对判处管制、缓刑以及假释的罪犯依法实行社区矫正。社区矫正制度的确立,是贯彻落实宽严相济刑事政策,适应经济社会发展新形势,加强和创新社会管理的重要举措。明确社区矫正的法律地位,不仅是对社区矫正试点试行工作的充分肯定,也为司法行政机关履行指导管理社区矫正工作职能,全面推进社区矫正工作提供了法律依据,标志着我国社区矫正工作进入到一个新的发展阶段。

2002年8月,上海在全国率先启动社区矫正试点。市委、市政府高度重视社区矫正工作,2004年,市委政法委将社区矫正纳入本市预防和减少犯罪工作体系,同年,社区矫正工作在本市所有街镇全面推开。到目前为止,本市纳入社区矫正的各类对象达3万2千余人,解除矫正2万6千余人。

社区矫正工作开展9年来,上海各级社区矫正职能部门一方面始终坚持刑罚执行的本质属性,注重制度规范,强化监管力度,确保社区安全;另一方面,坚持走群众路线,积极鼓励和引导社会团体、民间组织和社会志愿者参与矫正工作,不断完善政府与社会组织的合作机制,着力提高矫正效果,为社区服刑人员顺利回归社会创造有利条件。这些有益探索,不仅为维护本市社会的和谐稳定发挥了重要作用,也为完善我国的非监禁刑罚执行制度作了有益探索。

2012年,上海将迎来社区矫正工作10周年。为全面总结上海社区

2 刑罚执行视野下的社区矫正

矫正工作的经验和教训,以便在新的起点上更好地谋划和推进社区矫正工作,上海市社区矫正工作办公室组织有关专家,立足上海社区矫正工作的实践,借鉴国外和兄弟省市的先进经验和做法,编写了《上海市社区矫正理论与实践丛书》。本丛书共有五册,分别为《刑罚执行视野下的社区矫正》、《社会治理视野下的社区矫正》、《上海市青少年社区服刑人员教育矫正的理论与实践》、《上海市社区服刑人员个性化教育矫正的理论与实践》、《上海市社区服刑人员心理矫正的理论与实践》等。我衷心期望,本丛书的出版,不仅对推进本市社区矫正工作健康发展有所裨益,更能进一步激发社会各界关心、支持、参与社区矫正工作的热情,从而为本市社区矫正工作奠定更为坚实的群众基础和社会基础。

是为序。

上海市司法局局长 吴军营

2011年8月30日

目 录

第一篇 刑罚执行的历史沿革	(1)
第一节 刑罚的起源	(1)
第二节 报复刑时期	(15)
第三节 威慑刑时期	(19)
第四节 教育刑时期	(32)
第五节 行刑发展的一般趋势	(59)
第六节 社区矫正的缘起	(63)
第二篇 上海市社区矫正的隆兴	(89)
第七节 中国社区矫正的兴起	(89)
第八节 上海市社区矫正的开展	(113)
第九节 社区矫正的定性	(139)
第十节 社区矫正管理体制	(156)
第三篇 上海市社区矫正的运行	(163)
第十一节 上海市社区矫正的规范	(163)
第十二节 上海市社区矫正的运行	(183)
第十三节 上海市社区矫正促使社区服刑人员适应社会	(217)
第四篇 上海市社区矫正的完善	(227)
第十四节 社区矫正的经验	(227)
第十五节 上海市社区矫正的完善	(271)
参考书目	(290)
后记	(292)

第一篇 刑罚执行的历史沿革

在人类社会,伴随着犯罪产生了应对犯罪的刑罚。从刑罚的内在本质特征来看,刑罚经历了报复刑时期、威慑刑时期、教育刑时期。在实践中,尽管报复刑时期、威慑刑时期、教育刑时期的时间界限绝非泾渭分明,但也充分展现出了刑罚以及行刑的发展趋势。其中,最大的亮点就是社区矫正的缘起。

第一节 刑罚的起源

随着人类社会文明的发展,各个国家、各个民族在各自不同的历史时期都确立了自己的刑罚,刑罚作为国家惩罚犯罪人的强制方法,是一种历史的社会法律现象,孕育源起于原始社会末期,是从原始社会时期的血亲报仇演变而来的。

一、原始社会的生活习俗

1. 原始社会的生活。原始社会是一个无政府而有秩序的社会。原始社会是人类发展史上的早期阶段,生产工具简陋,在绝大部分的时间段上使用石器,采集和渔猎是获得生活资料的最主要方式。只是到了原始社会晚期,人类才“学会靠人类的活动来增加天然产物”,^①即学会经营畜牧业和农业。在原始条件下,一个人的劳动所得在用于消费后没有剩余,剥削他人劳动是不可能的。而且,个人的生产能力和生存能力不

^① 《马克思恩格斯选集》(第4卷),第23页。

足以独立应付自然和外族的压力,只有依靠集体,才能谋求生存与发展。由此,共同占有、共同劳动、平均分配的原始共产制就成为唯一可能的经济形态。“大道之行也天下为公:选贤与能,讲信修睦,人不独亲其亲,不独子其子,使老有所终,壮有所用,幼有所长,鳏寡孤独废疾者皆有所养,男有分,女有归,货恶其弃于地也不必藏于己,力恶其不出于身也不必为己,是故谋闭而不兴,盗窃乱贼而不作,故外户而不闭,是谓大同。”^①

与原始社会的生产方式相适应,原始社会没有阶级的划分,也没有与阶级划分相联系的各种政治、经济组织,唯一的社会组织就是原始公社。原始公社在经历了漫长的原始群和血缘家庭阶段后,在后期出现了氏族公社。氏族公社的产生虽然较晚,但它却是原始社会最典型的社会组织形式。氏族是原始人以血缘关系为纽带而形成的内部禁止通婚的亲属集团。氏族组织和氏族习惯构成了调整社会关系、建立社会秩序的两种基本力量。氏族习惯是氏族成员在长期的共同生活中自发形成的、世代相袭为全社会公认的神圣不可侵犯的行为规范。

2. 原始社会的生活习俗。根据摩尔根《古代社会》一书资料,易洛魁人的氏族习惯包含着十分广泛的内容。

第一,关于共同劳动、平均分配的习惯。在生产水平低下的条件下,氏族成员把共同劳动、分工协作和平均分配食物看做极其自然的事情。每个有劳动能力的人都自觉地参加劳动,懒惰被视为非常可耻的行为。

第二,关于婚姻、家庭和亲属制度的习惯。氏族内部成员禁止通婚,婚姻家庭形式从最初的群婚家庭发展到对偶婚家庭。在婚姻家庭制度的基础上,也形成了相应的亲属制度,对亲属关系的亲疏远近是通过不同的称谓来标明的。

第三,关于处理公共事务的习惯。氏族内部没有阶级和等级之分,重大事务由氏族成员的全体大会讨论表决,氏族首领选举产生,可随时被撤换,任何人都必须服从集体的决定。

第四,关于财产继承的习惯。氏族成员的个人财产一般仅限于个人制造和使用的工具及少量的生活用品。

^① 参见《礼记·礼运》。

第五,关于解决纠纷的习惯。氏族内的纠纷绝大多数由当事人自行和解或由氏族首领出面调解。如果有人严重违反氏族习惯,最重的制裁是驱逐出本氏族,而这往往意味着死亡。

第六,关于维护共同利益的习惯。维护氏族和部落的共同利益,是氏族社会最基本的道德原则,对此,每个氏族成员都自觉遵行。

第七,关于宗教方面的习惯。原始的图腾崇拜、大量的禁忌和神秘的宗教仪式在氏族成员中具有极大的约束力,这种宗教性质的习惯规范与其他方面的习惯又有着千丝万缕的联系,增强了氏族习惯的力量。

3. 原始社会的纠纷解决。原始社会没有法律,但有纠纷和解决纠纷的诉讼。人们发生了纠纷,要求公断,于是设立了专门管理诉讼的人,来“审判”各种案件。我国流传着关于原始社会“神判”的有趣传说。传说在尧舜的时代,就有了管理诉讼的职务。这种职务叫“士”,也叫“士师”。这就是我国最早“法官”的名称。舜让一个名叫皋陶(古音:gao yao)的人主持纠纷的公断。传说,皋陶办案的本领非常大,无论什么疑难的案子,只要一到他的手里,马上就会弄得一清二楚。

他养着一个神兽,这神兽叫獬豸(古音:谢志),它满身長着青色的长毛,身躯庞大,四足像熊掌,头上长着一个犄角。这神兽夏天住在水泽边,冬天住在松柏林里,性情既忠诚又耿直。当它看见人们打架的时候,常常帮助有理的人,用它的犄角触那无理的人。当它看见人们争论的时候,常常高声大叫,去斥责没理的人。所以,《异物志》说:神兽“见人斗则触不直者,见人论则咋(音乍,咬)不正者”。皋陶对神兽很爱护,人们都尊重它,把它当做神的化身。皋陶请神兽参加审判。公堂是和一般住房一样的茅草屋,原告、被告都坐地上,皋陶穿的也是和一般人一样的兽皮,坐在石凳上。审判时,皋陶把神兽请到堂前,然后把被告带上“堂”来,让争论的双方当着神兽的面辩论起来。神兽在他们辩论的时候,就会向着没理的一方高叫起来,并用犄角去触没理的一方,如果神兽安然不动,说明被告是无罪的人,皋陶就根据神兽的意志去判刑。^① 这种原始的审判方法,法学家称为“神意裁判”。在原始社会,神羊曾作为忠诚、取直、公正的象征。

^① 参见王充:《论衡·是应篇》。

二、原始社会的刑罚雏形

1. 原始社会的战争。原始社会后期,随着石器被金属器所取代,生产工具和生产技术得到了极大的发展,使当时的社会发生了深刻的变化。这是一个充满创造发明、神话传说的时期,一方面生机勃勃,充满着创造发明;另一方面社会剧烈动荡,冲突不断,英雄辈出。传说时代的创造发明,最集中地见于《世本·作篇》。大致有伯余做衣裳,史皇作图,沮诵仓颉作书,大桡作甲子,鲧作城郭,尧作宫室,化益作井,祝融作市,仪狄作酒,夔作乐,昆吾作陶,芒氏作罗,隶首作算数,容成作调历,伶伦造磬作律,蚩尤以金作兵,巫咸作筮,巫彭作医,奚仲作车,共鼓货狄作舟,垂作规矩准绳,咎繇作耒耜,挥作弓,夷牟作矢,雍父作杵臼,胲作服牛,相土作乘马,宿沙煮盐,等等。在传说时代,涉及人们的衣食住行、社会生活、文物典章制度等各个方面都已略具雏形,从而为文明社会的形成发展奠定了充分的物质基础。

由于生产工具和生产技术的发展,物质财富有了一定的增加和剩余。氏族、部落的人员逐渐增多,根据神话传说和后人研究,主要有四大部落。炎帝族又称神农氏,以渭水流域为根据地,活动在南到湖北北部,北到山西南部中原地区。黄帝族主要活动在陕西、河北一带的山地,东夷族分布在黄河下游和淮河流域,苗(古音为 mao)蛮族主要活动在长江南北地区。为了发展壮大本部落,维护部落利益,争夺地盘、物质资源和妇女,四大部落之间经常爆发战争。

我国的古文献中,记载了许多有关部落或部落联盟之间发生大规模战争的传说。例如,炎帝和黄帝两个部落联盟曾“战于阪泉之野”,^①黄帝取得胜利。黄帝部落又和东夷部落“战于涿鹿之野”,^②黄帝亦取得胜利,蚩尤被杀。黄帝部落成为黄河流域最强大的部落联盟。东夷族、炎帝族和黄帝族之间的循环战争进行了很长时间,而战争的结果则是黄帝族进入中原,与炎帝族和东夷族之大部结盟,成为部落联盟的首领,建立了“万部和”的新秩序。战争促进了各个部族的融合,华夏族也由此而

① 参见《史记·五帝本纪》,阪泉在今河北省涿鹿县东南。

② 参见《史记·五帝本纪》,涿鹿在今河北省涿鹿县南。

产生。随着华夏族的逐步形成和地域性部落联盟的日益稳固,地处南方的苗蛮各族又成了他们的主要敌人。华夏族与苗蛮族的战争主要发生在尧舜禹时代,尧曾在丹水一带打败过三苗,“尧战于丹水之浦,以服南蛮”。^①经过尧舜禹时代的战争,苗蛮族大部退向更南的地区,而其中的一部分也融入了华夏族。

2. 刑始于兵。上古的氏族战争与刑的起源有着极为密切的关系,中国自古以来就有兵刑同一和“刑始于兵”的说法。所谓兵刑同一,在古人看来,是说战争与刑罚或刑法是一回事,二者在本质上相同。所谓刑始于兵,则是说刑罚即杀戮起源于远古的氏族战争。“刑也者,始于兵而终于礼者也。”^②

第一,有关文献明确记载了“兵刑同一”与“刑始于兵”。春秋时鲁国的臧文仲说:“大刑用甲兵,其次用斧钺,中刑用刀锯,其次用钻竿;薄刑用鞭扑,以威民也。故大者陈之原野,小者致之市朝。”^③这里,甲兵指披坚执锐的士卒,斧钺既是兵器又是斩杀俘虏的工具,而刀锯、钻竿、鞭扑都是施以各种刑罚的工具。臧文仲把用于战争的兵器和惩罚犯罪者的各种刑具相提并论,并以大刑、中刑和薄刑划分其等级,显然是说“兵刑同一”。晋国的范宣子则更加明确地指出:“夫战,刑也。”^④战争是杀戮,刑罚也是杀戮,这样就把刑与战争等同起来了。

上古时代大规模的氏族战争始于炎黄时代,终于夏代。传说中最早的法律产生于这一时期,据《汉书·胡建传》,黄帝时有《李法》。尧舜时有苗民制五刑,^⑤还有“皋陶作刑”、^⑥“伯夷降典,折民惟刑”^⑦等一系列记载。后人也认识到了上古兵刑同一和“刑始于兵”的事实,汉代的王充进一步阐述了兵与刑的关系,“夫刑人用刀,伐人用兵,罪人用法,诛人用武。武法不殊,兵刀不异,巧论之人,不能别也。夫德劣故用兵,犯法

① 参见《吕氏春秋·召类》。

② 参见《辽史·刑法志》。

③ 参见《国语·鲁语上》。

④ 参见《国语·晋书六》。

⑤ 参见《尚书·吕刑》。

⑥ 参见《世本·作篇》。

⑦ 参见《尚书·吕刑》。

故施刑。刑与兵,犹足与翼也,走用足,飞用翼,形体虽异,其行身同。刑之与兵,全众禁邪,其实一也”。^①

第二,上古三代和秦汉的司法官名称带有“兵刑同一”和“刑始于兵”的痕迹。上古的士或士师,既是司法长官,又是军事长官。舜命皋陶说:“皋陶,蛮夷猾夏,寇贼奸宄,汝作士,五刑有服。”^②郑康成注云:“猾夏,侵乱中国也。强取为寇,杀人为贼,由内为奸,起外为轨。”未加入华夏联盟的苗蛮族和东夷族侵乱华夏,这本是氏族间的战争,应采取军事行动征讨之,而舜却命皋陶作士,运用五刑,讨伐外族,并惩罚内部犯罪。在这里,军事长官与司法长官合二为一,由皋陶担任,既反映了上古时代的“兵刑同一”,又反映了“刑始于兵”的事实。后人甚至以皋陶为最高司法长官,“皋陶为大理”^③;“士,察也,主察狱讼之事”。^④据《周礼·司寇》,周代有士师、乡士、遂士、县士、方士、讶士、朝士等。

商代和周代的最高司法官为司寇。司为执掌;寇指寇贼,《说文》解作“暴也”,指外族的劫掠侵犯。战国秦汉时期的最高司法官为廷尉。廷指朝廷或官府,尉指军事长官。《汉书·百官公卿表》注引应劭曰:“听狱必质诸朝廷,与众共之,兵狱同制,故称廷尉。”作为最高司法长官的司寇或廷尉,其名称或与外族的劫掠侵犯有关,或与军事长官有关,其职责在于打击外族的劫掠侵犯行径,故也表明了上古社会“兵刑同一”和“刑始于兵”的事实。

第三,“刑以威四夷”。上古的氏族战争是一氏族对另一氏族,或一部族对另一部族的战争,是一氏族对另一氏族的杀戮。同样,起源于氏族战争的刑,也是针对异族而非本族的。“大刑用甲兵”,“大者陈之原野”,称为“大刑”、“陈之原野”的战争是针对异族的。舜命皋陶作士,运用五刑,主要原因就是“蛮夷猾夏”,外族入侵骚扰,这也说明刑是针对外族的。具体的上古五刑“劓(yi)、刖(er)、桡(chuan)、黥(qing)、大辟”,也是苗蛮族在与华夏族的战争中产生的。所以,直到春秋时还有人强调:“德以柔中国,刑以威四夷”,即刑是针对四夷,而德是针对本族

① 参见《论衡·儒增》。

② 参见《尚书·舜典》。

③ 参见《说苑·修文》。

④ 参见《尚书·尧典》。

的。近代人吕思勉也说：“刑之始，盖所以待异族。”^①

根据文献记载，上古时代针对异族的刑主要有以下几种：死刑，肉刑。关于死刑，“大刑用甲兵，其次用斧钺”。^②斧钺，“斩刑也。”斧钺是执行斩刑的工具。关于肉刑，“中刑用刀锯，其次用钻凿”。^③“刀，割、刖。锯，刖刑也。钻，腓刑也。凿，黥刑也。”即刀、锯、钻、凿分别是适用劓刑、刖刑、腓刑和黥刑的行刑工具。另外，根据《尚书·吕刑》，苗民制五刑，有劓、刖、椓、黥。其中，劓为割鼻，刖为割耳，椓为宫刑，破坏男女的生殖器，黥为墨刑。总括起来，上古针对异族的刑有大辟、劓、刖、腓、宫、墨七种，《慎子》说：“斩人肢体，凿人肌肤谓之刑。”^④近代人吕思勉先生认为：“古人言刑与今异。汉人恒言：‘刑者不可复属’，亦曰‘断者不可复属’，则必殊其体乃谓之刑，拘禁罚作等，不称刑也。”^⑤

3. 原始社会的族内刑。人们传说，我国原始社会的尧舜时代是一个美好的时代，尧是黄帝后裔，他部落的名字叫陶唐氏，所以他也叫“唐尧”。尧虽然是个部落联盟长，但他的生活很朴素，这个时代风调雨顺，人们的生活过得很舒服。他能团结九族重用有才德的人，“克明俊德，以亲九族”。^⑥他在自己“办公室”的门前设了“敢谏之鼓”^⑦，人们如果有意见，只要敲敲他门前的鼓，他就会赶快出来接待，并善于采纳别人的意见。因此，人们非常爱戴尧。尧到了七十岁那年说：“我老了，应当选一个人作联盟长。”大家推选了舜。传说舜是东方人，名叫重华，他在历山种过地，又在雷泽捕过鱼。他还会烧制陶器。经过尧的考验，发现舜也是个有才德的人。大家推戴舜作联盟长时，他正好是三十岁，尧就叫舜帮助处理事务，作预备联盟长。舜凭借着自己的威望公断人民的诉讼，“好生恶杀”，人们就像爱戴自己的父母一样爱戴舜。舜学习尧的作风，在他住的门外设立了“诽谤之木”，^⑧竖立木牌，让人在上面写谏言，称诤

① 参见吕思勉著：《先秦史》，上海古籍出版社1982年版，第425页。

② 参见《汉书·刑法志》。

③ 参见《汉书·刑法志》。

④ 参见《太平御览》卷六四五引《慎子》佚文。

⑤ 参见吕思勉著：《先秦史》，上海古籍出版社1982年版，第425页。

⑥ 参见《尚书·尧典》。

⑦ 参见《淮南子·主术训》。

⑧ 参见《汉书·文帝纪》。

谤木,叫人们给他提意见,批评他。

舜对于氏族成员犯了罪不用暴力,也不用残害人们肢体的肉刑,而是利用象征性的刑罚去处罚。“象以典刑,流宥五刑,鞭作宫刑,扑作教刑,金作赎刑,眚灾肆赦,怙终贼刑,钦哉钦哉,唯刑之恤哉。”^①这是说画象作为制裁,犯五刑罪的人,从宽处以流放,轻罪处以鞭笞,杖打作为教刑,黄金可以赎罪,过失犯罪要赦免,故意犯罪要处罚,处罚都用象刑,钦佩呀!钦佩呀!用刑是何等的慎重呀!针对本族犯罪者的刑主要有以下几种:

第一,象刑。象刑,即本族人如果犯了应处墨、劓、剕、宫、辟的罪,并不真正施刑,而是以画衣冠、异章服的方式象征其已经受刑。“有虞氏之诛,以赆巾当墨,以草纓为劓,以菲履当刖,以艾革当宫,布衣无领当大辟。”^②给犯罪人穿上画有图形或染有颜色的特殊衣服和帽子,以示制裁惩罚。穿上没有领子的赆石颜色衣服,象征大辟;身上插上稻草,象征劓刑;穿上特殊的草鞋,象征刖刑;用黑色头巾蒙头,象征墨刑;穿上艾虎皮象征宫刑。“象刑”让犯罪的人仍然居住在他原来住的地方,仍然和亲人们共同生活,和邻居们继续来往。这样,犯罪的人感到很羞耻,精神上感到很痛苦,就不敢再犯罪了。

第二,流刑。上古时期,个人要想活命必须依靠氏族并生活于氏族之中,一旦离开了氏族必死无疑。因此,把本族的犯罪者逐出氏族就是最严厉的惩处。“流宥五刑”是说,本族人犯了大罪,本应处以五刑,但五刑是针对异族的,故而宽宥,改为流刑。根据记载,在尧舜时代,“流共工于幽州,放驩兜于崇山,窜三苗于三危,殛鲧于羽山,四罪而天下咸服”。^③流、放、窜、殛都属于流放的处罚方法,其区别只不过是流放处所的远近,因此有着“治古无肉刑”^④的说法。

这是我国处罚犯罪最早的案例。炎帝部落内有一个氏族叫共工氏,他们住在黄河转折的地方。由于连年发生水患,尧让酋长共工氏治水,共工氏用筑土围子堵水的办法治水。结果水患更泛滥,给人民带来更大

① 参见《尚书·舜典》。

② 参见《慎子》。

③ 参见《尚书·舜典》。

④ 参见《白虎通·德论》。

的灾难,大家认为共工氏犯了罪,要求处罚他。尧不用肉刑,把他流放到边远的地方幽陵(现在的北京密云县)。后来,鲧在治水时,由于沿用共工氏的办法治水,治了九年不成,也犯了同样的罪,被逐远出,后死在他被放逐的地方羽山。驩兜的外号叫“混沌”,性情凶恶,表面说得好听,背后老干坏事,于是他被放逐到崇山。三苗是古代的一个氏族的首领,住在我国的南方,因为他常常贪吃,抢劫财物,所以把他迁徙到三危(山名,今甘肃敦煌县东)。这四个案例说明当时存在着流放的刑罚,并且处罚的都是当时还没有特权的氏族领袖,罪状是为民办事不力和道德败坏,这种刑罚就是把犯罪的人驱逐到部落之外,以致有的漂流致死,看来这是当时最重的处分制裁。

第三,体刑。体刑也就是体罚,不残害犯罪人的肉体,而要打罚犯罪人,体刑有两种。一为鞭刑,以鞭子笞打犯罪者,“为办治官事者为刑”。二为扑刑,以荆条笞打犯罪者,“扑为教官为刑者”。

第四,赎刑。以金赎罪,“意善功恶,使出金赎罪,坐不戒慎者”。

“象以典刑”和“流宥五刑”反映了起源于氏族战争的刑对于本族制度的影响。原先,氏族内部的犯罪者大抵只处以流、鞭、扑、赎等处罚,但后来,由于针对异族的五刑对各种犯罪都具有很大的威慑力,因而逐渐也使用于本族人。随着时间的推移和氏族界限的泯灭,五刑的对象就是所有的人了。

4. 原始社会的监狱雏形。原始社会时期,人类的生活极其艰难。“昔者先王未有宫室,冬则居营窟,夏则居槽巢。未有火化,食草木之实,鸟兽之肉,饮其血,茹其毛。未有麻丝,衣其羽皮。后圣有作,然后修火之利。”^①过去,氏族、部落首领及其下属没有宫殿居室可住,冬天住洞穴,夏天住树巢。还不会使用火,只能吃杂草、杂树的果实,为了吃飞鸟走兽的肉,只好连毛带血地吃禽兽。没有麻线织衣,就披挂禽兽的羽皮和毛皮。后来,由于人类智慧的发展,知道并开始了使用火。可见,原始社会初民被发弃服,蔽前而不蔽后,巢穴是他们的居所。饮食为人类生存竞争之要素,故无之则争且乱,有之则足以平争而止乱。定居的居所的出现和使用意义重大,逐渐演化为监狱的雏形——关押人的处所。

① 参见《礼·礼运》。

第一,驯养家畜的栏栅。原始社会的人们多取天然物充当食物,禽兽属于自然物的一种。狩猎时期,获取猎物不可必得,得之则不胜勤劳,而且猎物的食用受时间的限制。于是,人们日积月累的狩猎经验,开始知道牛羊犬鸡猪等易于驯服,遂定为家畜之种,常畜之于家中的栏栅之中。遇狩猎不足之时,取而用之。当然也可用来关押人,“牢”字的出现就可说明这种现象。

第二,储放物品的仓库。游牧时期,民随水草迁徙,绝少定居。到了神农时期,人们开始知道播植五谷,则行居变为定居。且畜牧必择善地,而农耕随地皆宜。畜牧成效易睹,农耕之收获必历三时。中国以农立国,必须定居周围历经三时来经营农耕,由是安土重迁,井里酿成仁让之俗。五谷之丰储放于仓,五谷之食利赖至今,绝不是偶然的。由急用之时,仓库当然可用来关押人。

第三,关押人员。过去,战争俘获的异族人统统都要杀掉。定居以后,随着生产力的发展,产品有所剩余,足以满足俘获的异族人食用。这样一来,就需要有一定的居所关押俘获的异族人。以后,随着氏族、部落的融合,当刑适用于所有的犯罪人时,在审判前、行刑前,都需要有一定的处所关押这些犯罪人。关押仅是一种防逃看管措施,不是刑罚。

第四,关于皋陶造狱的传说。《急就章》“皋陶造狱法律存”,《广韵》“狱,皋陶所造”^①中国历史上曾经广泛地长期地流传着原始社会末期皋陶造狱的传说。从西汉以来,直至明清时期,各地监狱普遍尊奉皋陶为狱神,建庙设像以示崇敬。把造狱与法律存联系起来,是对司法实践的一种自然而通俗的认识,古代的人们很可能是想以此来解释监狱起源的历史现象。皋陶造狱的传说,虽不能作为信史,但在一定程度上反映了历史的某些侧面。

三、刑罚的产生

1. 国家的形成。原始社会末期,由于农业和手工业的发展,引起了

^① 《急就章》又名《急就篇》,系西汉元帝时黄门令史游所作,是一种文字雅深的童蒙识字读物;《广韵》是一本古代韵书,原本为隋朝陆法言所撰,后又经唐、宋两代的增补和修订。