

歷代刑法考

〔清〕沈家本 撰

鄧經元 駢宇騫 點校

中華書局

〔清〕沈 家 本 撰

鄧經元 駢字騫 點校

歷代刑法考
附寄篠文存 四

中 華 書 局

明律目箋一

按明之律目，洪武七年所修者，一準于唐，分《名例》、《衛禁》、《職制》、《戶婚》、《廢庫》、《擅興》、《賊盜》、《鬪訟》、《詐僞》、《雜律》、《捕亡》、《斷獄》十二門，見劉惟謙所上《修律表》中。迨胡惟庸被誅，廢中書而事歸六部，於是廿二年重修律文，亦以六曹分部，古來律式爲之一變，已於《律目考》中詳言之矣。至其細目，除軍官軍人諸條爲《明律》之特設者，其餘大旨於《唐律》間有增損，或改其字句，仍不能越其範圍焉。明人刻律，或不錄劉惟謙原表，世遂不知洪武初律，其總目實承唐之舊有，以爲已以六曹分部者，殆失之未考歟？今就《明律》之目，以唐目校其同異，而得失亦可以考見。長安薛氏《唐明律合刻》，右唐而左明，此固非深求其故不能曉然也。

五刑

五刑之名，始見《虞書》，而苗民五虐之刑實在其先，是其名甚古。三代以肉刑及大辟爲五刑。漢文除肉刑而易以笞，而五刑之名遂不著。魏承《漢律》，不言五刑。晉改《魏律》，始言更依古義，制爲五刑。然《晉律》有死刑、髡刑、完刑、作刑、贖刑、罰金、雜抵罪，其等凡七，將以何者爲五刑？《志》不言也。梁之刑爲十五等，陳因之，元魏亦不言五刑也。迨至北齊，始以一死、二流刑、三刑罪、四鞭、五杖

爲五刑。北周改刑罪爲徒刑。隋開皇復去鞭而加笞，以笞、杖、徒、流、死爲五刑。《唐律》仍之，相傳至今，遵循勿改。宋承五季，有陵遲之刑，然偶一用之，不爲常制。元刑用斬而不用絞，然有陵遲之刑。《明律》承唐，以笞、杖、徒、流、死列入五刑之目。而律文中有陵遲若干條，條例中有梟首若干條，又別有充軍之法，是皆軼于五刑之外者。夫刑不止于五，而仍以五刑列于篇首，已非其實。況笞、杖不過大小之差，其刑並無所分別，強分之以作五刑之數，亦未見其確當也。嘗謂國家設刑，所貴差等分明，不必拘拘以五爲數，致有強分強合之病。若泥古之儒，以五刑之名爲甚古，設今廢五刑之目是蔑古也，則非吾之所敢知也。

十惡

《隋書·刑法志》：「齊河清三年，奏上《齊律》。又列重罪十條：一曰反逆，二曰大逆，三曰叛，四曰降，五曰惡逆，六曰不道，七曰不敬，八曰不孝，九曰不義，十曰內亂。其犯此十者，不在八議論贖之限。」

按：此卽今律之十惡也，創于北齊。第此文但曰重罪，似尚未標十惡之名。

「高祖開皇元年，更定新律，又置十惡之條，多採後齊之制而頗有損益：一曰謀反，二曰謀大逆，三曰謀叛，四曰惡逆，五曰不道，六曰大不敬，七曰不孝，八曰不睦，九曰不義，十曰內亂。犯十惡及故殺人，獄成者雖會赦猶除名。煬帝又敕修律令，除十惡之條。」

《唐六典》：「初北齊立重罪十條爲十惡，隋氏頗有益損，皇朝因之。」《唐律疏議》曰：「五刑之中，十惡尤切，虧損名教，毀裂冠裳，特標篇首，以爲明誠。其數甚惡者，事類有十故，稱十惡。然漢制九章，雖並湮沒，其不道不敬之目見存，原夫厥初，蓋起諸漢。案梁、陳已往，略有其條。周、齊雖具十條之名，而無十惡之目。開皇創制，始備此科，酌於舊章，數存於十。大業有造，復更刊除，十條之內，唯存其八。自武德以來，仍遵開皇，無所損益。」

按：開皇之律，頗采北齊，故亦立十惡之名。《疏議》謂周亦有十條之名，《隋志》所未及也。《唐律》多本開皇，十惡之名遂列于篇首，至今不廢。然論其罪名，輕重之間，似亦尚有遺議也。

《唐律》：「十惡：一曰謀反。謂謀危社稷。」《疏議》曰：「臣下將圖逆節，而有無君之心，君位若危，神將安恃？不敢指斥尊號，故託云社稷。二曰謀大逆。謂謀毀宗廟、山陵及宮闕。」

按：以上二條《明律》同。今《律》同。

「三曰謀叛。謂謀背國從僞。」

按：《明律》此注作「謂謀背本國潛從他國」。今《律》同。

「四曰惡逆。謂毆及謀殺祖父母、父母，殺伯叔父母、姑、兄姊、外祖父母、夫之祖父母、父母者。」

按：《明律》夫之祖父母、父母移于祖父母、父母之下。今《律》同明。

「五曰不道。謂殺一家非死罪三人及支解人、造畜蠱毒厭魅。」

按：《明律》支解人下添「若採生」三字，「厭」作「魔」。今《律》又於「採生」下添「折割」二字。殺一家三人爲不道，本于《漢律》，此律文之較古者。

「六曰大不敬。」謂盜大祀神御之物、乘輿服御物、盜及僞造御寶、合和御藥誤不如本方、及封題誤、若造御膳誤犯食禁、御幸舟船誤不牢固、指斥乘輿情理切害、及對捍制使而無人臣之禮」。

按：《明律》「題」下添「錯」字，「牢」作「堅」，刪「指斥乘輿」以下十九字。今《律》同明。《唐律·職制門》諸指斥乘輿情理切害者斬，言議政事乖失于「而」涉乘輿者，上請。非切害者徒二年，對捍制使而無人臣之禮者絞。《明律》刪去，故此處亦刪。

「七曰不孝。」謂告言詛誣祖父母、父母、及祖父母、父母在，別籍異財，若供養有闕，居父母喪身自嫁娶，若作樂釋服從吉，聞祖父母、父母喪匿不舉哀，詐稱祖父母、父母死」。

按：《明律》「詛誣祖父母、父母」下添「夫之祖父母、父母」。今《律》同明。

「八曰不睦。」謂謀殺及賣總麻以上親，毆、告夫及大功以上尊長、小功尊屬」。

按：此條《明律》同。今《律》亦同。

「九曰不義。」謂殺本屬府主、刺史、縣令、見受業師，吏卒殺本部五品以上官長，及聞夫喪匿不舉哀，若作樂釋服從吉及改嫁」。

按《明律》此注「謂殺」至「官長」作「謂部民殺本屬知府、知州、知縣，軍士殺本管指揮、千戶、百戶，吏卒殺本部五品以上長官，若殺見受業師。」以下同。今《律》殺本管指揮、千戶、百戶作殺

「本管官」。餘同明。

「十日內亂。」謂姦小功以上親、父祖妾、及與和者。」

按：《明律》同。今《律》亦同。

又按：此律始于北齊，原係重罪十條，其款目雖不可詳，其無輕罪可知。隋氏改之，輕罪亦列入焉，似非定律之本意也。如前五條，情節並重，罪亦較重。若第六條之盜大祀神御物、乘輿服御物，罪止流二千五百里，非重罪也。合和御藥等項，罪雖合絞，然究是無心之過，豈得與前五條比哉？第七條之告言詛害祖父母、父母，情節重矣，若別籍異財，罪止徒三年，供養有闕，罪止徒二年，居喪身自嫁娶及作樂釋服從吉，並罪止徒三年，聞喪匿不舉哀，罪止流二千里，詐稱祖父母、父母死，罪止徒三年，非重罪也。第八條之賣總麻以上親，罪有止徒一年半者。第九條之聞夫喪匿不舉哀及改嫁，罪止徒三年。凡若此等輕罪，亦竟入于常赦不原之列，其情節有重于此者，轉得遇赦邀恩，兩兩相衡，殊未平允。夫不敬、不孝、不睦、不義，其情事之輕重，豈能一致？論其名則同，論其實則不盡同。今不問名實之如何，而一概歸之十惡，先王之法，恐不若是之苛也。此《唐律》之可議者。

八議

《周禮》：「小司寇以八辟麗邦法，附刑罰：一曰議親之辟，鄭司農云，若今時宗室有罪先請是也。二曰議故

之辟，故謂賢知也。鄭司農云，故舊不遺則民不偷。三曰議賢之辟，鄭司農云，若今時廉吏有罪先請是也。玄謂賢有德行者。四曰議能之辟，能謂有道藝者。春秋傳曰，夫謀而鮮過，惠訓不倦者，叔向有焉，社稷之固也，猶將十世宥之，以勸能者，今豈不免其身，以棄社稷，不亦惑乎。五曰議功之辟，謂有大勳力立功者。六曰議貴之辟？鄭司農云，若今時吏墨綬有罪先請是也。疏：先鄭推引漢法，墨綬爲貴。若據周，大夫以上皆貴也。墨綬，漢法丞相、中二千石金印紫綬，御史大夫、二千石銀印黃綬，令六百石銅印墨綬是也。七曰議勤之辟，謂憔悴以事國。八曰議賓之辟。謂所不臣者三恪二代之後與。

按：先鄭於親、賢、貴三者引今時先請之例以爲證，而餘五者不言今法，是漢律有此三者而無餘五者，不盡用周官八議之法。魏、晉以下，律有八議之文，詳後。

《漢書·高紀》：「七年，令郎中有罪，耐以上請之。」《宣紀》：「黃龍元年，詔吏六百石位大夫，有罪先請。」《劉屈氂傳》：「司直吏二千石，當先請。」

《後漢書·光武紀》：「建武三年，詔曰：『吏不滿六百石下至墨綬長、相，有罪先請。』」

按：《百官公卿表》秩比六百石皆銅印墨綬，此與《宣紀》合。郎中秩比三百石，無印綬，殆以此官在禁中，乃近臣，故特優之歟？墨綬長、相謂不滿六百石者。《續漢書·輿服志》：「千石、六百石墨綬，四百石、三百石長同。此長、相之未滿六百石亦得用墨綬也。又《百官志》：『每縣、邑、道大者置令一人，千石，其次置長，四百石，小者置長，三百石，侯國之相秩次亦如之。是相秩與長同，故并稱墨綬長、相也。夫以三百石而亦必先請，與周時議貴之意不盡吻合。若嗣子若公主子，則又由議親而推之也。」

又匈奴傳：「光和二年，中郎將張修與單于不相能，修擅斬之，更立右賢王羌渠爲單于。修以不先請而擅誅殺，檻車徵詣廷尉抵罪。」

按：此應先請而不先請者，當抵罪也。但不知應得何罪？未詳。

又橋玄傳：「爲齊相，坐事爲城旦。刑竟，徵，再遷上谷太守。」太尉橋公神廟碑：「臨淄令臧多罪正，受鞠就刑，沒齒無怨。竟以不先請免官。」

按：此不先請之罪爲城旦。第臨淄令未被殺，則橋玄與張修之應抵當不同也。

續漢書·百官志：「宗正卿一人。郡國歲因計上宗室名籍，若有犯法，當髡以上先上請宗正，宗正以聞，乃報決。」

史記·五帝紀：「五度三居。」集解：「馬融曰：謂在八議，君不忍刑，宥之以遠，五等之差，亦有三等之居。」

按：此說謂唐虞已有八議。然似據周制爲說，別無他證。

唐六典：「周禮以八辟麗邦法，附刑罰，卽八議也。自魏、晉、宋、齊、梁、陳、後魏、北齊、後周及隋皆載于律。」

按：八議之文，魏始入律，至今仍之。

唐律：「八議：一曰議親，謂皇帝祖免以上親，及太皇太后、皇太后、皇太妃以上親，皇后小功以上親。二曰議故，謂故舊。三曰議賢，謂有大德行。四曰議能，謂有大才業。五曰議功，謂有大功勳。六曰議貴，謂職事官三品以上，散官二品。」

以上，及爵一品者。七曰議勤，謂有大勤勞。八曰議賓。謂承先代之後爲國賓者。」

《明律》：「八議：一曰議親，謂皇家祖免以上親，及太皇太后、皇太后、總麻以上親，皇后小功以上親，皇太子妃大功以上親。二曰議故，謂皇家故舊之人，素得侍見，特蒙恩待日久者。三曰議功，謂能斬將奪旗摧鋒萬里，或率衆來歸甯濟一時，或開拓疆宇有大勤勞，銘功太常者。四曰議賢，謂有大德行之賢人君子，其言行可以爲法則者。五曰議能，謂有大才業能整軍旅，治政事，爲帝王之輔佐、人倫之師範者。六曰議勤，謂有大將吏謹守官職早夜奉公，或出使遠方經涉艱難，有大勤勞者。七曰議貴，謂爵一品，及文武職事官三品以上，散官二品以上者。八曰議賓。謂承先代之後爲國賓者。」

按：今《律》第三項注「甯改安」，第五項末二句改爲「爲帝王之良輔佐者」，餘同。惟第七項職事官、散官今難區別，具文也。

《金史·刑志》：「興定元年八月，上謂宰臣曰：『律有八議，今言者或謂應議之人卽當減等，何如？』宰臣對曰：『凡議者，先條所坐及應議之狀以請，必議定然後奏裁也。』上然之曰：『若不論輕重而輒減之，則貴戚皆將恃此以虐民，民何以堪！』」《東華錄》：「雍正六年三月丙子，諭內閣：『朕覽律例舊文，於名例內載有八議之條，曰議親、議故、議功、議賢、議勤、議能、議貴、議賓。此歷代相沿之文，其來已久。我朝律例於此條雖具載其文，而實未嘗照此律行者，蓋有深意存焉。夫刑法之設，所以奉天罰罪，乃天下之至公至平，無容意爲輕重者也。若於親故功賢人等之有罪者，故爲屈法以示優容，則是可意爲低昂，而律非一定者矣，尚可謂之公平乎！且親故功賢等人，或效力宣勞，爲朝廷所倚眷，或以勳門戚畹，爲國家所優崇，其人既異於常人，則尤當制節謹度，秉禮守義，以爲士民之倡率。乃不知自愛而致罹於

法，是其違理道而陷愆尤，非蚩蚩之氓無知誤犯者可比也。儻執法者又曲爲之宥，何以懲惡而勸善乎！如所犯之罪果出於無心而情有可原，則爲之臨時斟酌，特與加恩，亦未爲不可。若豫著爲律，是於親故功賢等人，未有過之先，卽以不肖之人待之，名爲從厚，其實乃出于至薄也。且使恃有八議之條，或任意爲匪，漫無顧忌，必有自干大法而不止者，是又以寬容之虛文而轉陷之於罪戾。姑息之愛，尤不可以爲優恤矣。今修輯律例各條，務俱詳加斟酌，以期至當。惟此八議若概爲刪去，恐人不知其非理而害法，故仍令載入。特爲頒示諭旨，俾天下曉然於此律之不可爲訓，而親故人等亦各知儆惕而重犯法，是則朕欽恤之至意也。」

按：八議之條，著于《周官》，其法甚古。明道先生言，八議設而後輕重得宜，是宋儒亦不以爲非。金世始有議之者。伏讀世宗聖訓，言之尤爲詳明，實在可刪之列。存之律中，徒滋疑惑而已。

應議者犯罪

《漢高紀》：「七年春，令郎中有罪，耐以上請之。」注：應劭曰：「輕罪不至于髡，完其髡髮，故曰耐。古耐字從彡，髮膚之意也。言耐罪以上皆當先請也。耐音若能。」如淳曰：「耐猶任也，任其事也。」師古曰：「依應氏之說，耐當音而，如氏之解則音乃代反，其義亦兩通。耐謂頰旁毛也。彡，毛髮貌。而《功臣侯表》：「宣典侯通耐爲鬼薪，則應氏之說斯爲長矣。」

按：此漢制也。耐以上請之，則罪不及耐者不請矣。後來《唐律》流以下得徑自減等，即本此意，第視漢法更寬耳。

《唐律》：「諸八議者犯死罪，皆條所坐及應議之狀，先奏請議，議定奏裁。流罪以下減一等。其犯十惡者不用此律。」《疏議》曰：「流罪以下，犯狀既輕，所司減訖，自依常斷。」

《明律》：「凡八議者犯罪，實封奏聞取旨，不許擅自勾問。若奉旨推問者，開具所犯及應議之狀，先奏請議，議定奏聞，取自上裁。其犯十惡者不用此律。」

按：唐必死罪方奏請，流以下徑自減等，其法極寬。明則概須奏請，其法遂嚴矣。唐代優禮臣下，體恤倍至，故立法寬。明祖承元代廢弛之後，以峻厲馭臣下，故立法嚴。宗旨不同，法遂懸殊如此。

職官有犯

《唐律》若官爵五品以上犯死者，上請，流罪以下減一等，在請章。《明律》分出爲此目。《唐律》不言京官與外官，視同一律。《明律》言京官及在外五品以上官，是京官兼大小而言，自四品以下至未入流皆是，此較《唐律》爲寬。然同是朝廷之官，何分京、外？今重內輕外，此理之不平者。《唐律》死罪上請，流以下徑減，明則概行奏請，又較唐爲嚴矣。《唐律》諸七品以上之官犯流罪以下各從減一等之例，在減章；九品以上之官犯流罪以下聽贖，在贖章。《明律》並無。是以律文而斷，唐時職官無實流、實徒

者矣，此其法之特寬者。

軍官有犯 軍官軍人犯罪免徒流 處決叛軍 殺害軍人 在京犯罪軍民

明世優待軍人，凡軍官有犯，不與民官同。此五條律目律文，並《明律》所創，故彙列一處。其第二目，即軍官犯罪之辦法也。叛軍，都指揮使司得委官審問處治，不必待按察使司也。殺軍人者，以餘丁抵充，重軍伍也。在京犯罪，亦分別爲軍爲民。皆有明一代特定之法也。

文武官犯公罪 文武官犯私罪

《唐律》文武官犯罪，議章之外，有請章、減章、贖章及人有議請減、以官當徒、以官當徒不盡各條。《明律》一概刪去，而定此兩條，實有明一代之典章也。唐法大約分官當、免所居官、免官、除名四等，而以請、減、贖之法參之。明但有除名一等，餘皆不用，遂與唐法大異。即按之今《律》，亦不盡同，實由待遇臣下之宗旨先不同也。

應議者之父祖有犯

《漢書·平紀》：「公、列侯嗣子有罪，耐以上先請。」《東方朔傳》：「隆慮公主子昭平君醉殺主傅，獄繫內官，以公主子，廷尉上請請論。」

按：漢制宗室有罪先請，卽《周官》議親之辟。親該五屬之內，公、列侯嗣子，公主子，卽《明律》應議者之子孫也。是此律遠出于漢，此二條足以證之。

《唐律》：「應議者期以上親及孫犯死罪者上請，流罪以下減一等。」疏議曰：「八議之人，蔭及期以上親及孫，入請。期親者，謂伯叔父母、姑、兄弟姊妹、妻子及兄弟子之類。」又例云：「稱期親者，曾、高同，及孫者謂嫡孫、衆孫皆是，曾、玄亦同，其子孫之婦服雖輕而義重亦同。期親之例，曾、玄之婦者非。」

《明律》：「凡應八議者之祖父母、父母、妻及子、孫犯罪，實封奏聞取旨，不許擅自勾問；若奉旨推問者，開具所犯及應議之狀，先奏請議，議定奏聞，取自上裁。」若皇親國戚及功臣之外祖父母、伯叔父母、姑、兄弟姊妹、女婿、兄弟之子，若四品、五品官之父母、妻及應合襲蔭子孫犯罪，從有司依律追問，議擬奏聞，取自上裁。」

按：《唐律》普及期親，《明律》以祖父母、父母、妻及子、孫爲限，視唐法爲嚴矣。皇親國戚以下，雖亦議擬奏裁，然有司可依律追問，與應議者實不同也。唐此文在請章，明分出爲此目。《唐律》有官爵得請之祖父母、父母、兄弟姊妹、妻、子孫犯流罪以下各從減一等之例，在減章，官品得減者之祖父母、父母、妻、子孫犯流罪以下聽贖，在贖章，《明律》並無此，又唐法之寬者。

犯罪得累減

唐目爲「人有議請減」。原以《唐律》議、請、減三者並有減等之例，如以一人而三處俱令減罪，唯得以一高者減之，不得累減也。明刪議、請、減三者減罪之法，故改其目曰犯罪得累減，餘法與唐同也。

以理去官 無官犯罪

此二目仍《唐律》。唯唐有用蔭之法，而明代無之，故不言用蔭也。

除名當差

唐目爲「除名者」、「除名比徒三年」二條。除名者，官爵悉除，爲最重之法。明改其目曰除名當差。當差者，即《唐律》之課役從本色也。明無官當之法，故第二目從刪。唐又有敘法，除名者六載後聽敘，免官者三載之後降先品二等敘，免所居官及官當者期年之後降先品一等敘。明無敘法，故但曰罷職，不敘而已。

流囚家屬

唐目曰「犯流應配」，明改如此。此條與《唐律》大略相同。唯唐法三流俱役一年，役滿及會赦免役者，即於配處從戶口例。明刪此文，而流犯到配遂無安置之法。此改而不善者也，說詳薛氏《唐明律合

刻。

常赦所不原

《漢舊儀》云：「每赦，自殊死以下及謀反大逆不道、諸不當得赦者皆赦除之。」此所謂諸不當赦者，當在謀反大逆不道之外別有科條。《後漢書·明紀》：「永平十五年，大赦天下，其謀反大逆及諸不應宥者皆赦除之。」此與《漢舊儀》所言相符。又十六年論減死罪，謀反大逆無道不用此書。此則常赦所不宥者亦得減罪也。梁代赦書亦有凡是赦所不原之文。北周赦書稱常赦所不免，隋、唐因之。《唐律》云：「其常赦所不免者依常律，與赦書之文正同。」玄宗天寶元年大赦詔，稱常赦所不原。自此以後，赦書皆云常赦所不原，宋代因之。《明律》常赦所不原律目，其事則本於漢，其文則承於開元也。

徒流人在道會赦

《唐律》曰：「流配人在道，明增人『徒』而改其目如此。」唐法，流犯到配，役滿後即在配從戶口例。凡已到配之犯，即爲該處之民，無再放回之理。惟在道者尚非該處之人，故得赦原也。若徒犯本無在配從戶口之例，與流犯不同，故不入此條。此條主義全在「在道」二字，故程內至配所者亦從赦，原以計其日期尚在道中也。《明律》刪去流犯至配從戶口之文，則同一流犯在道與在配有何殊異？目中「在道」二字已成贅文，明又添入徒犯，與《唐律》宗旨大相徑庭。此亦改而失其本意者也。

犯罪存留養親

《御覽》：六百四十六。《晉書》：咸和二年，句容令孔恢犯罪棄市，詔曰：「恢自陷刑網，罪當大辟，但以其父年老而有一子，以爲惻可憫之。」

按：此以父老憫之，當時如何處置？未詳。然即後來留養之權輿也。

《魏書·刑罰志》：太和十二年詔：「犯死罪者，若父母、祖父母年老更無成人子孫，又無耆親者，仰案後列奏以待報。著之令格。」

按：留養之法，實仿於此。《志》云：列奏待報，當亦就案情之輕重以定留養與不留養，非一概寬之也。第其辦法不詳，無可考見耳。

《唐律》：「諸犯死罪非十惡，而祖父母、父母老疾應侍，家無期親成丁者，上請。犯流罪者，權留養親，謂非會赦猶流者。不在赦例，課調依舊。若家有進丁及親終期年者，則從流。計程會赦者，依常例。卽至配所應侍，合居作者，亦聽親終期年，然後居作。」《明律》：「凡犯死罪，非常赦所不原者，而祖父母、父母老疾應侍，家無以次成丁者，開具所犯罪名奏聞，取自上裁。若犯徒流者，止杖一百，餘罪收贖，存留養親。」

按：唐目曰「犯死罪非十惡」，明改定如此律，文改「非十惡」爲「非常赦所不原」，較唐爲嚴。唐有期親成丁，卽不在上請之例；家有進丁及親終期年者，仍從流，其罪未能免也。明刪期親一