

萬 有 文 庫

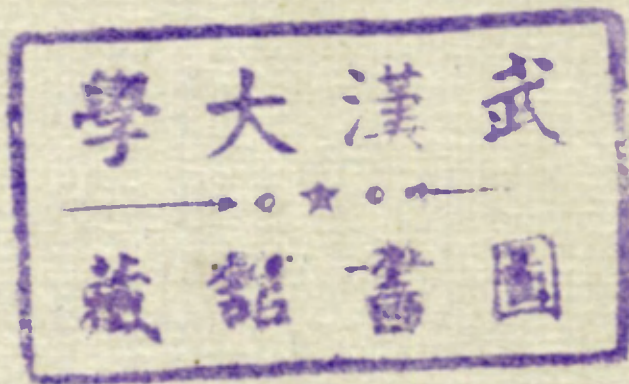
第一集一千種

王雲五主編

中國刑法溯源

(二)

徐朝陽著



商務印書館發行



萬有文庫

第一集一千種

總編纂者

王雲五

商務印書館發行

中國刑法溯源

(二)

徐朝陽著

國學小叢書

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。（鵠鳩筮賓於少皞。）（左傳昭公十七年，郊子曰：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，認為處罰重大，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，故生命刑為刑罰最重之刑，夫人而知矣。古代五刑之屬大辟為重。稱生命刑為大刑，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，大辟為刑罰之最重而行之最熾。漢高約法三章殺人者死。論者即以此而推斷古代刑法完全為報復主義。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，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，概認為不充分。其於第一理由認為屬於牽強附會；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，實不能認為適當；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，不知即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。矧死刑之宣告極為慎重絕少錯誤歟？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為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，實為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 *Beccaria* 者，唱死刑廢止之論，在刑法史上永垂盛名，彼士詡耀。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、劓、刖、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。鄭康成孔隸達丁謚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，椹，黥。』（呂刑）

劓，刵，椹，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。如尚書云：

『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 如尚書伊訓云：

『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) 訴訟當事人不信訴訟約者 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，讀曰珥，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。

宋

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。

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，敕吏人賊行者黥其面。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。

康熙四年題准凡逃人將面上字毀去者補刺。見大清會典。

康熙五年逃人改刺臂上逃者已多，無憑稽察，仍刺其面。見大清會典。

第二項 劓

劓者何？說文云：別劓也。亦爲五刑之一。蚩尤所創，帝舜時亦有此刑，夏定劓刑千條，如孔安國書傳云：

『夏有劓墨各千。』

商制亦有劓刑？如商書盤庚云：

『我乃劓殄之無遺育。』

周制亦有劓刑。如周書康誥篇云：

『非汝封刑人殺人，無或刑人殺人，非汝封。又曰劓刵人，無或劓刵人。』

則周世亦有劓之刑罰，毫無可疑。

第三項 剕

荆刑者何？刖足之刑也。釋詁「荆，刖也。」說文「刖，絕也。」足刖者斷絕之名。故刖足曰荆。荆刑，帝舜列五刑之三，較劓刑爲嚴，爲蚩尤所創，如周禮賈疏云：

『臚本亦苗民虐刑。』

皋陶爲士，制刑改臚作腓，故稱今名。周禮賈疏云：

『咎陶改臚作腓。』

夏遵舜制而定臚刑之條文。伏生書傳云：

『夏刑臚辟三百。』

是夏之臚刑條文有三百條。可無疑義。至周改稱爲作刖，如周禮鄭注云：

『刖，斷足也。周改臚作刖。』

其條文亦較夏爲多，如周禮秋官司刑云：

『刖罪五百。』

何種罪犯而處刖刑，夏周本刑條文既無傳，不能考證。茲就諸書記載之事實，分別舉錄，藉資

推證。

(一) 竊駕君車 係春秋衛國之法，韓非子記其事云：

『昔者彌子瑕有寵於衛君，衛國之法，竊駕君車者罪刑。彌子瑕母病，人閒往夜告彌子，彌子矯駕君車以出。君聞而賢之曰：「孝哉！爲母之故，忘其刑罪。」（說難篇）』

說苑亦載此事，見雜言篇，不多引。

(二) 踰城郭決關梁而略盜者 伏生書傳云：

『決關梁踰城郭而略盜者。』

此條法規在戰國時代，尤見採用。韓非子曾記其事實。如：

『梁車新爲鄴令，其姊往看之，暮而後門閉，因踰郭而入，車遂刑其足。』（外儲說左下篇）』

(三) 誑言 韓非子記其事，如：

『楚人和氏得玉璞楚山中，奉而獻之厲王。厲王使玉人相之。玉人曰：「石也。」王以和爲誑，而刑其左足。及厲王薨，武王卽位，和又奉其璞而獻之武王。武王使玉人相之，又曰：「石也。」』

王又以和爲誑，而刑其右足。』（和氏篇）

韓非謂衛國之法，竊駕君車者罪刑。則春秋各國各有此項法條，或可無疑義。且當時干戈角逐，上下僭亂，刑法縱有一定之規，在事實上不能盡屬有合法條，時勢使然，無足爲怪。故有以參與逐君之大罪而處刑者有之。如左傳莊公十六年載：

『鄭伯治與於雍糾之亂者，九月，殺公子闕，刑強鉏。』

杜注『祭仲已死，故治與於殺糾逐君之亂者。』有爲訴訟代理人爲被刑者，如左傳僖公十八年載：

『衛侯與元咺訟，寧武子爲輔，鍼莊子爲坐。士榮爲大士，衛侯不勝，殺士榮，刑鍼莊子。』

春秋時有鮑牽者，被齊聲孟子之讒而被刑。仲尼嘆之！見左傳成公十七年。茲略舉漢宋之刑如左，用資參照。

漢 文帝十三年五月除刑，按文帝本紀十三年五月除肉刑。

宋 明帝泰始四年詔劫竊五人以下相逼奪者賜刑。見宋書明帝本紀。

第四項 宮

宮刑者，腐刑也，卽男子割勢，女子幽閉之刑也。此刑之重，次於死刑，五刑之列，故位在四。尚書

呂刑宮辟註云：

『宮淫刑次死之刑也。』

宮刑處置害性交自由罪之刑也。鄭注周禮云：

『男女不以義交者其刑宮。』

賈疏云：『男女不以義交者其刑宮者，以義交依六禮而婚者。』何謂六禮？卽納采，問名，納吉，納徵，請期，親迎，是也。禮記士昏禮章規定甚詳。古代婚姻須經過六禮始爲確定。不依六禮而婚，其婚姻則不爲正式。鄭氏之解謂宮刑所以懲辦不正式之婚姻者，以愚考之，此其解釋至爲狹義，蓋古代公認納妾制度，妾爲非正式之婚姻，蓋無庸必經六禮之儀也。若據鄭氏之解，則凡娶妾者亦須受宮刑之刑罰矣；豈當時之事實哉？且六禮之儀創於周代，明媒正娶之制，始於伏羲；而宮刑之制，肇自虞舜。參稽三代之制，可下一論斷曰：

『宮刑者處置害性交自由罪之刑罰也。』

凡非正式之婚姻及法律上所許之納妾外，而性交者是爲姦淫。男子犯者割勢，女子犯者幽閉，鄭康成曰：

『宮者丈夫則割其勢，女子閉於宮中，若今宦男女也。』（周禮正義）

宮刑執行之方法可知也。帝舜之宮刑，實淵源蚩尤之楮。（呂刑）楮者楮去其陰也。伏生傳云：

『男女不以義交者，其刑宮是也。』

宮刑爲淫刑，可無疑義矣。降及春秋，刑宮者不必盡屬害性交自由之罪。如春秋時晉韓宣子如楚，楚子欲宮宣子之輔羊舌肸。左傳載：

『及楚。楚子朝其大夫曰：「晉吾仇敵也。苟得志焉，無恤其他。今其來者上大夫也。若吾以韓起爲闖，以羊舌肸爲司宮，（杜注加宮刑）足以辱晉，吾亦得志矣，可乎？」』（昭公五年）

是以宮刑嚴酷而羞辱耳。後世宮刑之治其罪，非必姦淫，或本於此。

宮者守內，周禮秋官定有明文。奄宦之流，得以親居宮禁。春秋有豎刁其人自宮而諂上。韓非

子載云：

『豎刁自宮而諂桓公』（說林上篇）

管子亦載云：

『公曰：「然則豎刁何如？」管仲曰：「不可，夫人之情莫不愛其身，公妬而好內，豎刁自獷以爲治內。」』（十過篇）

故豎刁實爲後世自宮者之始祖。

虞舜宮刑之條文，不得而考。夏制宮刑五千條，伏生書傳云：

『夏刑宮辟五百，』

周之成王亦定宮刑五百條。周禮秋官司刑云：

『宮罪五百，』

至穆王改定爲三百條，如尙書呂刑云：

『宮刑之屬三百。』

春秋時被處宮刑者，殆必甚衆，左傳所記寺人者，皆後世之奄豎也。周禮有掌管奄人之官。至秦始皇以宮刑者七十餘萬人作阿房，（見史記秦始皇本紀三十五年）則當時之受宮刑處分者，不知多少矣。

漢文帝除肉刑而宮刑不易。尚書正義謂隋開皇之初，始除宮刑。案通鑑西魏大統十三年三月除宮刑，非自隋始也。茲將秦代以下關於宮刑之記載，舉之如左，以資參考：

漢 景帝四年詔許死罪欲腐者。見漢書景帝本紀。

後漢 光武建武二十八年十月，詔死罪囚俱下宮，見後漢書光武本紀。

建武三十一年秋詔令死罪繫囚，皆一切募下蠶室，其女子宮。見後漢書光武本紀。

明帝永平八年冬十月丙子，詔大逆無道殊死者，一切募下蠶室。見後漢書明帝本紀。

章帝建初七年九月辛卯詔天下犯殊死一切募下蠶室，其女子宮。見後漢書章帝本紀。

元和元年八月甲子，詔犯殊死一切募下蠶室，其女子宮。見後漢書章帝本紀。

章和元年九月壬子，詔犯殊死一切募下蠶室，其女子宮。見後漢書章帝本紀。

北齊

和帝永元八年八月辛酉，詔犯大逆募下蠶室，其女子宮。見後漢書和帝本紀。

後主天統五年二月乙丑，詔應宮刑者普免刑爲官（有闕文）見北齊書後主本紀。

遼

穆宗應曆十二年，國舅帳郎君蕭延之奴海里疆陵拽刺禿里年未及之女，以法無文，加

之宮刑，仍付禿里爲奴，因著爲令。見遼書刑法志。按遼書穆宗本紀不載。

明

明定閹禁例，見明會典。

成祖永樂二十二年，令凡自宮者以不孝論。見明會典。

宣宗宣德二年，令凡自宮隱藏避役及隱藏者俱治罪。見明會典。

英宗憲宗孝宗武宗正德俱有禁令，因繁不舉。惟

神宗萬曆十一年奏准嚴禁閹割，其有子多願閹一子者，報官造冊，聽候選用，明會典載

有明文。

清

順治三年定凡有私自淨身者，本身及下手之人處斬，全家發邊遠充軍，兩隣及歇家不舉首者，一併治罪。有司里老人等仍時常察訪，如或容隱，一體治罪。

定或民間有四五子以上願以一子報官閹割者聽。有司造冊送部候收補之日選用。見

大清會典

第五項 刵

刵者何，斷耳之刑也。創自蚩尤，帝舜之五刑無有也。周書康誥篇云：

『又曰刵刵無或刵刵人』

是周之刑法有此一刑，可無疑義。但蔡忱尙書注，以謂「刵周官五刑所無」考諸周禮諸官記載，實無刵刑之載，蔡氏之言，又屬可信也。惟古代實有一種滅耳之刑具。如周易噬嗑卦云：

『上九何校滅耳凶。』

程頤云：「上過乎尊位，无位者也，故爲受刑者居卦之終，是其間大噬之極也。何校而滅其耳，凶可知矣；何負也，謂在頸也。」校者木械也，何負也。負木械於罪犯者之頸，實爲後世枷刑之濫觴；而在當時卽爲滅耳之具。如：

『象曰何校滅耳聽不明也，』

程頤云：「人之聾暗不晤，積其罪惡，以至於極，古人制法罪之大者，何之以較，爲其無所聞知積成其惡，故以校而滅傷其耳，誠聰之不明也。」則刑之適用，可知矣。

第六項 鞭扑刑

帝舜刑法中前揭之第三句曰：『鞭作宮刑。』第四句曰：『扑作教刑。』此二句全關特殊之場合，而設特殊之刑罰也。前述五刑及自由刑對於一般人犯罪之適用，爲一般之刑罰。此二種則對於特殊階級之適用，斯名之曰特殊之刑罰。

官刑者何？解說不一，或云：治官事之刑。（孔安國尚書孔傳）或云：爲辦治官事者之刑。（馬融史記集解五帝本紀）又或云：官府之刑（朱熹書傳輯錄纂註）以近世法學之觀念言之，三者各有差異。如行政上之刑，官吏之刑，官廳之刑之三說。我國古代之思想固無如此精緻之見解。以近世之觀念說明之，謂爲對於官吏特殊之刑罰，蓋無大誤也。

教刑者何？對於學校之刑罰也。然其爲對於教師之裁制歟？抑對於學生之裁制歟？鄭玄謂：爲教官之刑（尚書鄭注）朱子謂：學官之刑。（書傳輯錄纂註）二氏之言，究爲對於學生之裁制。

孔安國云：『不勤道業則撻之。』（尚書孔傳）學記云：『榎楚二物以收其威。』故二物可以扑撻，尚書益稷云：

『撻以記之。』

卽孔傳之旨也。蓋當時之制度，以爲學校爲國家重要官府之一，因之教官亦官吏之一種，是以爲教官者若有不當之行爲，其官吏身分上，當然須處前條之官刑。由是觀之，教刑者專對學生之刑罰，學生須遵守教官之命令，凡爲不當之行爲，教官自得執行所謂之教刑，恰與上級官吏對於下級官吏執行官刑相同也。

執行鞭扑之吏，周禮規定爲條狼氏，條狼氏之數，秋官序官規定：

『條狼氏下士六人，胥六人，徒六十人，』

其任務秋官條狼氏云：

『掌執鞭以趨辟……凡誓執鞭以趨於前，且命之誓：僕右曰殺；誓馭曰車轅；誓大夫曰敢不關鞭；五曰誓師曰三百；誓邦之大史曰殺；誓小史曰墨。』

鄭司農云：敢不關謂不關於君也。玄謂大夫自受以出，則其餘事，莫不復請。則周禮所規定鞭刑之適用，可見一斑矣。

官刑對於官吏不當行爲之裁制，與刑法規定之瀆職罪實相全；而在當時實包含一種懲戒處分。教刑與民法上所謂教育上懲戒權，當時民刑觀念無明瞭之界限，亦列爲刑罰之一種。雖然古代官刑教刑之適用，蓋限於官吏與學生特別之行爲。官吏學生若是屬於普通之犯罪，卽適用普通之刑罰，如五刑流刑贖刑等，理有固然，無俟繁言也。如共工與鯀均屬官吏而處流刑，此其顯著之例。惟至春秋時代，鞭扑之適用，不限於官吏學生，而爲普通之刑罰。茲將左傳所載鞭扑刑執行之事實，摘錄如左，以爲佐證。

『冬十二月，齊侯游於姑棼，遂田於貝丘，見大豕，從者曰：「公子彭生也。」公怒曰：「彭生敢見。」射之，豕立人啼，公懼隊於車，傷足喪屨，反誅屨於徒人費，弗得，鞭之見血。」（莊公八年）

『初，公築臺臨黨氏，孟任從之，闕而以夫人言許之，割臂盟公，生子般焉。雲講於梁氏女公子觀之，圉人犂自牆與之戲，子般怒欲鞭之，公曰：「不如殺之，是不可鞭，犂有力焉，能投蓋於

繹門。』(莊公三十二年)

『楚子將圍宋，使子文治兵於暌，終朝而畢，不戮一人。子玉後治兵於蔿，終日而畢，鞭七人貫之耳。』(僖公二十七年)

『初公有嬖妾，使師曹誨之琴，師曹鞭之，公怒鞭師曹三百。』(襄公十四年)

『初孟孺子洩將圍馬於成，成宰公孫宿不受曰：「孟孫爲成之病不圍馬焉。」孺子怒，襲成，從者不得入，乃返，成有司使孺鞭之。』(哀公十四年)

『崔武子見棠姜美而取之，莊公通焉。崔子因是又以其間伐晉也。曰：「晉必將報，」欲弑公以說於晉，而不獲間，公鞭侍人賈舉而逐之，乃爲崔子間公。』(襄公二十五年)

以上所舉，均屬鞭刑，至如扑刑，如襄公十七年載：

『宋皇國父爲大宰，爲平公築臺坊於農功。子罕請俟農功之畢，弗許。築者謳曰：「譯門之哲，實興我役；邑中之黔，實慰我心。」子罕聞之，親執扑以行築者而扶其不勉者。』

據上舉以觀，春秋時代鞭扑刑之適用，與舜制不同，可無疑義矣。秦漢而下，更無待言。茲略稽

歷代之鞭扑刑，臚舉於左，以資考證。

魏 明帝改士庶罰金之令，男聽以罰金，婦人加笞，還從鞭督之例。見晉書刑志。按魏志本紀不載。

青龍二年春二月，詔曰：鞭作官刑，所以糾慢怠也；而頃多以無辜死，其減鞭杖之制，著於令。見魏志明帝本紀。

梁 武帝天監元年定鞭刑之制。見隋書刑法志。按梁書武帝本紀不載。

北魏 太武帝詔定鞭刑二百，見魏書刑罰志。按太武帝本紀不載。

孝明帝 年奏准親老犯流者，鞭笞留養。見刑罰志。按魏書孝明帝本紀不載。

北周 武帝保定元年七月以旱詔原鞭以下罪。見周書武帝本紀。

保定三年，頒鞭刑律。見周書武帝本紀，並見隋書刑法志。

隋 高祖開皇元年，除鞭刑。見隋書刑法志，按高祖本紀不載。

唐 太宗貞觀四年十一月，除鞭背刑。見唐太宗本紀，並見刑法志。

元 世祖至元二十九年二月，申禁鞭背。見元史世祖本紀。

英宗至治三年，太元通制成，禁鞠獄以私怨鞭背。見元史英宗本紀，並見刑法志。

清

國初旗下人有犯，俱用鞭責。見大清會典。

第三節 財產刑

財產刑者，剝奪犯人財產之刑也。無論古今中外，不外罰金與沒收二種。茲分別究考如左：

第一款 罰金

罰金之制度，創於帝舜，帝舜以前，有無此制，書冊不載，不得而考。尚書舜典曰：

『金作贖刑。』

金作贖刑者，贖罪以金，爲一種之財產刑也。而此刑適用之場合如何？是於帝舜之刑法中，爲議論最多之問題，舉其大端，有如左說：

（甲）五刑說

犯罪須處五刑而疑之場合乃許贖說。今爲敘述便利計，名之五刑說。主此說之代表爲胡寅

其人，其論旨謂舜典設贖刑，蓋爲罪之疑，三代相承，忘有遺替。至周之穆王，其法尤密，贖金之額，皆詳細規定，爲疑罪計也。鞭扑二刑者，官府學校之刑。官吏學生，對於官府學校之行爲，隨時施刑；如其罪犯罪事實明白而無疑，則無贖之必要；若而許贖，則有害法之嚴正，人將利用其贖，有變亂主刑之弊。

是贖限於疑罪之場合爲前提。鞭刑扑刑不屬爲五刑範圍，故金贖限於五刑之場合，可斷定也。雖然，贖何故須限疑罪之場合？周穆王之法，雖有限此場合之明文，（尙書呂刑）而舜帝之法，依尙書之本文，固無其事，亦無其他補充之典故。胡氏於此，曾未有言，則其說前提，未免失之獨斷，其論結自不可採。

（乙）鞭扑說

犯罪須處鞭刑扑刑者乃許贖說。朱子實此說之代表者。朱子再三反覆言此旨曰：贖者贖其罪也；蓋罪之極輕者，雖入於鞭扑之刑，而情法猶可議也。（書傳輯錄纂註）又謂：金作贖刑者，鞭扑二刑之可恕者，則聽其金贖。流宥所以寬五刑；贖刑所以尊鞭扑。卽以財產刑之適用

範圍，須爲減輕鞭扑之場合，至若五刑則不在此例。其立法之理由以既殺人傷人，又得以金贖，則有財者皆可以殺人傷人矣；且被害者之不幸及其子孫，有復讐之舉。冤冤相報，靡有休止，則欲宥恕之，要必限流刑，不可許以金贖。

此說亦未免獨斷之弊，蓋五刑對於宥恕刑，既設有流刑，故財產刑亦非宥恕刑也。誠如朱子所言，鞭扑之爲宥恕刑，可謂獨斷而毫無根據，猶如第一說。且處五刑之罪，不必僅止殺傷，如關於風俗罪，奚非直接於被害者。關於此點，朱子之說，亦欠妥當。故此說亦不能左袒。

（丙）共通說

不別五刑與鞭扑，凡屬於宥恕刑，概許其贖，假稱共通說。此說馬端臨爲代表，馬氏斷第一第二之說皆謬。其理由以書之本文，固未云專爲五刑而設，或專爲鞭扑而設，故贖刑之適用固不限於任何一方也（文獻通考一七一卷贖刑）孫星衍亦屬亦派。（尚書今古文注疏堯

典）

馬氏之理論，頗有可採，蓋自金作贖刑之一句觀之，並將前後諸句全體觀之，以財產爲限於五刑

與鞭扑二者，固毫無表明；若以爲限於其一則又未免妄斷。果爾，誠如馬氏之說，爲刑之共通歟？則，抑爲獨立之一刑歟？於是乎第四說以生。

（丁）獨立說

財產刑者皆非五刑，流刑，鞭扑諸刑之宥恕刑。爲完全獨立之一刑，與生命刑，身體刑，能力刑，名譽刑，自由刑同爲犯罪之適用，此說之要旨也。孔安國（尚書孔傳）馬融（史記集解五帝本紀）等之諸氏，均主是說。但其言甚簡，不足爲舉，惟日儒蘆東山述此說甚詳，謂贖刑果何爲而設？蓋周禮所謂鈞金、里布、屋粟、罰布，舉貨之類；不在於五刑五流鞭扑之科，均所以禁詞訟，勸農桑，抑商賈也。唐虞雖無爲之世，亦有是制，凡掌法者，臨時議事，以爲之制，罰非一端，故泛云金作贖刑，而氏更以周穆王定贖之金額，爲五刑之宥恕刑，實非繼受帝舜之刑而變更之也。（無刑錄八卷）

第三說與第四說，孰可採乎？是頗難決定之問題，以愚之見，寧取第四說。蓋：

（1）就文辭上言，金作贖刑之一句，若認爲係對前三句爲宥恕刑方法之規定，實屬不妥，

蓋此句實爲獨立之一規定也。

(2) 至就實質上言之，如(甲)爲五刑之宥恕刑，則與流刑衝突如前述。又如(乙)爲鞭朴之宥恕刑，官吏與學生因財產而免刑事上之處分，殊爲當時之思想所厭忌，則財產刑爲獨立之刑，可共信也。

(3) 考諸罪刑權衡之點，亦可謂此說爲適當，蓋罪刑權衡之觀念，今日尙甚有勢力，與我國古代於此觀念之盛旺，初無稍異，無俟深論。鞭朴二刑，爲官府學校特別之刑罰；至於普通犯罪之刑罰，不外五刑及其宥恕刑之流刑，故五刑及流刑，實共爲重大之刑罰，對於一切之犯罪，而無比較五刑流刑輕微之刑罰，則權衡罪刑，究不能達到圓滿之地步，故一國之刑罰，於五刑及流刑外，另有一獨立之輕刑，殆事勢之當然。觀於此點，五刑流刑以下之刑罰，於輕重之點最可伸縮者爲財產刑；故財產刑爲獨立之刑罰，要無疑義。

考罰金在近世各國法例中，有並用於主刑及從刑者，亦有僅用於從刑者。沒收亦然。我國現行律仿多數國法例，以罰金爲主刑，而以沒收爲從刑。古代法制亦其有類於是乎。

我國古代財產刑之性質，與羅馬及獨逸之古法，財產刑制度，其性質迥然不同，實堪注意。於羅馬王法時代之刑法，於獨逸中古時代之刑法，均已具有財產刑制度，但彼專為被害者強制賠償，實有私法的本質。而我國古代之罰金，由國家征收，不能絲毫付與被害者。管仲言贖金之用途曰：『美金以鑄戈劍，惡金以鑄斤斧。』（管子並見國語齊語）可為佐證。果爾，實與近世財產刑性質相同。較之羅馬獨逸之古法，年代雖均遙遠，而實質我國為獨優，寧非可誇之事！

財產刑既為獨立之一刑，已如前述。其適用之場合如何，亦有數說。第一為過失犯之刑，其情刑有二：（一）為誤入於刑者，主此說者，為孔安國，孔氏之言曰：

『誤而入刑，出金以贖罪。』（尚書舜典孔傳）

（二）意善而功惡者，即其行為屬善意，而行為之結果為惡害，對於此種之刑罰。主此說者為馬融。馬氏之言曰：

『意善功惡，使出金贖罪，坐不戒慎者。』（史記帝堯紀集解）

此說雖有一部分理由，然未免失之獨斷；蓋過失之適用，可入於『眚災肆赦』之條，不必適

用金贖，然則究何取乎？日儒蘆東山之說曰：

『凡掌法者，臨時議事，以爲之制。』

一任法官之職權，法官於犯人之罪責，即應處以五刑，流刑，及鞭扑者，亦得適用此罰金刑。諸說之中，此說爲妥。

考現行律規定罰金之制有三：一曰獨立之罰金，即分則各本條只科罰金，而不科自由刑者是也。二曰選擇之罰金，即分則各本條處以徒刑，拘役，或罰金是也。三曰併科之罰金，即分則各本條處以徒刑，拘役，及罰金是也。古代爲獨立之罰金，與夫選擇之罰金，據以上所述，無俟再滋詞費；惟有無併科之罰金，而文籍無徵，亦不可深考矣。

考現行律罰金以元爲單位。古代如何？孔安國尚書傳云：

『金，黃金。』

馬融云：

『金，黃金也。』（史記帝堯紀集解）

然非今日所謂之黃金。尚書呂刑云：『墨辟疑赦，其罰百鍰。』孔傳云：

『鍰，黃鐵也。』

然非今日所謂之鐵。蓋舜典傳之言黃金；呂刑傳之言黃鐵，實皆今日之銅。古人贖罪悉皆用銅，而傳或稱黃金，或言黃鐵，謂銅爲金爲鐵，古之金銀銅鐵，總號爲金，別之爲四名耳。（尚書孔疏）爾雅釋器云：『黃金謂之盪，白金謂之銀。』是黃金，白銀俱名金也。周禮考工記稱考金之工，築氏爲削，治氏爲殺，矢鳧氏爲鍾，栗氏爲重，段氏爲鑄，桃氏爲劍，其所爲者有銅有鐵，俱名爲金，則鐵名亦包銅矣。則古代罰金，悉皆用銅，更可無疑矣。

古代罰金用銅，既如前述。然若犯罪者時或無銅，則又將若何？曰罰貨，周禮秋官於此有明文規定，如：

『掌受士之金罰貨罰，入於司兵。』（職金）

職金爲掌金玉錫石丹青之戒令，與夫掌受財產刑所入之財物也。鄭注云：『貨，泉貝也；罰，罰贖也。』疏釋云：『云掌受士之金罰者，謂斷獄訟者有疑，即使出贖。既言金罰，又曰貨罰者，出罰之家，時

或無金，卽出貨以當金，且故兩言之，『則罰金以銅爲原則，用貨爲例外。其理甚明，無待細解。

鄭注謂貨爲泉貝，漢書食貨志載天鳳元年罷大小錢，改作貨布，其文右曰貨，左曰布，重二十五銖，直貨泉二十五。貨泉亦王莽錢幣名。至若貝，古人早以爲貨幣，如書云：『貝乃貝玉，』後世定其價值之量，大貝四寸八分以上，二枚爲一朋，直二百一十六。壯貝三寸六分以上，二枚爲一朋，直五十。幺貝二寸四分以上，二枚爲一朋，直三十。小貝一寸二分以上，二枚爲一朋，直十；不盈寸二分漏度，不得爲朋；卒枚直錢三，是爲貝貨五品。見漢書食貨志。是泉貝均屬古代之幣。

管子亦云：

『人君鑄錢立幣，民庶之通施也。』（國蓄篇）

則幣不得私造私鑄可知。別幣之種類曰：

『以珠玉爲上幣，以黃金爲中幣，以刀布爲下幣。』

珠玉，黃金，刀布，同屬國幣。故鄭氏解謂古代之罰金，以中幣銅爲原則，下幣（刀布）爲例外，蓋非無由。然以愚觀之，鄭氏於貨之解，毋乃囿於狹義？蓋周禮秋官之云『貨』實指凡物之可以易財

者而言，不專指幣一種已也。質言之，則凡物之可以易財者，如無銅時，皆可充罰金，或取贖之用。茲試舉其推證之例。如史記管晏列傳載。

『越石父賢，在縲紲中，晏子出，遭之塗，解左驂贖之。』

晏子春秋記之尤詳細，如：

『晏子之晉，至中弁，睹弊冠反裘，負芻息於塗側者，以爲君子也。使人問焉，曰：「子何爲者也？」

對曰：「我越石父者也。」晏子曰：「何爲至此？」曰：「吾爲人臣僕於中弁，見使將歸。」晏子

曰：「何爲之僕？」對曰：「不免凍餓之切吾身，是以爲僕也。」晏子曰：「爲僕幾何？」對曰：「三

年矣。」晏子曰：「可得贖乎？」對曰：「可。」遂解左驂以贈之。因載而與之俱歸。」（內篇雜上）

論者以爲石越父非罪犯，越父之主非官吏。晏子之贖，解銷越石父爲僕之關係；若近世民法上銷滅雇傭之契約，非刑法上之贖刑可比。然愚以爲古代貨幣制度未臻完備，當時之社會往往以貨物互相交換，以爲貿易，故贖僕不必用銅及貝幣之屬，而以驂贖。則凡物之可以易財者，均可以贖，可無疑義。周禮職金既於金屬之外，特設「貨」之規定，原所以爲無金者策安全之方法，使不至

抱向隅之憾。則其『貨』之規定，當然不限於泉貝之屬，實爲一切凡物之可以易財者之統稱。愚敢如此論斷，不知明達者以爲何如？

鮑叔牙既取管仲於魯，桓公親迎之郊，禮之於廟，而問爲政。管仲欲成桓公霸業，以齊國寡甲兵，而有輕重罪移甲兵之一策。管子云：

「夫齊國寡甲兵，吾欲輕重罪而移之於甲兵。公曰：『爲之奈何？』管子對曰：『制重罪入以兵甲犀脅二戟；輕罪入蘭盾鞮革二戟；小罪入以金鈞；分宥薄罪，入半鈞。無坐抑而訟獄者，正三禁之而不直，則入一束矢以罰之。美金以鑄矛戟，試諸狗馬；惡金以鑄斤斧鉏夷鋸擗，試諸木工。』」（小匡篇）

國語齊語亦載一則，與此略同，不更多引。是兵甲犀戟束矢之屬，均可作贖，不限制幣，實無可疑。管子此策，實本周禮秋官司厲沒收罪犯所供之器物，及贓物入於司兵之政策。考司兵屬夏官，專司兵器。漢司隸屬有兵曹從事吏，蓋有兵事則置之，以主兵事。北齊置兵曹軍爲郡之佐吏。唐制，在府曰兵曹參軍；在州曰司兵參軍，在縣曰司兵，掌軍防，烽候驛傳，送馬，門禁，田獵儀仗之事，宋廢，非本

文範圍，不爲詳引。

現行刑法第七章第四十九條之規定，罰金一元以上但因犯貧得至五分之一。依分則之規定，對於罰金之額數約有六級：（一）五千元，（二）三千元，（三）一千元，（四）五百元，（五）一百元是也。舜典金刑不載罰金之額數，呂刑罰鍰多寡有差，詳細規定。如鄭注云：

『六兩曰鍰。』

賈疏云：

『考工記云：戈矛重三銖，馬融云：銖量名當與呂刑鍰同。俗儒云鍰六兩多於孔王所說，惟校十六銖爾。』

據此，則：

（甲） 墨刑贖銅六百兩

（乙） 劓刑贖銅一千二百兩

（丙） 剕刑贖銅三千兩

(丁) 宮刑贖銅三千六百兩

(戊) 大辟贖銅六千兩

現行法罰金所明文規定者，最少額爲一圓，最多額五千圓，視犯罪情狀之輕重，各規定罰額之等差，與法官自由伸縮之餘地；例如第一百五十三條妨害選舉之罪，規定五百圓以下之罰金。其間伸縮，一任法官之自由。呂刑既規定財產刑之條文有五千。自必詳細規程，以爲法官權衡罪刑，酌情處罰，有自由伸縮之餘地，可無深疑。以上所舉五刑易科罰金之規定，定必爲其最高之額；其最低額，究爲如何，文籍無徵，不得而考。

第二款 沒收

查刑法採沒收爲從刑之一種，而以第六十條嚴定其範圍，該條規定沒收之物，一違禁物，二供犯罪所用及犯罪預備之物，三因犯罪所得之物。所謂違禁物云者，指一切法令禁止私人自由製作或占有之物而言；所謂供犯罪所用之物云者，指犯人實施犯行時所使用之物而言；所謂因犯罪所得之物云者，指犯人因犯罪行爲以取得其所有權占有權之物而言。違禁物不問屬於犯

人與否切須沒收至若供犯罪所用及犯罪預備之物及因犯罪所得之物則犯人以外無有權利者爲限。刑法第六十二條定有明文。可謂洽於人情，合於法理。而在古代，則爲何如？

沒收之種類，別之有二：其一爲一般沒收，其二爲特定沒收。刑法所規定者，爲特定之沒收；一般沒收則古代之制度，近世文明諸國不認有此制矣。

考羅馬法，德意志，及日本古法，皆用一般沒收，法蘭西古法亦然，至千八百十四年法蘭西憲法始除此制。我國古代用一般沒收之制，與各國古法從同。

凡犯重大之罪者，不僅沒收其財產全部，其妻女亦沒入官爲奴。日本謂之闕所，卽我國古代籍沒之制也。按舜典云：『罰不及嗣，』則舜時及舜以前無此制度，可無容疑。至周代始詳細規定其制，抑濫觴於夏桀之以罪人駕車乎？抑或夏桀或殷紂之世，已有此制歟？文籍無徵，不得深考。茲就周制之所明文規定者述之：

周禮秋官司厲云：

『其奴男子入於罪隸，女子入於舂稿。』

鄭司農云：『坐爲盜賊而爲奴者，輸於罪隸，舂人稿人之官也。』故有管理奴隸之官，奴隸之供役如何留於自由刑章述之，不先贅。司農謂坐盜賊係犯罪狹義而言，蓋入籍沒凡犯重大之罪均加此刑，不僅盜賊爲然。籍沒之制，固爲文明國所禁止，而在周代亦已有限制之規定。周禮秋官司厲云。

『凡有爵者，與七十者，與未鬻者，皆不爲奴。』

鄭注：『有爵謂命士以上也，鬻毀齒也，男八歲，女七歲而毀齒。』疏釋云：『有爵謂命士以上也者，見典命公侯伯之士皆一命，天子之士皆三命，以下可知。』可見有爵者，與夫七十及未鬻者，均得免受籍沒之刑；七十者既不爲奴，則七十以上者亦不爲奴，可無疑義。

籍沒之制，遞遺春秋，至秦大熾。留於能力刑章中述之，茲不先贅。

考周禮秋官有掌沒收之官吏，其名爲司厲，其屬十三人，秋官序官云：

『司厲下士二人，史一人徒十有二人。』

司厲云：

『司厲掌盜賊之任器，貨賄，辨其物皆有數量，賈而揭之，入於司兵。』

鄭注：『任器貨賄謂盜賊所用傷人兵器，及所盜財物也。入於司兵若今時傷殺人所用兵器，盜賊賊加責沒入縣官。』賈疏：『云入於司兵者，其任器多是金刃，所盜財貨雖非金刃，以其賊物亦入司兵，給兵刃之用，故並入司兵也。』先鄭云：若今時傷殺人所用兵器，盜賊賊加責沒入縣官者，其加責者，即今時倍贓者也。』則盜賊之任器部分，適合於刑法第六十條第二款之情形；其貨賄部分，適合於刑法第六十條第三款之情形，夫豈有間。

細釋秋官司厲『辨其物，皆有數量，賈而揭之，入於司兵。』一語，確斷周禮注疏之謂『加責』係屬鄭賈二氏之推謬。蓋周禮既云辨其物，則凡非供犯罪所用及預備之物，與非因犯罪所得之物，不爲沒收，從可知矣。則『加責』制度，非周制可知。故周禮之規定，與近世法理實脗合。

雖然，在事實上古代果否爲特定沒收乎？則未敢確斷也。古代籍沒之制，不僅財產，沒人妻孥，前已言之。則沒收財產不必以供犯罪所用及預備之物，與夫因犯罪所得之物爲限，定可推測而知。故列子曰：

『罪沒其先居之財。』(天瑞篇)

則財物之沒收，不必因犯罪所得之物也。現行例於應行沒收之物，除有特別規定者外，以因犯罪所得之原物並經搜獲者爲限。大理院七年上字六〇一號判例於此定有明文。列子對於沒收，不因犯罪所得之物；有所訾議，實與近世法理適合。

第四節 名譽刑

名譽刑者，剝奪名譽之刑罰也。此種刑罰，似與能力刑相類似，而實則不同。現行刑法規定能力刑而無名譽刑；蓋刑法採改善主義，於犯罪人之名譽，非惟認爲無剝奪之理由，且反以養成名譽心爲得策。故下節所述之能力刑，其科刑之結果，不過喪失或限制享有公權之資格；與名譽問題，並無直接影響。此二者根本上不同之點，吾人所宜先加之注意也。

我國古代亦有名譽刑，爲皋陶所制，路史後紀陶唐氏紀云：

『是故明法察令，單均刑法，非汔於威，惟汔於富，象刑以儀之，而民亡犯，畫衣冠異章服之戮，故人可殺不可辱，上刑赭衣不純，中加雜，下則墨幪，以居州里。故民有恥而興禮。宥過忘大刑，

故無小、以人而戒而禮義興，禮義興而民亡爭，而治達矣。』

則名譽刑之執行，係異衣服而示恥辱之刑也。書經及史記五帝本紀雖無此種記載。以愚觀之，古代似確有此種刑罰，茲臚舉各書記載，以資佐證。

孝經緯云：

『五帝畫象，三王肉刑。』

史記孝文帝本紀云：

『有虞氏之時，畫衣冠，異章服以爲戮，而民鮮犯。』（十三年之詔）

漢書刑法志亦有同樣之記載。武帝亦有

『唐虞畫象，而民鮮犯。』

之詔詞，見史記武帝本紀。而尚書大傳亦詳記畫象之制云：

『唐虞之象刑，犯墨者蒙帛；犯劓者其衣赭；犯臙者以墨幪畫之臙處；犯大辟者布衣領。』

是則罪犯應處墨刑者蒙帛；劓者赭衣；臙者以墨幪畫之臙處；死刑者襟領。蒙帛等於墨刑；赭衣等

於剕刑；墨幪於臙等於臙刑；則身體刑生命刑均可不用。故後世之稱論者，動曰五帝畫象，三王肉刑。痛肉刑之殘酷，而美畫象之文明。然自刑事政策上推論之，古代之有名譽刑，似無可疑，而尚書大傳之所舉，則未敢深信。蓋若果如尚書大傳所指，在古代實行此制，則在唐虞之時，身體刑、生命刑、自由刑，又焉能釐然定制，而亦無用其制矣。故謂名譽刑為古代最輕之刑罰則可，若異其章服，則與身體刑、生命刑、同類齊觀，實未之敢信也。或謂古代有象刑無身體刑，其言尤無稽，荀子於此頗有議論，於身體刑章中言之，茲不先贅。

名譽刑非僅唐虞時代行之，至周代仍有此種刑罰。慎子且別名譽刑與身體刑之名稱，如：

『斬人肢體入肌膚，謂之刑；畫衣冠，異章服，謂之戮。』（慎子佚文）

名譽刑且不惟周代有之，戰國之秦，亦有此制，如商君書云：

『刑人無國位，戮人無官任。』（算地篇）

若依照慎子之解釋，則刑人為被處身體刑者；戮人係被處名譽刑者，可無疑義。

泛言之，則凡被處刑罰者，其名譽曷嘗不受剝奪？然此為事實上問題，法律上不能如此解釋。

近人有謂黥刑爲古代之名譽刑，愚謂黥刑雖與名譽刑極類似，而刻畫筋肉，實爲一種身體刑也。

第五節 能力刑

能力刑者何？即國家褫奪犯罪人之公權之謂也。現行法規定於第四十九條。至於褫奪公權之範圍，則規定於第五十六條，條款有五：爲公務員之資格一也；依法律所定之中央及地方選舉人及被選人之資格二也；入軍籍之資格三也；爲官立公立學校職員教員之資格四也；爲律師之資格六也。其所以設此規定者，蓋以各款所列之公權，或關係國家之威信；或屬於人格之純節問題，如以刑人而同時享有各種公權，是與國家社會尊重公權之本旨，不免抵觸。故本條分別列舉，明文規定。惟褫奪之方法，有終身褫奪與一定期間內褫奪之區別。終身褫奪公權者，大抵屬於重大之喪失廉恥罪。其於一定期間褫奪公權者，其褫奪之範圍，或其期間之長短問題，全屬於執法者之自由裁量。

現行法規定褫奪公權，分有期無期二種之規定者，雖得於一定期間內宣告褫奪公權全部或一部也；第五十七條之規定以一年以上十五年以下爲限。宣告死刑或無期徒刑者，其褫奪公

權爲無期。宣告十年以上有期徒刑者爲無期或有期。宣告六月未滿有期徒刑者其褫奪公權不得逾十年。至第五十八條之規定，宣告六月未滿有期徒刑拘役或罰金者，不得褫奪公權因過失犯罪者亦同。蓋皆保護犯罪人之利益，與夫罪刑平允之主旨，又吾人不可不知也。

現在之法制既如上述，古代爲何如？古代蓋亦有能力刑，考之如左：

奴隸制度，起原甚古。易旅卦云：『喪其童僕，』得其童僕，』小畜卦云：『畜臣妾吉，』書微子云：『我罔爲臣僕，』費誓云：『臣妾逋逃，』易書兩經之載奴隸已如此，而春秋楚芋尹無宇之言，更爲奇異，其言曰：『天有十日，人有十等……王臣公、公臣大夫，大夫臣士，士臣阜，阜臣輿，輿臣隸，隸臣僚，僚臣僕，僕臣臺。』（左傳昭公十年）則古代階級之複雜，可想而知。考奴隸之原因，不外罪罰及俘虜二種，留于自由刑章中言之，於此不先贅。

夫奴隸者在古代觀念，其身分較一般平民又下一等。法律上規定有一定之勞役，他如較優異之職業，均不能享受，遑論官位？

故貴族與平民之降在奴隸，則爲一種法律上能力刑之執行，諒無疑義。古代之貴族降至奴

隸者，必不勝指數，茲引左傳一則，以爲佐證。

『橐郤胥原狐續慶伯降在阜隸。』（昭公三年）

晏子春秋內篇亦有同樣記載。現行法能力刑執行之期間長短，或全部或一部，一任執法官就犯罪性質及犯人性格或其他各方面之情形，以爲斟酌裁量之標準。法律除少數規定外，不更詳細縷舉。古代之降在奴隸者，有無復權之事實，書禮無明文規定，惟左傳襄公二十三年載：

『初斐豹隸也，著於丹書。廩氏之力臣曰督戎，國人懼之。斐豹謂宣子曰：「苟焚丹書，我殺督戎。」宣子喜曰：「而殺之，所不請於君，焚丹書者有如日。」

丹書者，罪狀之書也，若焚丹書即可儕於齊民，故奴隸之可撤銷回復，實無可疑。稽覽商君書，於古代之能力刑，更得一極有力之佐證，商子云：

『刑人無國位，戮人無官任。』（算地篇）

此其法制與刑法第六十條之規定者，又豈有間耶？惟新刑法無名譽刑之規定，而在古代被執行名譽刑者並得褫奪公權，如『戮人無官任』是也。

古代褫奪公權之主旨奚在耶？商子曰：

『刑人有列，則君子下其位，衣錦食肉，則小人冀其利。君子下其位則羞功，小人冀其利則伐姦。故刑戮者所以止姦也，而官爵者所以勸功也；今國立爵而民羞之，設刑而民樂之，此蓋法術之患也。』（算地篇）

其言頗有合近世法理，蓋鄙賤刑人之觀念，古今相同。禮記亦載一則，如：

『是故公家不畜刑人，大夫弗養，士遇之塗，弗與言也。屏之四方，唯其所之，不及政，示弗故生也。』（王制）

第六節 自由刑

第一款 總說

自由刑云者，即國家制裁犯罪剝奪私人自由之謂也。刑罰為制裁壞亂社會法紀者之行爲。行爲之結果，有輕重之別，故刑罰亦不可不適應此輕重之等差。是刑罰之施，必須具有伸縮之能力明矣。生命刑一經執行，便無回復，無可伸縮，不待贅言。身體刑雖有等級為伸縮，然人之身體強

弱不同，體健者雖宮無害，體弱者或刖而死。財產刑最可伸縮，然富者卽罰以多金，彼亦不覺其痛苦，貧者財物惟艱，望梅何關止渴。惟自由刑自三日以至終身（此就周制而言）其伸縮之力極大，在輓世刑罰，特趨重此端。在先秦思想，亦包羅而無遺漏，於第二款述之。

第二款 自由刑之種類

自由刑之爲類甚繁，有流、竄、放、逐、遷、謫、監禁、拘役諸種；自時期之久暫言，有無期自由刑，有期自由刑之分；自定役之有無言，又有無役自由刑，與有役自由刑之別，此現代規制也。在先秦時代對於各項，包羅盡有，分項述之。

第一項 流刑

流刑之制，起源亦古，爲帝舜所創。帝舜之言曰：

『流宥五刑』（尙書舜典）

是以流刑爲減輕宥恕五刑之意。五刑固於帝舜以前，既有存在，唯此時以流刑爲五刑之宥恕減輕之刑，實爲新規定。

或以爲『流宥五刑』之語，作以流刑改換五刑解，卽以五刑殘酷太甚，特謀寬宥之途，全廢五刑易以流刑，此說亦不無可取，王鍵（刑書釋名）丁謐（文獻通考一六二卷）等均主此說。雖然，多數學者皆排斥之。如朱子謂若以五刑殘酷而全廢止之，是帝舜憐殺傷淫盜之凶賊，不憐被凶賊殺傷侵犯之良民，聖人之心，果如是乎？（書傳輯錄纂註）朱氏之說確有理由，對諸舜典，『流刑五刑』句後之『五刑有服』之文，實五刑不廢之明證。孔子答冉有之語云：『三王五帝制五刑，用之以治世。』（家語五刑解）亦足爲證，是當時五刑依然存在。犯罪人有合於宥恕之條件者，則易科流刑，當無疑義。

雖然，衡諸事實，流刑之適用，不必限於宥恕之範圍，實一種次於死刑之重刑也。如帝舜以帝鴻氏有不才子，掩義隱賊，好行凶慝；少皞氏有不才子，毀信惡忠，崇邪惡言；顓頊氏有不才子，不可教訓，不知話言；緡雲氏有不才子，貪於飲食，冒於貨賄。乃

『流四凶族，遷於四裔，以御魑魅。』（史記五帝本紀）

不與同原來之社會，與處置死刑不與共生存者，雖輕重有殊，而意旨實無二致；故流刑爲次於死

刑之刑罰，良無可疑。「流四凶族」實爲後世流族之始，族流之刑，較流罪犯己身而重，自不待言，故國語周語有「余一人其流於裔土，何辭之有。」之語也。

帝舜時之流刑，既如前述矣。然此刑罰之名稱，實有不免其疑義者；蓋依『流刑』之文字意義解之，流刑可作爲流水之刑，而將犯罪人流之於水。其爲一種刑罰，世界法制史上實不乏其例。如巴比倫法典流犯人於由富蘭知斯河，其他如印度流諸額基斯河，羅馬流諸太伊拔河，皆是也。茲想此等之類例，而觀流刑之字面，我國或於帝舜以前，亦有此種刑罰，爾後，感其殘忍，一變爲追放之刑，而仍襲用其名稱。雖然，帝舜以前，果否流犯人於水，典籍無徵，姑存缺疑，以俟淹博君子之考證焉。

流刑之名稱甚繁，有放、遷、竄、謫、逐、屏，諸種，考之如左：

放
書曰：

『放驩兜於崇山。』（舜典）

是爲放刑見於書傳之始。而竹書紀年云：

『五十八年，使后稷放帝子朱於丹水』（帝堯）

則放刑係陶唐氏所創。至殷相伊尹行之於君，竹書紀年云：

『十一年放王季子武，觀于西河』（帝啓） 史記云：

『帝太甲既立，三年不明，暴虐不遵湯法，亂德，於是伊尹放之於桐宮』（殷本紀）

通鑑輯覽註云：桐湯葬地。元和志云：聞喜縣桐鄉，故域在縣西南，舊以爲伊尹放太甲之所，綱鑑註

桐湯墓所在山西平陽府曲沃縣。

書經曰：

『太甲既立不明，伊尹放諸桐』（太甲上）

商書孔疏云：湯葬地，不知朝政，故曰放。孔穎達云：經稱營於桐宮，密邇先王，知桐是湯葬地，舜放四凶徒之遠裔，春秋其大夫流之他境，嫌此亦然，故辨之不知朝政，故曰放。使之遠離國都，往居墓側，與彼放逐事，故亦稱放也。乃所以放先王之墓側，使之密邇先王，興起其善心，蓋與帝舜之放驩兜不同。按書經孔註云：崇山南裔，是放刑執行之場所，於邊土可知，春秋時放之執行場所主外

國、如左傳云。

「晉放其大夫胥甲父于衛。」（宣公元年）

遷

史記五帝本紀云：

「遷三苗於三危」是爲遷刑見於記載之始，書經孔註云：三危西裔，史記集解「馬融曰，三危西裔也。」是爲遷刑場所於邊土之始，後世迨不盡然，竹書紀年云，

「遷殷民於衛，」（成王三年）史記始皇本紀云：

「及其舍人輕者爲鬼薪，及奪爵，遷蜀四千余家，家房陵。」（九年）括地志云：「房陵卽今房

州房陵縣」漢書地理志云：「房陵縣屬漢中郡，在益州部，接東南一千三百一十里。」

又云：

「文信侯不韋氏竊葬其舍人……秦人六百石以上奪爵遷，五百石以下，不臨，遷勿奪爵。」

（十二年）張守節正義云：「若是秦人哭臨者，奪其官爵，遷移於房陵；不哭臨不韋者，不奪官爵，亦遷移於房陵，故知秦始皇之遷謫官吏之場所均於房陵，但仍有復其遷者，

『秋，復嫪毐舍人遷蜀者。』（始皇本紀十二年）

遷徙有至三萬家者，

『於是，始皇卜之，卦得游徙，吉，遷北河榆中三萬家。』（三十六年）

竄

書經云：

『竄三苗於三危，』（舜典）是爲竄刑見於記載之始。周語有

『不甞自竄於戎翟之間，』係是逋逃，非刑罰上之所謂竄。

謫

史記始皇本紀云：

『徙謫實之初縣』（三十三年）爲謫刑見於記載之始，及漢有七科謫，亦淵源於嬴秦，又始

皇本紀云：

『使天下知之以懲後，益發謫徙邊。』（三十五年）集解「徙於北河榆中」

逐

春秋戰國時多不曰流放，而曰逐，逐出國境，任其生死也。

史記管仲傳云：『三任三見逐。』

國策楚策云：『楚王逐張儀於魏。』

趙策『孔子賢人也，而逐於魯。』

史記秦始皇本紀云：『大索逐客，李斯上書，乃止逐客令。』（十年）

史記李斯傳云：『非秦者去，爲客者逐。』

各書類此語者甚多，不勝枚舉。

蔡沈謂竄，放、流、遷、四者皆誅，則何取乎流宥五刑之旨，實未敢信。孔穎達云：「釋言之殛，誅也。傳稱流四凶族，皆是流。流者移其居處，若水流然。罪之正名故先言也。放者使之自活；竄者投棄之名；殛者誅責之稱，俱是流徙，異其文述作之體。」孔解尙屬允當。以愚觀之，舜分流，放、竄、殛，四種者，以遠近而異其名稱焉耳。此外尙有屏之名稱。

屏 禮記曰：

『屏之四方，唯其所之。』（王制）

孔穎達註：「屏猶放去也。謂已施刑暴，故放逐棄去，使嚮四方，量其刑之輕重，合所適之處而居之。」

是屏之爲義可知也。

流刑在我國行之最久，竄居邊境，教化無與。然南朔東西，皆屬中國土地，與之相接者皆中國之人民也，驅本地之犯人，以委禍於邊境，揆諸法理容有當乎？故前暫行刑律，毅然去之，實屬良是。現行刑法亦不採其制。

第二項 徒刑

徒刑分有期無期二種：有期徒刑者，剝奪犯人一定期間內之自由之刑也；無期徒刑者，剝奪犯人終身之自由之刑也；或宣告以終身，或宣告以確定之期限；又或上下於最長期，最短期之間，而宣告之；此期限之範圍，可分爲多種階級，由罪犯如何，而適應其輕重；換言之，則可省察各個人之犯情，而科以相當之刑罰也。臚舉如左：

第一目 無期徒刑

無期徒刑者，剝奪犯人終身之自由之刑罰也。其性質雖較死刑爲輕，其效力實無異於死，蓋人之一生，不能自由，前途之希望既斲，生人之樂趣亦絕，學者有目爲遲緩之死刑，有以也。且有謂

死刑不過一時之痛苦，無期徒刑永墮悲慘之地獄，終身不得自由，精神上痛苦，至爲永久，斯刑之重，實甚於死刑，故近世如葡萄牙，墨西哥，委內瑞拉，烏魯魁愛加脫等國，均已廢止斯刑。雖然人有凶惡次於死刑者，必處以無期徒刑以防其再犯；並可察其在獄中之品性，果能悔悟自新，湔濯前愆，則在一定條件之下（見刑法十三章假釋）仍許有出獄之例外。法理與政策並施，於無期中隱寓有期之意，蓋深欲引人遷善，冀國家多一良民，是爲立法之精神，故各國如上舉數國之外，大都仍而不廢，刑法亦然，規定於第四十九條。古代如何乎？

我國古代亦有無期徒刑，且其制度與近世法理，亦相脗合。周禮秋官大司寇云：

『凡害人者，寘之圜土……其能改者，反於中國。』

鄭註：『反於中國謂舍之，還於故鄉里也。』換言之，其不能改者，處無期徒刑，終身監禁；囚之圜土，以與社會隔絕，不啻與流之裔土不同於中國，同一意義。所差異者，流放是驅逐內地不容之犯，以之委禍於他境，目的在絕對摒棄；監禁是拘束罪人之身體，目的在相對的感化，罪犯有輕重，處罰斯各有不同也。

第二目 有期徒刑

徒刑以期限之長短，定其等差者，是曰有期徒刑，爲自由刑最廣之範圍，審判上尤有活動之地步。惟長期短期之限度，各國制度各有不同，以最長期而論，則如白來齊及烏魯魁刑法規定三十年之久；如加拿大則僅七年爲限；洪條拉司以十年爲限；而最短期愈不一致。刑法綜酌各國法制，於最長期以十五年爲度，堪（第四十九條）稱至當；於最短期則以二月爲度，以與拘役之長期銜接。而於此十五年以下，二月以上，總括之法定範圍內，前暫行刑律又分列爲五等，如第三十七條之規定，舉之如左：

有期徒刑

- | | | |
|---|--------|-----------|
| 一 | 一等有期徒刑 | 十五年以下十年以上 |
| 二 | 二等有期徒刑 | 十年未滿五年以上 |
| 三 | 三等有期徒刑 | 五年未滿三年以上 |
| 四 | 四等有期徒刑 | 三年未滿一年以上 |

五 五等有期徒刑 一年未滿二月以上

犯罪情狀萬殊，裁判之標準莫定，必須揆損害之程度，酌善惡之性質，故暫行律特設上下之限，原期應用曲當，釐然不爽。惟科刑必以此五等繩之，實際上殊有未協。故新刑法不設等列分則中關於刑期之規定概明定月，而以若干分之幾爲加減，既無定刑失當之虞，並免加減相懸之失。周官定徒刑年限，是爲有期自由刑之始，周以前，典籍不載。殷紂囚西伯於羑里七年，羑里殷獄名也，已倍周制上罪監禁之期限，故自玄帝迄殷末，其間之獄囚監禁，一任君主意思，殆無期限可言，而先秦時代，除周制外，無論春秋與戰國，均無可考。茲將周代之有期徒刑考之如左：

甲 監禁

周禮秋官司圜云：

『能改者，上罪三年而舍，中罪二年而舍，下罪一年而舍』

故知古代之有期徒刑有三等，如：

一 等有期徒刑三年

二等有期徒刑二年

三等有期徒刑一年

乙 拘役

拘役爲自由刑之最短者，性質本無異於有期徒刑，而必別爲拘役者，蓋爲對最輕之犯罪者，予以最短之拘役，不使與受法刑之人視同一律也。刑法規定於第四十九條，其期間爲二月未滿一日以上，日本刑法十六條規定，則一日以上，三十日以下。我國古代亦有拘役之刑，如：

周禮秋官大司寇云：

「桎梏而坐諸嘉石……重罪，旬有三日坐……其次九日坐……其次七日坐……其次五日坐……其下罪三日坐。」

據此，可知古代拘役之刑，可分爲五等，最輕三日，最重十三日，其間等級，如右舉，不更多贅。

查國民政府公布之違警罰法第十三條，規定拘留十五日以下一日以上。揆諸嘉石規定之日期，則嘉石之刑，又似違警罰法之拘留也。

第三項 懲役刑

現今各國之立法例，往往以無定役自由刑，與有定役自由刑並行；例如日本刑罰，均設懲役刑，禁錮刑之分。其立法理由不外以勞役爲苛待犯罪人之方法，故以定役之有無，以爲輕重之階級，凡無役自由刑，大抵適用於惡性輕微，或不喪失廉恥之犯罪，以昭罪刑之平。而刑法依據暫行律不採其制，暫行律原案舉其理由蓋有四端：拘置人於監獄，動經歲月，若不加以勞動，非優待，實痛楚之耳，一也。各國爲無定役刑辯護者，恆謂囚人身體，不勝定役，果係屬實，監獄規則，可以特定免役之例，若使一切盡處以無定役刑，在刑法實非所宜，二也。勞動與人之身分地位，固不盡相宜，然既經犯罪則應以罪爲其刑之標準，不應再顧其人之身分及地位，況以勞動爲賤民之卑業，則社會之託業於勞動者又將何說？三也。監獄之繁用浩繁，無非支撥於國帑，實則仰賴國民之供給，課囚徒以勞動，可以減少良民之擔負，四也。自由刑以感化爲目的，對犯罪人不能養成社會上獨立生活之能力，則出獄以後，不能謀生，仍蹈刑網。將何貫徹感善之本旨乎？故定役之所必需其理至顯。近來外國倡議廢止無定役刑者日甚。刑法察刑事政策之趨勢，不問自由刑期間之長短，皆

一律予以法定勞務。惟拘役刑之囚人，以其期間過短，有時得免除而已。

我國古代圜土之有勞役，與刑法規定相同，無論矣。而其他不屬於監獄內之勞役者，實繁有徒。如司空城旦，鬼薪屬於無定期者更繁。揆其制度與今日之徒刑實不同；與外制之懲役刑殊屬惟肖。故另草此項，先究述當時懲役刑之主義，而後分有期無期二目，一究考焉。

一奴辱主義 由犯罪者一人之關係，籍沒其子女，並爲奴，苛以苦役，「如隸人湮廁，」役國中之辱事，「牛助爲牽傍，」其作業毫無關於生產，則確認其人格大減等，役以瑣賤，用視奴辱之意。

二經濟主義 坐嘉石後，役諸司空，「蓋因司空之職，不可廢也。」（周禮鄭註）鬼薪所以採給燃料；城旦所以築城守邊；四隸所以畜牧守禦；均因各種經濟上之進行，利用刑人爲工作。

三勞動主義 周官大司寇以圜土聚教罷民。鄭註曰：「不愍作勞，有似於罷，」說文「罷，疲也。」實之圜土而施職事。『要在使罪囚養成勞動習慣，能勝職事，習爲勤勉，俾爲良民，謀生有道，再犯無虞，與奴辱主義既不同，與經濟主義又異趣；奴辱之目的在賤視；經濟之目的在生產；輸邊

之目的在殖民；此則目的在改良罪囚之性質，以求刑罰事期之減少，與現今法理相同。

第一目 有期懲役自由刑

甲 於監獄中執行者

周禮秋官大司寇云：

『以圜土聚教罷民，凡害人者，寘之圜土，而施職事焉。』

秋官司圜云：

『凡害人者……任之以事，而收教之；上罪三年而舍，中罪二年而舍，下罪一年而舍。』
故圜土懲役年期分三等。

一等有期懲役刑三年

二等有期懲役刑二年

三等有期懲役刑一年

乙 由司空執行者

經拘役刑期滿，執行懲役刑者，如周禮秋官大司寇云：

『桎梏而坐諸嘉石，役諸司空。』

鄭康成註云：「役諸司空，坐日訖，使給百工之役。」是勞役刑在拘禁刑後執行可知也。勞役時期之久暫，以罪犯之輕重爲衡，規定如左：

秋官大司寇云：

『重罪：舂役，其次：九月役，其次：七月役，其次：五月役。其下罪：三月役。』

故知周制司空之懲役刑期有五等，如左：

一等有期懲役刑一年

二等有期懲役刑九月

三等有期懲役刑七月

四等有期懲役刑五月

五等有期懲役刑三月

顧於此所當研究者，有期懲役自由刑，勞役何種工作耶？實園土者，僅施職事一混統名詞，究何工作，不得而知，惟坐嘉石後，明定『役諸司空』，司空掌邦事，冬官也。篇亡，漢河間獻王得考工記，可備大數，按考工記列官，舉之如左：

周禮考工記云：『鐘氏染羽。』『槐氏涑絲。』『玉人之事鎮圭。』『磬氏爲磬。』『矢人爲矢。』『陶人爲甗。』『瓶人爲簋。』『梓人爲筭虞。』『廬人爲廬器。』『匠人爲溝洫。』『車人爲車。』『弓人爲弓。』

周禮謂『役諸司空』，則勞役之工作，如金工，木工，竹工，染工，畫工，泥工等項，均無一而不備。我國今日徒囚勞役制度，尙屬幼稚，以視周官「役諸司空」之制，遜乎遠矣。

丙 城旦 有期懲役刑四年、

史記始皇本紀云：

『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。』（三十年）如淳註云：「律說論決爲見鉗，輸邊築長城，晝日伺寇虜，夜暮築長城，城旦，四歲也。」

丁 鬼薪 有期懲役刑三年、

史記始皇本紀云：

「及其舍人，輕者，爲鬼薪。」（九年）應劭註：「取薪給宗廟爲鬼薪也。」如淳註：「律說，鬼薪作三歲。」張守節註：「言毒舍人，罪重者已刑戮，輕者罰徒役三歲。」

第二目 無期懲役自由刑

無期懲役自由刑，在古代計有二種，述之如左：

甲 奴隸 奴隸亦爲懲役刑之一種，奴隸之原因，有二種：

一、罪罰 有罪之家從坐則沒爲奴隸也。周禮秋官司刑云：

「坐爲盜賊者其孥，男子入於罪隸，女子入於舂槁。」周禮秋官罪隸云：

「罪隸百有二人。」鄭鏐註：「乃以百二十六爲率，蓋官拘而用者，以此數爲率耳。」史記始

皇本紀云：

「自今以來，操國事不道，如嫪毐不韋者，籍其門，視此。」（十二年）司馬貞註：「謂籍沒其一

門，皆爲徒隸，後與視此爲常。」

二俘虜

書載舜勸皋陶云：『蠻夷猾夏，汝作士，五刑有服。』（舜典）故當時以四刑服黎

庶，以大刑甲兵服蠻夷。殷本紀云：『湯自把鉞，以伐昆吾。』又云：『夏師敗績，湯遂伐三豎，俘

厥寶女。』周本紀云：『乃赦西伯，賜之弓矢斧鉞，使西伯得征伐。』此外征伐外族，尤不勝枚

舉，征伐卽肇戰爭。戰爭結果，俘虜往往有殺之者，然殺之徒增殘忍，不如蓄之，可供驅使，此俘

虜之所以同爲罪隸也。奴隸之類有五，定管轄奴隸之官如：

『司隸掌五隸之法，辨其物，而掌其政令。』（秋官司隸）鄭鏐註：『羣隸之別有五，曰罪、閔、蠻、

夷、貉也。除罪隸之外，四夷皆夷翟之人，故又謂之四隸。』

奴隸之職役如何？有以下諸種：

一捕盜賊 秋官司隸『帥其民而捕盜賊。』鄭康成註：『民五隸之民。』鄭鏐註：『盜竊

之徒，有作而力不能捕，則合其民以共捕之。』王昭禹註：『未獲者，則司隸帥民捕之。』

二守衛 司隸『掌帥四翟之隸，使之各服其邦之服，執其邦之兵，守王宮與野舍之厲禁。』

罪隸『其守王宮，與其厲禁者，如蠻隸之事。』

蠻隸『其在王宮者，執其國之兵，以守王宮，在野外則守厲禁。』

夷隸『其守王宮者，與其守厲禁者，如蠻隸之事。』

貉隸『其守王宮者，與其守厲禁，如蠻隸之事。』

三看守 秋官司隸云「帥其民，……凡囚執人之事，」李嘉會云：「囚執人之事，若今牢城之兵。」

四苦役 秋官司隸「云帥其民，……役國中之辱事，爲百官積任器，……邦有祭祀賓客，喪紀之事，則役其煩辱之事。」

罪隸『掌役百官府，與凡有守者，掌使令之小事，』鄭康成註：「役給其小役，」王安石註：「雖充百官府與有守者之役，亦「掌使令之小事而已。」

禮記士喪禮云：「隸人湔廁」又

秋官罪隸「凡封國若家，牛助爲牽傍，」鄭衆註：「凡封國若家，謂建諸侯立大夫家也。牛助

爲牽傍，此官主爲送致之也。

王應電云：「所謂煩辱之事，此類是也。」

閩隸『掌子則取隸焉』杜子春云：「子當爲祀，」鄭康成云：「掌子者，王立世子，置臣使掌其家事，而以閩隸役之。」此經句雖不盡可解，而閩隸除掌役蓄養馬外，更有他職，則可知也。

五畜牧 周禮秋官云：

蠻隸『掌役校人養馬。』

閩隸『掌役蓄養馬，而阜蕃教擾之。』

夷隸『掌役物人養牛馬而鳥言。』

貉隸『掌役服不氏而養獸，而教擾之，掌與獸言。』

以上所舉，均屬男子，至若女子之沒爲奴者，其職役如何？見於地官舂人，「舂人掌共米物，祭祀共其盥盛之米，賓客共其牢禮之米，凡饗食，共其食米，掌凡米事」橐人「掌共外內朝宬食者之食，若饗耆老孤子士庶子共其食，掌豢祭祀之犬」司刑謂「女子入於舂橐」觀此，

則亦苦役之類也。

按羅馬法奴隸之種類有三：（1）曰公共奴隸，（2）曰私人奴隸，（4）曰無主奴隸。無主奴隸爲被放棄之奴隸；私人奴隸爲一家之所蓄；公共奴隸卽充官署之使役者是也。周官之奴隸屬之。

乙 肉刑執行後，苛以無期之職務，近同奴隸之勞役者，其類有五：

一 守門 周禮秋官掌戮『墨者使守門。』守門之職務如何？見於地官司門云：『司門掌授管鍵，以啓閉國門，幾出入不物者，正其貨賄，凡財物犯禁者，舉之；以其財養死政之老與其孤，祭祀之牛牲繫焉，監門養之。凡歲時之門受其餘，凡四方之賓客造焉以告。』

二 守關 秋官掌戮『劓者使守關。』守關之職務如何？見於地官司關云：『司關掌國貨之節，以聯門市，司貨賄之出入者，掌其治禁，與其征廛。凡貨不出於關者，舉其貨，罰其人。凡所違貨賄者，則以節傳出之。國凶札，則無關門之征，猶幾。凡四方之賓客劬關，則爲之告；有外內之送令，則以節傳出內之。』

三 守內 秋官掌戮云：『官者使守內。』守內之職務如何？見諸天官宮人『宮人掌王之六寢之脩，爲其井匭，除其不蠲，去其惡臭，共王之沐浴，凡寢中之事，掃除執燭共鑪炭，凡勞事四方之舍事，亦如之。』閹人『掌守王宮之中門之禁，喪服凶器不入宮，潛服賊器不入宮，奇服怪民不入宮，凡內人公器賓客，無帥則幾其出入，以時啓閉，凡外內命夫命婦出入則爲之關，掌掃門庭，大祭祀喪紀之事設門燎蹕宮門廟門凡賓客亦如之。』寺人『寺人掌王之內人，及女宮之戒令，相道其出入之事而糾之。若有喪紀賓客祭祀之事，則帥女宮而致於有司。佐世婦治禮事，掌內人之禁令，凡內人弔臨於外，則帥而往立於其前，而詔相之。』內豎『內豎掌內外之通令，凡小事若有祭祀賓客喪紀之事，則爲內人蹕，王后之喪遷於宮中則前蹕，及葬執褻器以從遣車。』

四 守囿 秋官掌戮『刑者使守囿。』守囿之職務如何？見於地官圉人『圉人掌囿游之獸，禁牧百獸，祭祀喪紀賓客，共其生獸死獸之物。』

五 守積 秋官掌戮『髡者使守積。』守積之職務如何？見諸地官倉人『倉人掌粟入之』

藏，辨九穀之物，以待邦用，若穀不足，則止餘法用有餘則藏之，以待凶而頒之，凡國之大事，其道路之穀，積食飲之具。」

古代之懲役刑既如前述矣。茲尚有述者則囚徒居監，能否自由工作一問題。史稱西伯、姜望被囚而演周易，則當時囚徒作役不加限制，蛛絲馬跡，線索可尋。周官明定各種勞役，條分縷析，可謂無遺，而除定役之外，能否自由作役，經籍雖無明文，而古代要無如此嚴厲綿密之限制，則可推想而知。降洎春秋戰國，戎馬倥傯，無暇及此，獄囚類皆不強制以勞役，或者任其自由，且有作業良善，而得赦釋者，如秦政之赦程邈，因其能書也。（見能書錄）

第三章 刑之適用

第一節 總說

刑之適用云者，即審酌犯罪之情形，而科之以適當之刑罰之謂也。有法令上適用與審判上適用之區別；法令上適用者，乃依據法律而指定相當之刑罰之謂也；審判上適用者，以裁判之宣

告，隨意定各罪之刑罰之謂也。故法律者，乃抽象的定適刑罰之範圍，而審判則爲具體的定適用刑罰之標準者也。

考關於刑之適用其主義有三：以裁判官自由裁量定各罪之刑，法律並不予以制限，是謂關於刑之適用之放任主義；否則各罪之刑，豫以法律規定不容裁判上自由伸縮，是謂關於刑之適用之法定主義；前者有裁判上之適用，無法令上之適用，後者有法令上之適用，無裁判上之適用，二者皆爲極端的主義，其得失問題，略與第一編第六章相同，無庸贅述。近世各國刑法大抵採折衷主義，非豫以法律示定者，不得科刑，而裁判官於法律範圍內，有自由伸縮之權。我國現行刑法亦然，刑法條文中所言以上，以下，卽以法律定其範圍，由裁判官酌其罪狀，察其當否。例如刑法第二百零八十二條規定殺人者處死刑，或無期徒刑，或十年以上有期徒刑云云。爲法律所豫定，至究竟適用死刑或徒刑，則由裁判官斟酌是也。古代如何？試就舜帝之刑法而研究之。帝舜之刑法爲法定前已言之矣。刑之適用，亦爲法定主義，實屬當然之結果。惟其所謂法定，極爲簡略。止對於最重大之犯罪，而規定其刑之適用。多數之場合，未能豫爲網羅；事實上放任裁判官擅斷，實無俟言。

故其主義雖採法定，實折衷法定主義與放任主義之間；實與折衷主義相同。茲先將法定思想言之，舉其材料如左：

如前述之昏（贈賄）默（收賄）及賊（殺人）之三種犯罪，均處死刑。帝舜之刑法，所以爲法定，於此一事推想之，對於其他之犯罪行爲，均爲法定，實屬可見。

五刑出於反坐之思想，刑之適用以其犯罪如何而定，如姦淫者當宮，殺人者當死，傷人者當劓等等之處罰，以此而證爲法定，當無待論。

雖然，舜典有『眚災肆赦』之文，可知殺人者不盡處以死；又如舜典中『怙終賊刑』是爲刑之加重，『上服下服』是爲刑之加減；是古代亦俾裁判官於法律範圍內有自由伸縮之權，與今日相同，良無疑義。

丘濬有言曰：『有法任法，無法任人。』揆其意味，亦折衷主義也。今日歐洲及其他諸文明國，採用最新之學說及立法例之折衷主義。犯罪及刑之處置均預爲規定，惟其刑之範圍極廣，以實際上之適用，放任裁判官之自由，帝舜之刑法，與此相同。犯罪之刑，皆以明文規定，裁判官須墨守

成法，不能妄爲擅斷。是其原則上採法定主義，法定之不備者，不外放任裁判官。以今日觀之，如此之刑法，實可謂危險。但裁判官其人，果能賢明公正，究亦無妨。帝舜之時，法官爲皋陶，乃收此刑法意外完美之效果。而帝之放任其人，所深用畏懼警戒，此則對裁判官之訓條，有如左之誨示：

『欽哉欽哉，惟刑之恤哉，』（尚書舜典）

第一款 法律上之加減

法律之加重，可區分爲普通加重與特別加重二種；普通加重者何？無論何種犯罪如具備法律上一定之條件，皆須加重其刑者也。其最著者莫如累犯，而併合論罪中有時亦含普通加重之意義者，此二種加重，已於第二編第四章犯罪狀態論中述之，無再贅陳之必要。至於特別加重，乃對於特定犯罪，具備其他條件，加重其刑者是也。如傷害尊親屬罪，刑法規定其處分，皆較普通傷害罪加重。古代處置此種罪犯之死刑，其方法不用斬而用焚。如周禮秋官規定『凡殺其親者焚之』（在古代客觀的觀念，以爲焚重於殺。）是即由於犯罪人與被害人身分上關係，而加重其刑者，即所謂主觀的之條件也。其屬於客觀的條件者，例如殺死侵入第宅之盜，在法律不爲罪，則可

以推知此種盜罪之處置，較普通竊盜罪有殊；又如援助敵國罪，墨子規定夷三族，（號令篇「其以城爲外門者三族。」）卽其最著之例，其他犯罪，自可類推。

次言法律上之減輕，古代既有緊急防衛，不爲罪之規定。即使防衛過當，與夫一切不知法令等等之過失犯罪者，均得減輕刑罰，犯罪編責任節已詳言之，不更贅舉，茲所述者，爲自首減免。

自首云者，犯人於犯罪未發覺前，向有搜查權之機關官員，陳明自己之罪狀之行爲也。自首減刑，爲獎勵犯罪者，悔過投誠而設。現行刑法規定於第三十八條。各國多數之例，惟認特別自首者著之於分則，其有規定於總則者，蓋緣於中國法系也，自首必須備具四要件：（一）自己之犯罪，（二）必於發覺前，若於發覺後告言己罪，乃自白非自首，（三）告知於官，唯例外告知被害者，亦准自首法。（四）於官署就審判。四者不備，不得准予自首減輕。自首係以犯罪未發覺爲條件，雖犯罪事實已發覺，而尙未知何人犯罪，仍屬未發覺。大理院於三年上字七十八號判例，定有明文，古代亦早有自首宥減之例。如尙書云：

『既道極厥辜，時乃不可殺。』（康誥）

茲不作犯罪者之自白，而認爲自首減輕之起原。蓋犯罪人之自白，在現行新刑法，除誣告及偽證罪，有特別規定外，並無減免之條。大理院四年上字一百八十號亦有明文規定。即重大之犯罪，雖經自白，當然不得入宥減之例，良可無疑。康誥篇所指係云大罪，犯大罪而經自首，不處死刑，宥處他種刑罰，亦可推想而知也。荀子君子篇云：

『治世曉然皆知夫爲奸，則雖隱竄逃亡之由，不足以免也；故莫不服罪而請。』則治世多自首之罪人，且以自首爲風俗善良之證。

此外法律所規定得入宥減範圍者如周禮秋官規定凡王之宗室，王之故舊，其人有德行者，有道藝者，於國家著有事功者，凡有爵者，於國家著有勞績者，此八者之人，非於王躬有所關繫，即於國家有所裨益，不幸而有罪，從而議之，可赦則赦，次亦爲之末減焉。（王應電語）蓋爲古代法律不平等之結果，而有此種規定。已詳見緒論中，不再贅述。

第二款 審判上之加減

審判之減輕云者即裁判官對於犯罪者之刑罰酌量減輕是也。一般立法例皆認爲不可缺

之規定；蓋以犯罪情節，離奇變幻，盜賊裁判官以審判上減輕之職權，而後得濟刑罰之平也。暫刑律規定於第五十四條云：『審按犯人之心術及犯罪之事實其情輕者得減本刑一等或二等。』故酌減有一定條件，自不能任意濫用。大理院二年上字五十號判例，亦定有明文。新刑法規定科刑時應審酌一切情形，爲法定刑內科刑輕重之標準，並應注意犯罪之原因，目的。犯罪時所受之激刺，犯人之心術，犯人與與被害人平日之關係，犯人之品行，智識之程度，與夫犯罪之結果，犯罪後之態度。（第七十六條）犯罪之情狀可憫恕者得酌減本刑。此又爲第七十七條之規定。是皆特賦予裁判官以減輕之職權，以達情法平見之目的。

古代法制如何。述之如左：

（甲）因事實不明而減輕 皋陶答帝舜之語曰：

『罪疑惟輕……與其殺不辜，寧失不經。』（尚書大禹謨）

是犯罪之事實不明者，其刑須輕，至犯罪之有無不明者，縱處輕刑，亦不合法，惟茲所言者，非有無之疑，乃事實之明白與其程度分量等之疑也；若事實之程度，及分量不明時，從輕處斷，其不明之

點加之糾問，就其明白之點，處之以刑。與近世法理，實相符合。例如有持凶器竊盜之事件，其竊盜部分爲明白事實，其攜帶凶器部分不明白。此點與近世所謂未能切實證明，即係屬單純竊盜犯，科以相當之刑，實屬無間。如以此論爲迎合近世法理思想，有曲解之嫌，則古昔學者所謂亦然，如朱子之言曰：

『罪已定而於法中其可重可輕，可疑則從輕罰之。』（書集傳）

至若犯罪之事實不明，即無從定其罪犯之成立，予其殺不辜，寧失不經。蓋犯罪事實之不明殺之，恐死無罪者，不殺即違常法，失法律之威信，二者孰取？二害相權，惟取其輕，故當時之刑法採取後義，與近世所謂犯罪事實不明，證據不足者斷之爲無罪，實屬相同。

（乙）因情狀而加減 其一方之減輕，惟與近世之酌量減輕相同。其一方因情狀而加重因審判而加重，近代法例概所不許，蓋近代刑法對於犯罪之處分，因犯罪情節之輕重，設有輕重刑罰之階級，衡罪科刑，自得爲當，倘若予裁判官以自由意思於審判上加重其刑罰，則人民之權利未免處於危險，豈刑事政策之所取哉？而在古代法制，因情狀而加減，則爲何如？考之如左尚書

呂刑云：

『上刑適輕下服，下刑適重上服，輕重諸罰有權。』

此爲周穆王之語，周初卽有此法制。如周禮秋官小司寇云：

『聽民之所刺，以施上服下服之刑。』

司刺云：

『以此三法者，求民情斷民中，而施上服下服之罪，然後刑殺。』

周世固有此制度，帝舜之刑法，亦必已有加重減輕之法制，足可推想而知。

『上刑適輕下服』云者，犯罪該處上刑，其情狀適輕，特處下刑之謂也；『下刑適重上服』云者，犯罪該處下刑，揆其情狀適重，特處上刑之謂也。分刑罰爲上刑下刑，有一種之奇說，刑罰執行部分在身體之上部者爲上刑，在身體之下部者爲下刑，如此說則死墨劓三刑爲上刑，剕宮二刑爲下刑。鄭玄賈公彥吳澄諸人唱之。（無刑錄一一卷六頁）『輕重諸罰有權』者反覆以上之意，權者，權度也，測定也，權度刑罰之輕重，各得其宜也。

所謂適輕適重，其方法如何？張氏謂以其情而權其輕重。陳氏舉例解之。謂罪之重者，莫如殺人，然所殺爲奴婢也，則適輕；罪之輕者，莫如詬罵，然所罵爲父兄也，則適重。（書傳輯錄註）其之所謂輕重，及輕重之情狀可知矣。

第四章 刑罰之執行

第一節 通則

刑罰執行云者，卽對於犯罪人執行所宣告之刑罰之謂也；易言之，卽因宣告刑罰而使犯罪人，受一定利益之剝奪之謂也。刑罰之種類，既各不同，其方法及程序，自有互異，然亦有一般執行刑罰上所應遵守之規則，茲先就此種通則，簡單說明，至於各種刑罰之執行，於次節以下，分別述之。

考古代執行刑罰之共同規則有二：（一）中國古代法院之審級，拙著中國古代訴訟法論之較詳，觀乎諸士會審之制，及王疑再審之文，則古代亦非經判決確定後，不得執行，自無疑義；蓋以

判決尙未確定，則有罪無罪問題，或不免因上訴而有變更，自無執行刑罰之理由，古今一致。(二)近代國家採用國家訴追主義，無論何種犯罪，皆以檢察官爲原告之當事人，故法律規定指揮執行，刑罰權，屬於檢察官；判決確定以後非由檢察機關發布執行命令，不得執行刑罰。古代制度，亦與今制相同。如周禮秋官鄉士遂士縣士均有『獄訟成，士師受中』之記載，則判決確定由士師之官執行也。

刑罰執行上所通用之規則，既如上述，而後進爲研究各刑之執行，分節述之如左：

第二節 生命刑之執行

第一款 生死刑執行之方法

死刑執行之方法，現今各國立法例各有不同，大略不外三種，卽斬、絞、鎗斃是也。法蘭西、德意志、瑞典諸國，採用斬刑；塞魯華脫、波利維亞、愛加特烏魯魁諸國，專用鎗斃；日本、英吉利、布加利亞、澳大利、匈牙利、英屬東印度、加拿大專用絞刑，我國現行新刑法專用絞刑，規定於第五十三條。古代如何臚舉如左：

(一) 斬 斬爲死刑執行方法之最早者，又稱爲殺。史記黃帝本紀『遂禽殺蚩尤』夏本紀『桀謂人曰：「吾悔不遂殺湯於夏臺，使至此。」』書康誥『誥以慎用刑殺』『乃不可殺』『無或刑人殺人』酒誥『予其殺』『同其殺』周禮秋官『其不信者殺』『以待刑殺』皆斬刑也。故殺爲當時斬刑之一種代名詞，可無疑義。

斬刑究施罪人身體之何部耶？史記載斬刑者爲蚩尤，然未有明文記載，惟魏人王象等所撰之皇覽載：『蚩尤冢在東平郡壽張縣闕鄉執中……肩髀冢在山陽郡鉅野縣重聚大小與闕冢等，傳言黃帝與蚩尤戰於涿鹿之野，黃帝殺之，身體異處，故別葬之。』則斬是斬首，明確可知。史記殷本紀云：

『周武王遂斬紂頭，懸之白旗，殺妲己。』

周本紀云：

『以黃鉞斬紂頭，懸太白之旗，已而至紂之嬖妾二女，皆自經自殺。武王又射三發，擊以劍，斬以玄鉞，懸其頭小白之旗。』

尸子云：

『武王親射惡來之口，親斫殷紂之頸。』（卷下）

墨子云：

『子墨子見齊大王曰：「今有刃於此，試之人頭，倅然斷之，可謂利乎？」大王曰：「利。」子墨

子曰：「多試之人頭，倅然斷之，可謂利乎？」大王曰：「利。」（魯問篇）

是斬爲斷首之刑，更無疑義。『懸之白旗』爲後世梟首示衆之濫觴。

黃鉞玄鉞，均爲斬刑之用具。古今注云：

『金鉞，黃鉞也；鐵鉞，玄鉞也。三代通用之以斷斬。』

鉞者何？廣雅云：「鉞斧也。」左傳昭公十五年云：「鉞鉞鬯」疏「鉞大而斧」大公六韜云「大

柯斧重八斤，一名天鉞」則鉞之爲物可知矣。

鄭康成周禮注云：『斬以鈇鉞，若今要斬也，殺以刀刃，若今棄市也……罪大者斬之，小者

殺之。』按周武斬首於頸，史記既有明文，而自情理度之，亦可確信無疑。鄭氏解斬施諸腰，與後世

腰斬刑同視。未知何據，如以「斬以鈇鉞」爲腰斬，則武王以黃鉞斬紂，以玄鉞斬妲己，未聞腰斬也。

古代斬刑又稱戮，如史記夏本紀「夏禹會諸侯於會稽，防風氏後至，禹戮之以徇」，如書湯誓「女不從誓言，予則孥戮女，無有攸赦」，孔叢子抗志篇「齊王戮其臣不辜」，戮又係爲斬刑之一種代名詞，可無疑義。惟新序言紂「作炮烙之刑，戮無辜」，（刺奢篇）又似戮爲生命刑之通稱，不必定以斬爲戮也。列子力命篇云：「子產執而戮之，俄而誅之。」則戮爲身體刑之一種，非能及死，死刑執行前準備之身體刑也。故誅者又斬刑之一種代名詞，史記殷本紀云：「武庚與管叔蔡叔作亂，成王命周公誅之。」當時之誅，含討伐之意，細釋之，誅者爲執行外敵及叛逆斬刑之名稱，卽「誅伐以討不庭」之意。

（二）炮烙 帝紂殘酷，乃重刑辟，制炮烙之具，史記殷本紀云：「百姓怨望，而諸侯有畔者，於是紂乃重辟刑，有炮烙之法。」

時在西歷紀元前一千一百五十一年也。竹書紀年云

『作炮烙之刑』（帝辛四年）

炮烙之構造若何？列女傳云：

『膏銅柱下，加之炭，令有罪者行焉，輒墮炭中，妲己笑，名炮烙。』

史記張守節索隱云：

『見蟻布銅升，足廢而死，於是爲銅烙，炊炭其中，使罪人步其上。』

淮南子云：

『殷紂爲炮烙，鑄銅柱。』（倣其訓）

是其構造如何，可以知也。迨後西伯姜里被囚，閔天獻貢，既獲宥赦，又獻洛西，炮烙以除，史記殷本

紀云：

『紂乃赦西伯，西伯出而獻洛西之地，以請除炮烙之刑，紂乃許之。』

時紂之十三年，西歷紀元前一千一百四十二年也。仲尼稱曰：

『仁哉文王！輕千里之國，而請解炮烙之刑。』（韓非子難三篇）

(三) 膊醢 亦紂之虐刑，竹書紀年云：

『十一年，始設脯醢之刑。』

當西歷紀元前一千一百四十年，史記殷本紀

『九侯有好女入之紂，九侯女不喜淫，紂殺之而醢九侯，鄂侯爭之彊，辨之疾，并脯鄂侯』

左傳成公二年

『春，齊侯代我北部，圍龍頃公之嬖人盧蒲就魁門焉，龍人囚之，齊侯易殺，吾與而盟，無入而對，弗聽殺而脯諸城上。』

春秋繁露云：

『殺梅伯以爲醢，』(王道)

周制爲處間諜罪之死刑，周官秋官掌戮云：

『掌斬殺賊諜而脯之。』

竹書紀年隱公元年『齊師殺子之醢其身。』

汲冢紀年『擒子之而醢其身。』

戰國時猶存此刑，如韓策云：

『其姊不避菹醢之誅。』

(四) 剖 剖開胸腹之死刑也。史紀殷本紀云

『剖孕婦而視其胎。』

『紂怒曰：「吾聞聖人心有七竅，」剖比干觀其心。』

亦有剖背者，如國策云：

『剖軀之背。』(宋衛策)

(五) 辜磔 王昭禹云：『辜以磔之，不全其體。』爲車裂支解之濫觴，亦死刑之慘酷者。周

制處殺死王親者之死刑，如周禮秋官云：

『殺王之親者辜之』

後世一無限制，則竊盜罪亦處辜磔刑。如韓非子載：

『荆南之地，麗水之中，生金，人多竊采金，采金之禁，得而輒辜磔於市，甚衆，壅離其水也，而人竊金不止。夫罪莫重辜磔於市。』（內儲說上）

（六）踣 斃也，爾雅釋言『斃踣也』註前覆也。鄭康成云：踣，僵尸也。周禮秋官云：『凡殺人者踣諸市。』

左傳載：

『子產使都鄙有章，上下有服，田有封洫，廬井有五，大之忠儉者從而與之，泰侈者因而斃之。』

杜注：『因其有罪而斃踣之。』（襄公三十年）

（七）磬 爲今日絞刑之濫觴。創自周代，周以前無明文記載，不得而稽。禮記文王世子云：『公族其有死罪，則磬於甸人。』

注縊之如縣樂器之磬也。

（八）焚 創自周制，實淵源於殷紂之炮烙，但炮烙係膏於銅柱並加以炭，焚係秆橐焚燒，是其區別耳。周制凡殺死尊親屬者處此刑。如周禮秋官云：

『凡殺其親者焚之。』

降洎春秋焚刑之執行，不限於殺死尊親屬。如左傳載：

『卻宛直而和國人說之。鄢將師爲右領，與費無極比而惡之，令尹子常賄而信讒，無極譖卻宛焉……遂令攻卻氏且爇之。』（杜注：爇，燒也。）令曰：『不爇卻氏，與之同辜。』或取一編管焉，或取一秉稭焉，國人投之，遂弗爇也。』（昭公二十七年）

（九）車裂 車裂爲刑之嚴酷者，在嚴刑時代，以爲人民多犯法，係刑罰寬輕之故，必須崇酷烈，以求至治。讀孔叢子對魏王篇，戰國時對於車裂刑之觀念可以瞭然，茲摘錄於左：

『齊王行車裂之刑，羣臣諍之，弗聽。子高見於齊王曰：『聞君行車裂之刑，無道之刑也，而君行之，臣竊以爲下吏之過也。』王曰：『寡人以民多犯法，爲法之輕也。』子高曰：『然，此誠君之盛意也。夫人含五常之性，有喜怒哀樂，喜怒哀樂無過其節，節過則毀於義，民多犯法，以法重無所措手足也。今天下攸攸，士無定處，有德則往，無德則去，欲規霸王之業，與衆大國爲難，而行酷刑以懼遠近，國內之民將叛，四方之士不至，此乃亡國之道，君之下吏不具以聞，徒恐』

逆主意以爲憂，不慮不諫之危亡，其所矜者小，所喪者大。故曰下吏之過也。臣觀之，又非徒不諍而已也，心知此事之爲不可，將有非議在後，則因曰君忿意實然，我諫諍必有龍逢比干之禍，是爲虛自居於忠正之地，而闡推君主使同於桀紂也。且夫爲人臣見非而不諍以陷主於危亡，罪之大者也，人主疾臣之弼己而惡之，資臣以箕子比干之忠，惑之大者也。」齊王曰：「謹聞命。」遂除車裂之法焉。」

車裂刑究始於何時耶？蓋春秋時有此刑。惟創自何人，則不得而知。如以『齊王行車裂之刑』爲車裂刑之作俑，未免武斷，惟春秋戰國之諸侯王以車裂刑爲重辟，可無疑義。國策楚策載：

「齊王大怒，車裂蘇秦於市。」秦策載：

「商君歸還，惠王車裂之，而秦人不憐。」

古代被處車裂刑，殆必甚衆，墨翟且用以處夷族之刑，如墨子載：

「歸敵者父母妻子同產皆車裂。」（號令篇）

（十）支解 解手足四支也，其酷與車裂相類，創自何時，無從稽考，惟晏子春秋載：

『景公使圉人養所愛馬，暴死，公怒，令人操刀解養馬者。是時晏子侍前，左右執刀而進，晏子止而問於公曰：「堯舜支解人從何軀始？」公瞿然曰：「從寡人始。」遂不支解。』（內篇諫上）據此則支解之刑，始於景公矣。大將如吳起，亦受此刑，如韓非子載：

『吳起之所以枝解於楚』（姦劫殺臣篇）

據以上所述，死刑執行之方法約有十種，殘酷互異，輕重懸殊，揆之法理，誠有大惑不解者；蓋死刑之特質，在剝奪其生命，使不再為社會害，非在剝奪生命之方法，生命一而方法十，於受刑者之生命，實無重輕。徒刑之分有期無期，罰金之分為多寡，其於自由及財產受刑者，顯然有價值可憑。斬、炮烙、膊醢、剖辜磔、踣、磬、焚、車裂、支解，則同一死也。焉有死後而尚知己之生命，被如何處分者哉？此古代威嚇之精神也。愚欲無言！

第二款 生命刑執行之場所

死刑執行之場所，古今均有二種主義，即公開與密行是也。現代各國如塞魯華脫、愛加特均專用公行；如日本、英、吉、利、澳、地、利、匈、牙、利、加、拿、大、布、加、利、亞、英、屬、東、印、度、德、意、志、瑞、典均專用密行；

如法蘭西波利維亞烏魯魁則無限制，或公開或密行。死刑公行，在古代肆諸市朝，與衆共棄之義，具有威嚇之精神。在輓近認爲一般警戒之方法，使不敢犯。然按之古來各國之實驗，非唯無懲肅效力，適養成國民殘忍之風，故近世用絞之國，無不密行，用斬之國如德意志瑞典，亦均密行，我國刑法第五十三條規定，亦用密行主義。古代如何？

原始時代，死刑爲公行，東西各國，殆皆一致。史記黃帝紀載：

『遂殺蚩尤』

索隱云：

『按皇甫謐云：「黃帝佐應龍殺蚩尤於凶黎之谷，或曰黃帝斬蚩尤於中冀，因名其地曰絕轡之野。』

是爲死刑陳諸原野，見於記載之始。

降洎夏殷死刑之執行，迨皆公開可無疑，惟夏之桀，殷之紂殘虐昏暴，刑罰隨地而施，或於宮中作笑樂，或於廟廷示威酷，此暴主之淫刑，非所語於法制也。

至周制死刑執行之公開，與祕密執行，均有詳細規定，分別述之如左：

（甲）公開執行 周禮秋官云：

『及刑殺告刑於王，奉而適朝士加明梏以適市而刑殺之。』（掌囚）

『凡殺人者踣諸市……刑盜於市凡罪之麗於法者亦如之。』（掌戮）

黃帝殺蚩尤於鉅鹿之野，周官有刑於市之制，故公開執行場所亦有二種，犯死罪之大者，於原野執行，小者於市朝執行，春秋時猶存此制，臧文仲曰：

『大者陳之原野，小者致之市朝。』（國語魯語）

（乙）隱密執行 周禮秋官小司寇云：

『凡王之同族，有罪不即市。』

然則王之同族處死刑者，當於何處執行耶？曰：

『唯王之同族與有爵者，殺之於甸師氏。』（秋官掌戮）

『凡有爵者與王之同族，奉而適甸師氏以待刑殺。』（秋官掌囚）

甸師爲天官之屬，周禮天官甸師云：

『甸師掌師其屬而耕耨王藉以時入之以共盥盛，祭祀共蕭茅，共野果脯之薦。喪事代王受皆裁，王之同姓有臯則死刑焉。帥其徒以薪蒸役外內饗之事。』

王之同族及有爵者死刑之執行，何以適甸師氏？周禮鄭鏗解云：

『適甸師氏者，蓋以甸師掌耕籍田，以事宗廟藏穀之所隱也。既適甸師則以待刑殺之官來於此，則刑殺之事，不枯而適市，乃所以隱之也。有爵者隱之，所以尊國體；王族亦隱之，所謂不與國人慮兄弟，此尊尊親親之道也。』

賈疏云：

『必在甸師氏者。甸師在疆場，多有屋舍，以爲隱處，就而隱焉。』

則當時死刑密行之旨可知矣。不惟有爵者及王之同族之死刑執行，不取公開主義，卽婦女亦採密行。如左傳云：

『婦人無刑，雖有刑不在市朝。』（襄公十九年）

以上所言係就斬殺之刑，至若磔則又何如？禮記有其明文如：

『公族其有死罪，則磔於甸人。』（文王世子）

夫大罪陳之原野，既行於軒轅，甸師氏係郊野之官，復著於周禮，地本同也，旨斯異焉，蓋前者取暴露於原野，梟首示衆之意；後者隱密執行所以表示貴貴親親之情，其間有別。

因政治上地位之關係，而異死刑執行之場所，其風實肇自周制，周以前無別貴賤，凡處死刑，均公開執行。如禮記云：

『刑人於市與衆棄之。』（王制）

孔穎達云：

『刑人於市與衆棄之者，亦謂殷法，謂貴賤皆刑於市；周則有爵者刑於甸師也。』則死刑執行之有公行密行之分，實肇自周制也。

軍事法係特別法與普通法不同，非本文範圍，不具論，惟周禮規定軍法之死刑執行場所亦用密行。茲特於此附加究考，聊備一格。尙書云：

『用命賞於祖，不用命戮於社。』

周禮秋官云：

『大軍旅涖戮於社。』（大司寇）

何謂爲社？獨斷云：

『天子之宗社曰泰社，天子所爲羣姓立法也。天子之社曰王社，一曰帝社，古者有命將行師必於此社授以政，尚書曰「用命賞於祖，不用命戮於社。」』

不惟王之同族與有爵者以及軍旅，卽田役斬殺亦均密行，如周禮秋官掌戮云：

『唯王之同族與有爵者，殺之於甸師氏，凡軍旅田役斬殺刑戮亦如之。』

第三款 生命刑執行之時期

斷者不可復續，死者不可復生。故死刑一經執行絕無回復性，審判定讞，分級審訊，集衆合議，再三考究，皆慎刑之意也。周禮秋官鄉士云：

『聽其獄訟，察其辭，辨其獄訟，異其死刑之罪，而要之甸而職聽於朝。司寇聽之，斷其獄，弊其

訟於朝，羣士司刑皆各麗其法以議獄訟。』

遂士云：

『聽其獄訟，察其辭，辨其獄訟，異其死刑之罪，而要之二旬而職聽於朝，司寇聽之斷其獄，弊其訟於朝，羣士司刑皆各麗其法以議獄訟。』

縣士云：

『而聽其獄訟，察其辭，辨其獄訟，異其死刑之罪，而要之三旬而職聽於朝。』

判決確定然後由士師擇日執行，故曰：

『獄訟成，士師受中，協日刑殺。』（鄉士）

『獄訟成，士師受中，協日就郊而刑殺各於其遂。』（遂士）

『獄訟成，士師受中，協日刑殺各就其縣。』（縣士）

鄭注：『協日刑殺，協合也，合也和合，支幹善日，若今時望後利日也。』賈疏云『若今時望後利日也者，月大則十六日爲望，月小則十五日爲望，利日卽合刑殺之日也。』是古代死刑判決確定後，

猶須至一定時期，始得執行，可無疑義。現行法則規定於第五十三條云：

『死刑非經法部覆准，不得執行。』

所謂覆准乃執行上之手續，司法部初無變更判決之權。凡咨報到部，由部覆准，即查照原判執行，惟有時應行救濟方法，如遇有赦免理由者則根據約法，呈請大總統宣告特赦或減刑；遇有法律上或事實上錯誤者，則根據訴訟法施行非常上告，見元年五月三十日司法部呈大總統文，法部覆准回報，限於三日內執行，又見於元年七月十一日司法部通令。刑事訴訟條例第四百九十條，亦明文規定，皆慎刑之意也。

第二節 身體刑之執行

身體刑執行之方法於身體刑之種類節分別臚舉，無贅述之必要，至其執行之場所，墨、荆、劓、剕，無特別明文規定，惟執行宮刑，須暗室蓄火，是謂蠶室，蓋以刑宮者畏風須煖，作暗室蓄火如蠶室，因以名焉。見漢書註

鞭刑爲後世廷杖之權輿，廷杖之執行於朝廷執行。古代鞭刑概稱官刑，其執行之場所，當與

廷杖相同，無用疑義。

身體刑執行後之處置，古代法律有詳細規定，已於自由刑章述之，茲不贅舉。

第三節 自由刑之執行

查刑法規定，除少數犯罪應處死刑或罰金外，而應處自由刑者，幾佔刑法百分之九十以上，故關於自由刑之執行問題，列爲專門科學之一部，即所謂監獄學是也。夫監獄爲執行自由刑之機關，監獄制度之良否，與刑法效果之良善，極有關係，近代各國均有監獄法規定，我國亦有其規。在古代亦早有監獄制度，留於第四編中述之，茲不先贅。

惟於此所宜研究者，爲流刑執行之場所問題。尙書舜典云：

『五流有宅，五宅三居，惟明克允。』

史記宅作度，如

『五流有度，五度三居，惟明克信。』（五帝本紀）

各人註解殊多分歧，書孔安國疏云：「五行之流，各有所居，五居之差，有三等之居，大罪四裔，次九

州，次千里之外。孔穎達云：五刑之流，各有所居處。五刑所居於三處居之，所以輕重得其宜，受罪無怨。」史記正義云：「謂度其遠近爲三等之居。」集解云：「謂在八議，君不忍刑，宥之以遠，五等之差，亦有三等之居，大罪投四裔，次九州之外，次中國之外，當明其罪，能使信服之。」孔氏以爲大罪居於四裔，次九州之外，次千里之外，當較可信，當時之例，已於刑罰之種類章自由刑節述之，不更贅舉。

第四節 財產刑之執行

現行法沒收之執行，刑事訴訟條例規定之，古代執行沒收之任務有司厲之官，已如前述矣。至罰金之執行，現行刑法規定於第五十五條，罰金於裁判確定後令一月以內完納，逾期不完納者，強制執行。其未完納者易科監禁。以一元以上三元以下折算一日；蓋以金錢之籌畫，須與以相當之期間，迨逾期不納，始分別其有無資力，有資力者則強制完納，無資力者則易科監禁，古代如何典籍雖無限定期間之記載，在當時事實，必有一定之期間，至逾期而不完納。有資力者則可依權力強制其完納；若無資力者，雖強制無如之何，自不得不易科與罰金多寡相當之刑。今日之法

制，財產刑祇可易科監禁，在古代財產刑之易科，不止自由刑，凡生命刑，身體刑，均可處置。蓋財產刑之原則，古今不同，其制度自然迥異，其詳於下節刑罰執行之易科中述之。

第五節 刑罰執行之易科

古今刑法刑罰法定，原不容擅易，惟執行有或種情形時，古今刑法皆有易科之規定。暫行律之規定有二：（甲）財產刑易科監禁，（乙）自由刑易科罰金。前者規定於第四十五條，後者規定於第四十四條。新刑法無自由刑易科罰金之規定，僅有易科監禁。古代如何考之於左：

第一款 易科罰金

自由刑易爲財產刑，向爲學者所不取，然事實上亦有窒礙，萬不能執行者；如外國船舶之水手，於碇泊地犯輕微之罪，拘役數日，遠行之艦，開行有定時，勢難久待，一旦啓碇歸航，則本船既失必需之水手，犯人又失歸航之便利，而所在國反因此增一飄零無業之異國游民。故最近學者亦主張此制。暫行律輯爲專例，以劑情法之平。但其限制甚嚴，既規定爲自由刑，則凡其他生命刑等之不易科罰金無疑矣；既云自由刑五等以下，則五等以上者不許易科罰金無疑矣；既云實有窒

礙，則若執行無窒礙者，不許易科罰金無疑也。古代何如乎？

在古代無論東西各國均採用一般贖罪制度，無論何罪，均可易科罰金。我國如呂刑規定凡五刑而疑者均聽金贖，各刑之金額均詳細規定。茲摘於左：

『墨辟疑赦，其罰百鍰，閱實其罪。劓辟疑赦，其罰惟倍，閱實其罪，剕辟疑赦，其罰倍差，閱實其罪。宮辟疑赦，其罰六百鍰，閱實其罪。大辟疑赦，其罰千鍰，閱實其罪。』考現行法各刑之規定，財產刑實爲刑罰中之最輕者。愚以爲我國古代，蓋亦如此。如舜典言各種刑名，金刑爲後，立法之意，不難推知。身體刑之鞭朴，爲帝舜時代刑法，次金刑之輕者，有如暫行律之於五等以下有期徒刑與拘役，朱熹解舜典之金刑，謂所以寬鞭朴，其墨劓剕宮大辟之五刑不能援用金贖。若五刑而許易科罰金，則有財者可以殺人傷人，縱富者雖因財以免於罪，難保被害者之子孫不爲復讐。國家之秩序必因之紛亂。果爾，則舜時易科罰金之制，與今日法理相同，實堪驚嘆！

第二款 財產刑之易科

罰金之執行，已於財產刑之執行節，略述之矣。現行刑法第五十五條易科監禁之規定，原本

於無資力者，不執行財產刑而設。其執行之場所，依本條第六項，監禁於監獄內附設之監禁所執行之。所謂『監禁所』，所以別於監獄，其待遇依監獄規則第十三條。準用被處拘役者之規定。罰金本爲刑罰中最輕之刑，故雖易科監禁，亦不得逾一年，此又爲本條第四項之規定也。誠以巨額之罰金而力不能納者，勢必至罰金其名而長期自由刑其實，有戾立法之本旨，故易科之期間，有所限制，以斬平衡。古代罰金制度，諸說紛紜，殊難論斷。若據朱子彙典金刑之解釋而言罰金制度原所寬鞭朴，則如無資力不能完納時，當易科鞭朴之刑，以斬有罪必罰之旨。此其說以暫行律衡之，不可謂非確當。若以呂刑之罰金制度而言，則大戾乎是。呂刑之罰金規定前已舉引，但如被罰者不服罰金，法官須加再審，不得裁判後直爲執行。如云：

『五罰不服，正於五過。』

賈疏『不服不應罰者，欲令贖罪而其人不服獄官，重加簡核，無服，疑似之狀，本情非罪，不可強遣出金，如是者則正之於五過，雖事涉疑，似有罪，乃是過失，過則可原，故從赦免，緣五罰爲過，故謂之五過，五者之過，皆可原也。』罰金之判決何由而有五過？呂刑云：

『五過之疵，惟官惟反，惟內，惟貨，惟來。』

五過之所病，或嘗同官位，或詐反囚辭，或內親用事，或行貨枉法，或舊相往來，皆病所在。（鄭註）現行民刑訴訟條例，凡關於官內來，均有法官迴避之規定。於反，貨有懲戒法。拙著中國古代訴訟法言之較詳，非本文範圍，不更縷舉。司法官再審，如發見五過，則得免其罰金之執行。若再審而未有五過，則須執行財產刑可無疑義。若無資力而完納，財產刑即不爲執行乎？無是理也。呂刑於此，雖無明文規定，以愚推之，凡罪之罰百鍰者，或易科墨刑，二百鍰者，易科劓刑，五百鍰者，易科剕刑，六百鍰者，易科宮刑，千鍰者，易科死刑。然如此易科，匪特背刑法科以罰金之本旨，抑亦大失其平衡，愚之此測，定未能中鵠，想當時亦必有易科之限制，但典籍無徵，不得而稽矣。

第四章 刑罰之消滅

刑罰消滅云者，國家基於法令上或事實上之原因，對於犯人之刑罰權，無從執行或不得請之謂也。故刑罰之消滅，得區分爲二，其一爲請求權之消滅，其一即執行權之消滅。是本章所述，則

注重於執行刑罰權之消滅。

刑罰消滅之原因，據現行法制，可略分爲五：（一）執行終了，（二）犯人死亡，（三）免赦。（四）時效經過，（五）緩刑期滿。古代如何乎？考之如左：

執行終了，爲刑罰消滅之一原因，其理至顯，無待說明。古代族罪制度，犯人雖已死亡，而其刑罰仍不歸消滅，於責任章中亦已述之，無再贅述之必要。時效經過，緩刑期滿二項，古代材料頗屬缺乏（禮記有緩刑之文其觀念與現代相同與否未敢武斷）均略而不論，茲就赦免一項述之。赦免者，國家元首以命令消滅執行刑罰權或請求刑罰權之謂也。我國臨時約法規定於第四十條大總統有大赦特赦，減刑免刑復權之特權，民國十二年十月十日公布憲法第八十七條規定大總統經最高法院之同意，得宣告免刑減刑之特權，但無大赦特赦之明文，茲不多議。就古代之法制言之。

甲特赦 特赦者對於特定犯罪人而消滅執行刑罰權之謂也。古代之特赦有特別之場合，書云。

『眚災肆赦』（舜典）

眚者過也，災者害也，過而有害當緩赦之。（傳）是則凡過失及不可抗力之犯罪行為均可赦免不受刑事處分。易云：

『雷雨作解，君子以赦過宥罪。』（解卦）

是古代對於過失罪，確行赦免，可無疑義。不寧唯是，則犯罪行為處於疑之場合者，亦得赦免。如書云：

『五刑之疑有赦，五罰之疑有赦，其審克之。』（呂刑）

蓋裁判官亦猶人審刑處刑，不能無誤。赦者，所以濟法律之窮，有不容已。

乙大赦 大赦云者，即對於某種類罪消滅執行刑罰權及請求刑罰權之謂也。若既經大赦則無論起訴與否或判決確定與否，根本上對於犯罪人均廢滅其訴追或裁判之大權。如民國元年三月十日赦令除真正人命強盜罪外，無論已發覺，未發覺，已結正未結正者，一律赦免，即其例也。由是以觀，可知大赦不獨對於確定判決或執行刑罰中之囚人，消滅其執行刑罰權，即尚未起

訴或審理中者，其請求刑罰權亦當然消滅，可無疑義。

帝舜之肆赦，是原因乎『眚災』大赦僅爲主權者之恩典，大赦之制，肇自何時乎？蓋非起自帝舜之時，而肇自春秋之世。春秋莊公二十二年云：

『春王正月肆大眚』

肆眚者，蕩滌瑕垢之稱也。書曰：『眚災肆赦』，易云：『君子以赦過宥罪』，均未聞『肆大眚』也，故後世大赦之原，蓋始於此。

刑法之有赦免之制，中外所同。然古今學者，多有非議。春秋之管子，戰國之韓非商鞅，攻擊尤烈。管子之言曰：

『民無大過，上毋赦也。上赦小過，則民多重罪，積之所生也。故曰赦出則民不敬，惠行則過日益，惠加赦於民，而囹圄雖實，殺戮雖繁，姦不勝矣。故曰邪莫如蚤禁之，赦過遺善則民不勵，有過不赦，有善不遺，勵民之道，於此乎用之矣。』（管子法篇）

『凡赦者，小利而大害者也，故久而不勝其禍。毋赦者，小害而大利者也，故久而不勝其福。故

赦者犇馬之委轡，毋赦者瘞睢之礦石也。』（同上）

『殺不辜而赦有罪，則國不免於賊臣矣。』（權修篇）

先秦以前，大赦祇有二次。降洎後世，大赦之多，不遑枚舉矣。盡至一君主而行數次大赦，登位有赦，死葬有赦，災異有赦，壽慶有赦，誕生有赦，或至一歲而行數赦。古諺古語云：

『一歲數赦，好兒暗啞，』

故多行肆赦，確非善道，大學衍義補有『慎眚災之赦』之明文。亢倉子亦云：

『史刑曰：「眚災肆赦」赦不欲數，赦數則惡者得計，平人生心而賢良否塞矣。』（政道篇）

傅子亦言：

『若親貴犯罪，大者必議，小者必赦，是縱封豕於境內，放長蛇於左右也。』（傅子）

誠不可不加之謹慎也。十八世紀學者猶詆赦免爲君主專制之弊法，法國一千七百九十一年刑法嘗廢赦制，及於一千八百零一年又復採用，在現代各國法制多有規定，是則赦免在法理上固自有存在之價值，吾人又無庸其疑義者也。

第四編 監獄

第一章 總說

獄制者與刑法有形影相伴表裏相對之關係。故獄制之沿革，與法律之歷史，其發達之步武相同，此事勢之所當然也。民衆相聚，結爲團體，熙來攘往，人性不殊，利慾相同，紛爭以至，國家爲秩序安寧計，必有法令，干犯乎法令，不可無以禁治之。此刑罰之所以必要，夫人而知矣。既已有刑罰，則對於犯罪刑事上或爲審問，或爲管束，或加以教誨，或加以懲戒，或對於犯罪者一時審判之結局，欲達施刑之目的，將犯人之身體，於幾何時間拘收而禁治之，自必有一定之場所。故監獄者，所以拘束人民自由行動所指定之一種建築物。而監獄與刑法有形影相伴表裏相對之雅，此我國監獄思想所以同見於舜典。監獄之構造內容，雖未可得而詳，而監獄已有設備，要可推想而知。周與定監獄之制，其主義精神已形完善，爰分章論述焉。

第二章 監獄之名稱

先秦時代監獄，除有一定設備之建築物外，或以宮殿，或於朝廷，或以樓臺，或於轅宮，至無一定也。考監獄用語之由來，歐洲如羅馬瑞典等，其字義皆爲捕擒人畜，或繫留之文辭轉化而來。我國監獄通稱囹圄，蔡邕云：「囹圄，牢也，說文獄也從口。牢之字義，本爲閑養牛馬之圈，東西殆同其轍。茲將監獄之名稱，及其性質相同而類似者，並考於左：

一 士 《皋陶汝作士，」舜典 獨斷：「四代獄之別名，唐虞曰士官。」

二 理 《皋陶爲理，」史記帝舜紀，獨斷四代獄之別名，「史記曰皋陶爲理。」

三 犴獄 路史後紀「虞帝求旃以爲士師，繇一振褐而不仁遠，乃立犴獄。」

四 鈞臺 又名夏臺 竹書紀年帝癸「二十二年商侯履來朝，命囚履于夏臺」史記夏

本紀「桀謂人曰：『吾悔不遂殺湯于夏臺，使至此。』」禮記正義「焦喬曰：『夏曰均臺。』」獨

斷言四代獄之別名，「夏曰均臺。」續博物志「夏曰夏臺」水經注「夏曰夏臺。」

五 姜里

史記殷本紀『西伯昌聞之竊嘆。崇侯虎知之，以告紂。紂囚西伯姜里。』

竹書紀

年帝辛『二十三年囚西伯于姜里』通鑑前編『十有一祀……囚西伯于姜里』

水經

注：『殷曰姜里』續博物志『商曰姜里』

六 靈臺

竹書紀年文丁『四十年周作靈臺』

左傳載『春秦伯獲晉侯以歸，乃舍諸靈

臺。』僖公二十五年 杜注『在京北杜縣周之故臺也』

淮南子云

『紂拘文王，文王

歸，乃爲玉門靈臺。紂聞之曰：『周伯昌改道易行，吾無憂矣。』（道應訓篇）

七 犴

係鄉亭之繫者。

詩『哀我填寡，宜岸宜獄。』（小雅小宛）

毛注：『岸亦獄也，韓詩

作犴鄉亭之繫曰犴。』

八 獄

詩『哀我填寡，宜岸宜獄』（小雅小宛）注：『朝廷曰獄』

能書錄『秦獄吏程

邈善大篆得罪始皇囚於雲陽獄』

史記李斯傳『仰天而嘆曰：嗟乎！悲夫！不道之君，何可

爲計哉！從獄中上書。』

九 圜土

夏帝芬『三十六年作圜土』竹書紀年

周成王設圜土之制。見周禮

鄭康成

云：「園土，獄域也。」禮記焦喬注「周曰園土。」

十 囹圄

獨斷「周曰囹圄」

續博物志「周曰囹圄」

焦喬云：「秦曰囹圄」

管子

云：「善爲政者，倉廩實而囹圄空；不能爲政者，廩倉虛而囹圄實。」（五輔篇）晏子春秋云：景公藉重而獄多，拘者滿囹。」（諫下篇）諸如此類，不勝枚舉。

十一 嘉石

周禮秋官大司寇「凡萬民之有罪過而未麗於法而害於州里者，桎梏而坐諸

嘉石。」

十二 叢棘

易坎卦「上六，係用徽纆，寘於叢棘，三歲不得凶。」莆陽張氏云：「坎爲刑獄，荀

九家易坎爲叢棘。」

傳云：「叢棘若今之棘寺。」

據上所舉，古代監獄名稱之淆雜，可以概見。獨斷以土理均爲四代獄之別名，尤未足徵信，雖

然，獄名之複雜，在漢猶然，茲舉其證。如（一）中部官獄

宣帝本紀徐氏曰按後漢百官志考武

以卜置中都官獄二十六所各令長名。（二）廷尉詔獄

周勃傳詣廷尉詔獄（三）上林詔獄

成帝本紀罷上林詔獄師古曰漢舊儀云上林詔獄主治苑中禽獸官館事。（四）郡邸獄 宣

帝本紀曾孫坐收郡邸獄。注云：漢舊儀郡邸獄治天下郡國上計者。（五）掖庭詔獄。劉輔繫掖庭詔獄；三輔黃圖云：武帝改永巷爲掖庭置獄焉。（六）共工獄。劉輔傳徙繫共工獄。注考工也。

（七）保宮。李陵母繫保宮（八）請室。袁盎傳絳侯反繫請室。注獄也。（九）暴室。宣帝本紀注云：暴室，宮人獄。（十）若盧詔獄。王商詣若盧詔獄（十一）都司空獄。寶嬰劾繫都司空。又伍被傳爲左右都司空詔獄書。（十二）居室。灌夫傳劾夫繫居室。注云：後改爲保宮。（十三）內官。東方朔傳昭平君繫內官，又如張湯傳廷尉謁居弟繫導官。師古曰：導，擇也。以主擇米故曰導官。時或以諸獄皆滿，故權寄在此署繫之，非本獄所在。先秦時代亦有囚諸樓臺者，如左傳「邾子又無道，吳子使太宰子餘討之，囚諸樓臺，拊之以棘。」（哀公八年）囚於內宮者如史記始皇本紀：「公子將闕昆弟三人囚於內宮，議其罪獨後。」（二世元年）至於囚於轅者，（左傳莊公三十年）囚於深室者，（左傳僖公二十八年）具於左傳載之，不一證引。

第二章 監獄之種類

監獄依附刑制而進行，刑之種類，既有監禁，拘役之不同。從法律上論之，不可不就其各種刑罰，而異其監獄以執行之。先秦以前，監獄之名稱，如前章所述。然其可確認為監獄者，究其種類，除『嘉石』『圜土』『犴』『獄』外，尚有疑義。茲就四者，述之於左：

一、圜土 秋官大司寇云：『以圜土聚教罷民，非害人者置之圜土。』凡因過失罪犯而已麗於法者，置之圜土。

二、嘉石 秋官大司寇云：『凡萬民之有罪過，而未麗於法，而害於州里，桎梏而坐諸嘉石。』係罪犯之輕微，而未麗於法者，坐諸嘉石。

疏云：先鄭以坐嘉石與入圜土二者為一，其義不通，故後鄭不從。按司寇職及司救職皆上論嘉石之罪民。下別云圜土之罪民，分明兩罪不同，故後鄭謂圜土所收教者，過失害人，已麗於法者，與嘉石之罪民有別。

三、犴 同岸，係鄉亭之監獄。詩『宜岸宜獄。』

四、獄 在朝廷者曰獄。詩『宜岸宜獄。』註「朝廷曰獄」但能書錄載始皇囚程邈於雲

陽獄，則當時郡縣均已有監獄之設備。

第四章 監獄之構造

監獄構造之形狀，種類不一。近時稱為適當之建築物。即為十字形，星狀形，及扇面形之三種。周代監獄其名曰圜土。按圜之為義，集韻「與圓通」說文「天體也全也周也」故其形圓。釋名「又謂之圜土，築其表牆其形圓也」（釋宮室）其狀若斗運，春秋元命苞「為獄圓者象斗運還合。」宋均注「作獄圓者象斗運。」

夏商之監獄，其構造之形狀若何，在先秦典籍，不得而考。惟後世之水經注云：

「夏曰夏臺，殷曰羑里，周曰囹圄，皆圜土也。」續博物志亦云：

「夏曰夏臺，殷曰羑里，周曰囹圄，皆圜土也。」是夏之鈞臺，商之羑里，其構造形狀，均與周代圜土相同，可知也。

顧監獄之構造，須適合相當之監禁制度。近世因各種之監禁制度之不同，而監獄之構造，亦

異其形狀。蓋適合於分房制者，每不適於雜居制；適合於雜居制者，又每不適於折衷，或階級制。利害不同，構造斯異。分房制階級等制，在近世尙屬幼稚，何能苛責於先秦。雜居制爲自由刑執行最古之方法，使多數之罪囚，起臥同一監房，就役於同一工場，無論男女之別，罪質之異，以及犯數職業之不同，年齡強弱之差殊，率亂暴狼籍，混同雜居。此種制度，卽在今日尙居最多數也。

左傳載：

「十二月，卻犇與長魚矯爭田，執而梏之，與其父母妻子同一轅。」

關於此種記載，雖不可多得，而先秦時代自由刑之執行，普通爲雜居制，則愚敢斷定。

監獄構造狀取圓形，適構雜居制無疑矣。秋官大司寇以圓土聚教罷民，而施職事。其教誨勞役場所，有無分別規定，記載無存，不可深考。

至分房制度，亦似有痕跡可尋。太公金匱云：

「桀怒湯，以諛臣趙梁計，召而囚之，鈞臺置之重泉。」

楚辭天問云：

『湯出重泉夫何辜尤不勝心伐帝誰使挑之。』

國語趙策云：

『文王聞之喟然而嘆，故拘之於牖里之庫。』重泉當在夏臺之中，庫當在牖里之內，自無疑義。重泉也，庫也，均爲監獄內房室之名稱，雖未敢斷定，當亦略近之矣。

獨斷論四代獄之別名，并唐虞之「士」「理」與囹圄夏臺同一種類，則屬真確，其構造如何，靡得而知。至如具有監禁之性質，如深室，叢棘，樓臺，轅等，僅可想像，靡得而證焉。

第五章 給養

給養者，卽關於衣食居處之謂也。囚人何以必予給養。蓋國家依國權之作用，既取人民於社會之中，實諸園土之內。則已與社會隔離，倘不給養，必困於饑寒，慘死獄內。國家刑罰未加，其人之生氣已絕，或罪犯尙未判決，其囚之呼吸已無，無辜罹害，慘虐已極。此豈國家刑罰之本旨耶？論者以爲國家可許囚人之自備。若然，則富者珠履來遊，過潭制鎖，鐘乳珊瑚，玲琅滿室，玉屑烹羹，臘薪

飴釜，又奚足以肅紀律而副乎臨獄行刑之本旨哉？貧者無論矣。故時無古今，監獄均有給養之規定。現行監獄規則第五十二條規定：『對於在監者，須斟酌其體質年齡勞役及地方氣候等項，給與必要之飲食衣類及其他用具。』其規定可謂周密。蓋雖有給養，倘不得其宜，仍不免傷害囚人之健康。給養不周，積日既久，則疾病叢生，至於死亡，又奚足以副周禮秋官司圜

『凡圜土之刑人也不虧體』

之主旨耶？賈公彥注云：『刑人不虧體，對五刑虧體者也。』蓋若因給養不宜，而致疾病死亡者，是使自由刑變為生命刑身體刑也。古今法理，實屬一致。

此外尚有佐證，為周禮所明文規定者，如秋官司圜云：

『其罰人也，不虧財。』

賈疏「其罰人不虧財，對五刑疑出金為罰虧財者也。」故既屬囚徒，應予給養，不當更命其自辦，以虧其財。不然，是使自由刑又變為財產刑，有悖監獄行刑之本旨。古今法制，無有差異。凡此二則，至理法規。愚謂今世之監獄，對於不虧體不虧財之旨，尤當大書於壁，使一般獄吏知所警惕，亦未

是非一整肅監獄風紀之道也。

禮記月令云：

『挺重囚，益其食。』（仲夏之月）

孔穎達云：「益其食，皇謂增益囚之飯食，義當然。」張處云：「恐以庾死，助長長也。」方慤云：「挺其囚猶在所繫，故益其食也。」仲夏之月，驕陽肆虐，亢熱如焚，雖屬重罪，亦恐病殞。故於是時挺而拔出於清涼之地，並加以飲食之味。實斬合於現行監獄規則第二八條之規定，精細且過之。

既有益食之制度，則平時之給與，毫無可疑，無待詞費。各國對於監囚賞譽有增加食菜者。我國監獄規則第八十條第三款，亦有明文規定，與禮記益食相同。惟其目的差異。中國古代是否對於監囚賞譽，增給菜品，典籍無徵，不得而考。惟有以非人類之食品，而給與監囚者，如殷紂昏殘，以人羹給與囚食，是其適例。如帝王世紀載：

『囚文王文王之長子伯邑考質於殷爲紂御紂烹爲羹賜文王曰「聖人當不食其子羹」文王食之』

可謂慘惡極矣！

在監者禁用煙酒，現行監獄規則第五十三條有明文規定。煙酒有刺激性，在監者而吸煙飲酒，實有背於紀律，及教養之義；禁之實至當也。惟歐美各國監獄有一定之時，如國慶日祭日，有特定之人，如被告人，及服重役，或受賞遇者，許其飲酒吸煙。學者猶多訾議之。我國監獄規則亦不採例外規定。於供醫藥之用者，雖無明文規定，自事實上推想之，當不在此限制。古代亦然。茲摘當時事實如左，而推究當時之法制。左傳載：

『陳逆殺人逢之遂執以入，陳氏方睦，使疾而遺之潘沐，備酒肉焉。饗守囚者，醉而殺之而逃。』

（哀公十四年）

杜注：「使詐囚內潘沐，并得酒肉。潘米汁可以沐頭。」則因以供醫藥用之例外，而釀成劫獄鉅案也。欲飲酒必先詐病，則囚之不病者，當不能飲酒，從可知矣。

現行監獄規則第五十四條第一項規定云：「在獄者給與灰色獄衣。」故獄衣之有定色，古今所相同。獄衣必有定式者，在今日之觀念，以紀律上，教養上，經濟與夫管理上便利爲目的。在古

代以預防逃走，或藉示羞辱爲其精神。故衣色各有不同，良無疑義。而禁止監囚冠飾者，固無有異也。周禮秋官司園云：

『司園掌收教罷民，凡害人者弗使冠飾。』

此周世監獄規則之明文也。不准冠飾，而有墨幪。鄭康成周禮注云：

『弗使冠飾著墨幪』

則當時之獄帽採黑色。獄衣則如何？曰赭色。前漢書刑法志云：

『赭衣塞路』

荀子云：

『殺赭衣而不準』（正論篇）

以赤土染衣，故曰赭衣。（注）獄衣之制，實淵源五帝之繪象。孝經緯云：

『五帝畫象，三王肉刑。畫象者，上罪墨幪，赭衣，雜履。中罪赭衣，雜履。下罪雜履而已。』

畫象爲名譽之一種，異其衣服冠履，使不互於村伍也。古代獄衣之制，既根據此種觀念而來，

於預防逃走之外，實兼有藉示羞辱之目的。現代獄衣之顏色不尙鮮異，採用灰色。古今觀念既各不同，斯其顏色亦因而互異也。

監獄規則第五十五條規定云：『監房及其他在監者之處所於極寒時，得設暖房。但設備暖房之時間，由監獄長官定之。』我國古代於炎熱之候，『既有挺囚益食』之制度，爲禮記所規定者。而於冬寒之季，瀏覽諸書，殆無其載。自法理上推斷，古代於炎夏既有辦法，於寒冬亦必定有其規制。其文典散佚歟？抑實無其制歟？是不得而考矣。

囚人既由國家斟酌其體質，年齡，地方氣候，而給予飲食衣物，自不准自由購買與享用。蓋所以保全紀律與教育之本旨也。然亦有例外，如監獄規則第五十四條之規定：『除一定獄衣外，所有衣被苟無礙於紀律及衛生者，得許在監者自備。』德國監獄法第二十九條之規定，許囚人以工錢之一部分，購求常食外之飲食物。第三十條之規定，處城塞禁錮拘留者，基於監內管理規則之規定，有以自費支辦食料之權利。是均許囚人自辦物件之明證。我國古代於此，雖無明文，必有其制，毫無容疑也。又德國監獄法第三十一條第二項規定，對於有公權之禁錮囚，典獄有許可其

自辦衣服臥具之事。本條規定，揆諸我國古代事實，頗屬斬合，如左傳載：

『晉人執衛侯歸之于京師，寘諸深室。寧子職納橐籥焉。』（僖公二十八年）

杜預註：「寧俞以君在幽隘，故親以衣食爲己職。橐衣囊，籥樂也。」衛侯爲晉囚，一切自由，率被剝奪。晉以其爲衛國之君，留其侍臣，以奉衣食。揆諸德國監獄法第三十一條第二項之規定，又豈有間耶？而孔穎達疏謂寧俞親已衣食爲己職者，慮君飢渴，且防酖毒也。竊謂不然，今衛侯既爲圜土之囚，生之殺之，惟晉所欲，寧俞奚能爲力。所以許其自辦，留其侍臣者，蓋不外「侯」之關係焉耳。

第六章 勞役

關於中國古代監獄勞役之規定，於第三編第二章第一節第三項，略已舉之。茲再加以究考。考周禮秋官大司寇規定：

「以圜土聚教罷民，凡害人者，寘之圜土，而施職事。」

鄭注：「施職事以所能役使之。」賈疏：「罷謂困極罷弊。此圜土被囚而役是不愆作勞之民，有似

罷弊之人也。」秋官司圖亦規定。

『任之以事。』

鄭注「任之以事，若今時罰作。」則以罷民傲惰放僻，厭其職業，陷於貧窮，貧窮之結果，卽爲犯罪間接直接之大原因。故秋官大司寇司圖均明文規定，科監囚以勞役，以期化放縱游惰之惡人，使復歸於誠實勤勉良民之旨趣。其主義與罪隸之苦役（奴辱主義）城旦之輸邊（經濟主義）不同，實與近世所採之勞動主義，作業主義，脗合無閒，真得行刑之真諦矣。

查監獄規則規定服勞役者，須斟酌其年齡，罪質，刑期，身分，技能，職業及將來之生計，體力之強弱科之。（第三十五條）故少者老者不可科以重役，短期囚不可課以學習須長時間之作業，長期囚不可課以簡單易習之作業，文人官吏不可課以搬運營繕之業，愚鈍者不可課以精細之役，如有素習職業者不可科以他種職役，衰弱者不宜任以重役，廢疾者不可任以搬運，舉其數例，他可類推。至如勞役之時間，定諸第三十八條。（在監者每日勞役時間於七小時以上十小時以下之範圍內斟酌時令地方情形監獄構造及勞役種類定之教誨教育接見詢問診察及運動所

需時間得算入勞役時間）勞役之科程，定諸第三十九條。（對於服勞役者應定相當科程各種勞役科程以前條勞役時間及普通一人平均工作分量爲標準均一定之）免役之期日，定諸第四十條。（一）國慶日（二）紀念日（三）十二月末一日（四）一月一日至三日（五）星期日午後（六）祖父母父母喪七日（七）其他認爲必要時）凡此種種，古代監獄有無規定，典籍無徵，不可考矣。

勞役所得之收入，究如何歸屬，此重要之問題，不可不亟爲研究也。考各國獄制之所定，大別有三種。其一概歸國庫。其二分歸國庫及就業者。其三由監獄官吏保護事業及就業者三分之一。採第一種者，如德英奧是。第二種者，如法比及日本舊獄制。第三種者，如瑞典是。我國監獄規則第四十二條規定，因勞役所得之收入概歸國庫，與德英奧所採法制從同。古代於此，雖無明文，究亦與現行例相同，毋用疑義。然現行例雖認爲概歸國庫，亦每每對於囚人酌給賞與金，蓋所以使囚人於服役之時，得資慰藉，放免之後，儲以營生，固策之得也。故監獄規則第四十三條有服勞役者，得斟酌其行狀罪質成績等，分別給與賞金之規定。古代有無此種規定，籍無明文，不得而考。

在監者除法定工作外，得自由工作與否，監獄規則無明文規定。想若無礙於監獄紀律者，定所不禁。古代法制，蓋亦如是。如文王被囚羑里七年而演周易。程邈囚於雲陽獄，增減大篆體，去其繁複。（見能書錄）如李斯從獄中上書。（見史記李斯傳）均其適例也。

第七章 教誨

按監獄規則第四十八條爲教誨之規定；第四十九條爲教育之規定。教誨在教化德性爲精神上之修養；教育在啓發理性爲智能上之訓練，二者之區別，如斯而已。德育與智育關係密切，不可偏廢。故近代監獄法於二者均垂有明文。而我國古代之監獄，則偏重德育。故茲章爲教誨，不曰教育。

周禮秋官大司寇云；

『以圜土聚教罷民』

鄭康成注聚教罷民，其中困苦以教之爲善也。鄭鏐注天之體圓，而大德曰生。獄城圓，主於仁而已。

民爲不善有致死之道，聖人之心，常欲生之。又云變惡爲善，殆不旋踵。秋官司圜亦有明文。如

『掌收教罷民』

劉執中云：俾民改情而復性，然後舍之，爲教亦大矣。故曰收教。是古代之監獄，原以教誨爲目的，以感化爲精神，與近世最新學說殆無不相同也。

查德國監獄法第三十三條之規定，即懲治場、地方監獄、及幼年監，須以日曜日及祭日使囚人爲祈禱且聽說教。但有特別事情時，典獄不使囚人與於教誨者有之，但不能強制囚參與其宗旨外之教誨。且不可禁止囚人從其同宗旨之僧侶受勸化。我國監獄規則第四十八條之規定，即在監者一律施教誨，其辦法如何？規則無明文規定。古代監獄關於教誨之事實，典籍亦無徵，未敢妄斷。

然周禮秋官大司寇有

『凡害人者，寘之圜土……以明刑恥之。』

之明文。鄭康成注明刑書其罪惡於大方版，著其背。秋官司圜亦有

『而加明刑焉』

之明文。鄭鑄注明書其罪於背，所以告人使知其以是罪而至於如此也。實爲後世囚名記錄，罪質記錄，及宣布罪狀之濫觴。在當時原以明書其罪狀，與衆共知，使知恥自新之意。倘亦當時所認爲教誨之一方法歟？

第八章 衛生及醫治

監獄之衛生及醫治，監獄規則規定於第八章，自第五十七條迄第六十六條。或以在監者而爲其講求衛生及醫治之道，失諸優渥，殊不謂平。不知監獄生活，不能自由，倘不講求衛生則死亡必衆，學者有謂不衛生之監獄，爲無形之斷頭臺，則揆之監獄之本旨，又豈容合耶？故監獄實有衛生之必要。

監獄衛生在我國古代亦定有法規，禮記月令所言

『仲夏之月，挺重囚，益其食。』

亦當時對於在監者衛生之一端。至在監者若罹疾病，監獄規則之所規定：重者收入病室；（第六十條）罹激性傳染病時，與他在監者嚴離隔；（第六十條）病者所用物品次消毒後方可給與他在監者使用；（第六十二條）病重者經監獄長官許可，得自費招請醫生治療；（第二十四條）因特種疾病醫士請以該種專門醫生補助時得許之。（第六十五條）古代禮記月令垂有明文，如：

孟秋之月，命理瞻傷，察創視折。

是豈非醫治之道耶？

第九章 刑具

本章首當述明者，所述各種刑罰，不必盡屬先秦時代於監獄之內執行。周禮掌囚定各種刑罰之等級，而賈公彥謂古者五刑不入園土，故周禮掌囚別於司圜；是各種刑罰不必盡屬監獄執行明矣。對於何時何地可用，亦無一定。愚之所以殿諸本編者，以本章與監獄較多關係耳。又本章

之所謂刑具者，僅屬自由刑之執行，他若生命刑之斧鉞，刀鋸；身體刑之鉗答鞭扑，片斷緒餘均已見刑罰編中，均略而不論。

夫監獄收容多數罪犯，良莠麇集，品類不殊，即不能無犯秩序者；或因其罪犯本重應科特別戒備，故不能無戒備之方法。施行戒備之手段如何，則愚所亟爲討論之刑具。刑具之施行，視犯罪之狀況與犯者之性質而定。近時各國對於罪犯重者加以鐵鎖足錠鈹之類，德國有名覆面者，係以硬物罩於臉上，施於囚人之性格不良，或恐其逃走，如逃走則呼吸不通，又能及死，甚爲危險，今雖早已改良其方法矣。日本前有十字枷，將囚綁於架上，嗣改一椅，如乘轎，然有木槓以架之，使身體不能活動，即懲榻也。我國刑具最早爲三木、桎、梏、拳是也。考桎梏之刑，書無載，究始於何時，不可深考。惟六經言桎梏者，始於周易蒙卦

『初六發蒙利用刑人用說桎梏以徑吞』

殷紂不道，作桎數千，諸侯之不諂己者，杖而桎之，聖德如文王被桎梏於羑里至七年之久。

新書言：

『紂正桎數十，睨諸侯之不諂者，杖而桎之。文王桎桎於羑里七年而後得免。』（君道篇）
羑里，殷獄也，是罪囚在獄加以桎桎見諸記載之始，謂罪囚於監獄內桎桎始於殷紂，雖未敢武斷，而殷紂以前，典籍殆無可考。周官詳定桎桎之制，輕重如何，均有規定。欲明此問題，必先研究三木各施於人軀之何部。昔儒於此解釋不一，舉之如左：

鄭康成云：

『桎者兩手共一木也。』

劉敞云：

『在頸曰桎。春秋傳以弓桎華弱於朝。易曰童牛之桎。』

王安石云：

『桎在脰，桎在足，桎在手。左傳以弓桎華弱於朝，則桎在脰明矣。』

鄭康成云：

『桎桎者，兩手各一木也。在手曰桎，在足曰桎。』

漢書韋昭音拱云：

『兩手共一木曰拳，兩手各一木曰桎。』

孔穎達云：

『先鄭云拳者兩手共一木也者，於義是以其拳字共下著手，又與桎共文，故知兩手共一木，以與桎同在手則不可。故後鄭不從，而謂在手曰桎，在足曰桎，此無正文以先言桎後言桎，故知義然。若然中罪先言拳，後言桎者，便文不據先後也。』

愚按一木曰桎，說文云：『足械也。』徐氏云：『桎之言躓也，躓礙之也，械在足曰桎。』爾雅云：『械謂之桎。』鄭康成云：『木在足曰桎。』王安石云：『桎在足。』孔穎達云：『在足曰桎。』諸儒均謂係桎足械，可以無疑。二木曰桎，說文云：『手械也。』鄭康成云：『在手曰桎。』而王安石劉敞均謂桎在頸，且引左傳記載爲證。孰非孰是，未敢武斷。但後世則認桎係手械。三木曰拳，說文云：『兩手同械也。』鄭元云：『拳者共一木也。』王安石云：『拳在手。』韋昭云：『兩手共一木曰拳。』拳係兩手同械之刑具，諸儒所說均同，毫無疑義。三木之施既明，則當進而研究其輕重。周禮秋官

掌囚云：

『掌囚掌守盜賊，凡囚者上罪桎梏而桎，中罪桎梏，下罪桎。』

刑有三木之殊，罪有輕重之別，故三木或備或不備，均有明文規定。罪之重者桎梏桎梏三木皆全，罪之次者，具二木桎梏是也，罪之輕者，僅具一木，桎其手也。惟王之同族及有爵者，不在此例，縱屬重罪，或桎或桎，祇具一木而已。桎又較桎爲輕，如秋官掌囚之規定：

『王之同族桎，有爵者桎。』

凡罪刑未審理及已經審理而判決以前，三木之施，均不可去，以待審判，故曰：

『掌囚掌守盜賊，凡囚者上罪桎梏而桎，中罪桎梏，下罪桎。王之同族桎，有爵者桎，以待弊罪。』

賈公彥疏謂：『云待弊罪者，禁而待斷之也。』則凡死刑之執行雖在囚時不具桎者均加具之，以書其姓名及罪狀於桎，使衆共知，故桎又爲當時宣布罪狀之用，秋官掌囚云：

『及刑殺告刑於王，奉而適朝士，加明桎以適市而刑殺之。』

鄭康成云：『鄉士加明桎者，謂書其姓名及其罪於桎而著之也。囚時雖無桎者，至於刑殺皆設之。』

以適市就罪也。』禮記月令於具梏去梏明文規定如左：

『仲春之月，命有司省囹圄，去桎梏。』

『孟秋之月，命有司修法制，繕囹圄，具桎梏。』

呂氏春秋仲春紀亦云：

『是月也……命有司省囹圄，去桎梏無肆掠。』

左傳所載具桎梏者，有如后舉：

（一）因諫而梏者，如莊公三十年載：

『夏，四月，楚公子元歸自伐鄭而處王宮，鬬師諫則執而梏之。』

（二）因爭田而梏者，如莊公三十年載：

『十二月，卻犇與長魚矯爭田，執而梏之，與其父母妻子同一轅。』

（三）因押謗而梏者，如襄公六年載：

『春，宋華弱與桀轡少相押，長相優，又相謗也，子蕩怒以弓梏華弱於朝。』

三木之外，有繫縛罪囚之繩索，周易坎卦云：

『上六，徽纆寘於叢棘。』

爲罪囚繫縛見於記載之始。孔穎達「所以被繫用其徽纆之繩」程頤云：「如繫縛之以徽纆」愚按徽纆係繩索之屬。玉篇「徽，大索也。」博雅「纆，繩索也。」玉篇亦作纆。說文云：「三股曰徽，兩股曰纆，皆索名。」無疑義矣。禮記月令孟夏之月，則：

「斷薄刑，決小罪，出輕繫。」

呂氏春秋孟夏紀

『麥秋至斷薄刑決小臯，出輕繫』

荀子云：

『俄則束乎有司』（非相篇）

楊倞註：犯刑法爲有司所束縛也。韓非子云：

『或在囹圄縲紲纏索之中。』（說疑篇）

史記李斯傳云

『二世以李斯屬郎中令趙高案治，李斯拘執束縛居圜圜中。』

呂氏春秋載：

『韓氏城新城期十五日而成，段喬爲司空。有一縣後二日，段喬執其吏而囚之。囚者之子走告封人子高曰：「惟先生能活臣父之死，願委之先生。」封人子高曰：「諾。」乃見段喬……封人子高出。段喬使人夜解其吏之束縛也而出之。』（開春篇）

是皆繩索繫縛罪縛之明證。古代於解交與引渡犯人有桎仍加束縛，如管子載：

『於是魯君乃不殺。遂生束縛而桎以予齊。』

按廣韻「桎，檻也。」可知檻車之制，由來已古。凡罪囚置於檻車，仍具桎梏不脫。如說苑載子路與孔子評論管子子路之言云：

『桎梏而檻車中無慚色，是無愧也。』

現行監獄規則第二十六條規定，戒具設窄衣、手鐐、捕繩、聯鎖四種。使用戒具乃戒護上不得

清

順治十七年題准凡問刑衙門無真賊確證，及戶婚田土小事，不得濫用夾棍。見大清會典

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

