

550

漢書刑法志疏

曹 辛 漢 著



上海图书馆藏书



A541 212 0014 4543B

漢書刑法志講疏

曹幸漢



(引論) 我國法系，受之苗族。呂刑云：「苗民勿用靈，制

以刑，惟作五虐之刑曰：法，殺戮無辜，爰始淫爲劓刵椽黥

，越茲麗刑。」墨子尚同中亦云：「譬之若有苗以五刑然」

而考其採用時代，相傳起於帝舜，尙書舜典曰：「象以典刑

，流宥五刑，鞭作官刑，朴作教刑，金作贖刑，眚災肆赦，

怙終賊刑，欽哉欽哉，惟刑之恤哉！」左傳昭公十四年引夏

書曰：「昏墨賊殺，咎繇之刑也。」按舜卽位在公元前二

五五年，則距今約有四千二百年矣。惟古代法律，採屬人本

義，由呂刑所謂「報虐以威遏絕苗民」及左傳二十五年傳所

云：「德以柔中國刑以威四夷」觀之，知當時刑法專施之於

族（唐律名例篇云：「諸化外人同類自相犯者各依本俗法；異類相犯者以法律論。」唐律原本晉律，此條是否爲唐律所特著，抑因襲晉律成文，則不可攷矣）其後夏有「禹刑」，商有「湯刑」

亂政而作湯刑注。周作九刑，見左昭六年傳叔向貽子產之書。商周法文早佚，其遺意散見於春秋戰國人之著述，而周禮一書雖爲本志所稱引，然其內容半屬虛擬，未足據以爲周代之法。迨夫春秋，法治主義句出萌達，各國政治家競事編纂成文法典，其名之見於記傳者，有：

齊之憲法 管子首憲篇：「正月之朔，百吏在朝，君乃出令布憲法於國；五鄉之師，五屬大夫，皆受憲於太史」。

楚之僕區法 左昭七年傳云：「吾先君文王作僕區之法；曰盜所隱器，與盜同罪。」注云僕隱也，區匿也，爲隱匿亡人之法。楚之茆門法 韓非子外儲說右上云：「荆莊王有茆門之法，」曰：「羣臣大夫諸公子入朝，馬蹄踐露者，廷理斬其鞞戮其御。」

晉之被廬 左昭二十九年傳云：「文公是以作執秩之官爲被廬之法以爲盟主」按左僖二十七年傳「於是蒐於被廬」杜注云：「晉常以春蒐禮改政令」，此法殆文公制定於春蒐時頒之。

晉之刑書刑鼎 左昭二十九年傳云：「冬，晉荀寅帥師城汝濱，遂賦晉國一鼓鐵以鑄刑鼎，著范宣子所謂刑書焉。」

鄭之刑書 左昭六年傳云：「三月鄭人鑄刑書，叔向使詒子產書。」見本志引稱

鄭之竹刑 左定九年傳云：「鄭駟歊殺鄧析而用其竹刑」

杜注：「鄭析鄭大夫，欲改鄭所鑄舊制不受君命而私造刑法，書之竹簡，故云竹刑。」

魏李悝之法經 唐律疏議進律疏表云：「魏文侯師於李悝，集諸國刑典著法經六篇，一盜法，二賊法，三囚法，四捕法，五雜法，六具法。」是書係譔次諸國法而成，經羅前列七種法與夫不見於經傳之他種成文法，乃至各國未著於竹帛之習慣法，蓋集局部法以爲一般法者也。我國法律之統一，自法經始。我國之有法經，猶法國之有拿破崙法典也。其後商鞅受之以相秦，蕭何本之以作九章，亦卽爲晉律及唐律之所依據也。攷法經之輯在周威烈王十九年，當公元前四〇七年，後于羅馬十二銅表律之公佈凡四十一年。茲附列我國律系表以作參攷。

法律——秦律——漢律——魏律——晉律——梁律——陳律
後魏律——後周律——北齊律

隋律——開皇律——唐律——宋刑統——明律——律清

由此可知我國刑法濫觴雖早，而其完成則在戰國之世。本志本包含兵刑二事

本篇節錄其關於刑法者

蓋我國古代兵刑不分，書舜典

舜命臯陶云：「蠻夷猾夏，寇賊姦宄，汝作士，五刑有服。

春秋時倉葛曰：「德以柔中國，刑以威四夷。」國語記威

文仲之言曰：「大刑用甲兵，中刑用刀鋸，薄刑用鞭朴。」

以甲兵爲刑罰，卽「刑威四夷」之正訓也。故此志與史記律

書，其發端皆言兵事之不可以已。

儒家盛言文武周公以禮治國，以爲刑罰之目的不在賞懲而

在感格，故曰：「刑以弼教」「刑期無刑」按之近代法理學

說屬於預防主義 Preventions Theory 一派，班氏世爲儒宗，

故本志首引叔向責韃子產之言，中稱漢宣齊居決事之平，致

慨於昭宣等代之「禮教不立，刑法不明」後則夢想成康刑錯

，成時雍之化，而於秦之專任刑法，痛詆其毀先王之法也。

……昔周之法，建三典以刑邦國，本周禮秋官序職上詰四方：詰，猶窮也，窮四方之奸也。

（義本書周官孔疏馮驥注）呂東萊曰：周官司寇掌邦禁以佐王，刑邦國詰四方猶昔周官司寇掌邦禁，詰好惡，刑暴亂也。好惡隱而難知，故謂之詰；暴亂顯而易見

一曰：「刑新邦用輕典」，二曰「刑平邦用中典，直刑之而已。」

一，三曰「刑亂邦用重典」

國既新定，其民素未習於教令，不可驟相督禁，故用輕法以使之漸化也。承平守成

之國則用常行之法，得輕重之中，卽司刑所掌是也。

弑篡叛逆之國，民已化而爲惡，則用重典伐滅其人。

五刑：墨罪五百

墨罪鄭康成周禮注云：「墨黥也，先刻其面以墨塗之，」白虎通義五刑篇云：「墨者，墨其額也。」國策秦策高誘注：「刻其額以墨

實其中曰黥，」鄭云刻面者以面可以咳額也。關於墨刑條文之可考者「夏有剕墨各千」（孔安國書傳）周制：墨罪五百（秋官司刑）穆王定爲千條，呂刑云：「墨罰之屬千」，此刑爲五刑中最輕者，其處罰情形之可考者有四：（a）臣不能匡正其君者。伊訓云：「臣下不匡，其刑墨。」（b）訴訟當事人失信訟約者。秋官司約云：「若有訟者則珥而辟藏，其不信者服墨刑。」珥讀爲珥，殺雞取血繫其尸也；辟藏，開府視約書，不信其約也。（c）無意識之爭訟。伏生書傳云：「非事而爭之出入不以道義而誦不祥之辭者其刑墨。」（d）不燒詩書百家語者。始皇本紀：「天下敢有藏詩書百家語者悉詣守尉雜燒之，下令三十日不燒黥爲城旦。」按漢書文帝紀十三年五月除黥刑，然後世仍有用之，宋以太祖紀載太祖黥李從善部下，元史元世祖本紀載世祖黥剕罪五百。剕說文作剕，「刑鼻也，從刀臬聲。」三代均有所赦之囚徒。剕罪五百。剕刑，孔安國書傳云：「夏有剕墨各千。」

庚云：「我乃剕殄滅之，無遺育」周書康誥云：「非汝封刑人殺宮罪五百人無或刑人殺人，非汝封。」又曰：「剕刑人無或剕刑人。」

宮，腐刑也，爲五刑中次于大辟之重刑，書呂刑：「宮辟宜赦，」傳「宮淫刑也，男子割勢，女子幽閉，」御覽刑注部引尚書刑德放云：「宮者女子淫亂執置宮中，不得出也，割者丈夫淫割其勢也。」亦稱椽。詩大雅召旻云：「昏椽靡共」鄭箋云：「椽，椽毀陰也。」說文支部作斂，云去陰之刑也。宮爲淫刑，故伏生書傳云：「男女不以義交者，其刑宮，」其條文之可考者：夏爲五百。伏生書傳云：「夏宮辟五百，」而呂刑則稱宮罰之屬三百。（呂刑序：「穆王訓夏贈刑」是呂刑本夏法也）周禮秋官司刑亦稱宮罰五百。始皇本紀稱以宮刑者七十餘萬人作阿房，可見其受刑者之多。史記索隱引崔浩漢律序曰：「文帝除肉刑而宮刑不易。」而漢書載景帝元年詔曰：「文帝除肉刑，出美人，重絕人之世也，」景帝中元四年赦徒作陽陵者死罪，欲腐者許之，如淳曰：「腐宮刑也。」是景帝之時宮刑已復用矣。通鑑稱西魏大統十三年三月除宮刑，而尚書正義則謂隋開皇之初始除宮刑。別罪五百。說文：「別絕也。」段注：「別足之別本作跖。」跖，斷足也，重文跖，跖或從兀。周禮別者使守圜，「此是假別爲跖」

亦作臙，周禮鄭注：「別斷足也，周改臙作別。」周禮正義：鄭意書傳有臙無別，周禮有別無臙故云。亦作腓，周禮賈疏：「臙本苗民虐刑，咎陶改臙作腓。至周改制作別」按臙者脫其臙也，刑者斷其趾也，別者斷其足也。通言之皆爲足刑，故古書不甚分析，別之處罪，周以前無可考，韓非子書中會三記別刑故事，說難篇載衛國之法，竊駕君車者罪別，彌子瑕因母病矯駕君車以出，衛君以爲忘其罪別而賢之。外儲說左下「梁車新爲鄆令，其姊往視之，暮而後門閉，因踰郭而入，車遂別其足。」和氏篇：「記其人和氏得玉璞于山中，奉獻厲王，玉人相之以爲石也，王以和爲誑，別楚

左足、其後和氏又舉獻於武王，玉人又以爲石，更判其右足。左專莊公十六年載強錮因與於雍糾之亂，而鄭伯治以刑罪。又僖公二十八年載衛侯與元暋訟而不勝，鍼莊子因爲元暋之訴訟代理人而被刑。殺罪五百殺爲生命刑，爲刑罰之嚴重者，故曰大辟，（說文爰部）：「殺，戮也。」

○白虎通義五刑篇云：「大辟謂死刑也。」或稱大刑。（魯世家無敢不
及有大刑集解：馬融曰大刑死刑）古人除用以懲治重犯外，亦用以示威嚇，
尚書酒誥厥或告曰：「懲飲，汝勿夫盡執拘以歸於周，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
都傷槐者死，」以細故而科死刑，意在威嚇可知，古人於生命刑之執行，
主謹慎從事，大禹謨所謂「與其殺不辜，甯失不經，好生之德，洽於民
心。」者是也。「五刑」以所謂刑平邦用中典者也。凡殺人者踏踏
下五句本周禮秋官司刑。

市本秋官掌戮，踏，仆也，謂毀而仆其尸也。說文邑部云：「踏，置也。」
「引春秋傳曰：「晉人踏之，」又左傳襄十一年杜註云：「踏斃也。」人

斃則尸置，墨者使守門本掌戮，此言墨刺以下刑人，既刑之後各任以職
故曰踏也。墨者使守門，即司門之徒，守王城十二門者
閉諸官府既車之門，或亦以墨者守之。按地官司門：「司門掌授管鑰以啓
凡國門，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，祭祀之牲繫繫焉，監門養之，凡歲時，則者使守關本掌戮，按管
之門受其餘，凡四方之賓客造焉則以告。」則者使守關子揆度篇：「

自言能爲官，不能爲官者，刺以爲門父」門父即此守關也。地官司關：「司
關掌國貨之節，以聯門市，司貨賄之出入者，掌其治禁與其征廬；凡貨不
出于關者，舉其貨罰其人，凡所達貨者，則以節傳出之。要囚札則無關
門之征，猶幾，凡四方之賓客放關則爲之告，有外內之送令則以節傳出納
之。宮者使守內本掌戮，周禮正義：「守內，通王宮內者闔官及闔人言之。
其職務見天官宮人；「宮人掌王之六寢之修爲其井區，除

其不蠲，去其惡臭，共王之沐浴，凡寢中之事：掃塗，執燭，共爐炭，凡
勞事。四方之舍事亦如之。」闔人「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，凡內人宮器賓客，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「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，則帥女官而
致於有司，佐世婦治禮事。掌內人之禁令，凡內人弔歸於外，則帥而往立
於其前而詔相之。」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，則者使守圍本掌戮。周禮正義守圍
則前蹕；及葬，執篋器以從遺車。」別者使守圍本掌戮。周禮正義守圍
則前蹕；及葬，執篋器以從遺車。」

呂氏春秋初音篇：「孔甲田，取民子以歸，子長幕動，圻撻斧，斫斬其足，遂爲守門者。」韓非子內儲說下篇：齊有門者別跪，是刑者亦爲閹也。

完者使守積堂戮作「髡者使守積」按漢法完輕於髡。後漢書明帝紀完者謂不加髡鉗。亦作髡。漢書高帝紀「髡以上請之」應劭注：「輕罪不至於髡，完其髡髮，故曰髡。」師古注：「髡謂頰毛也。漢令稱完而不髡曰耐，故謂之耐罪，積自大司徒遣人委人委積之積，凡米木薪芻

之積聚皆是；蓋兼倉廩及露積二者而言。

其奴，男子入於罪隸，女子入於舂槁本秋官司廩，鄭司

農云：「坐爲盜賊而爲奴者，輸於罪隸，舂人稟人之官也（謂司廩收其人輸彼三官，使爲奴給役。）由此觀之：今之爲奴婢，古之罪人也。」此就

了而言，凡因重罪而籍沒者均加此刑，不僅盜賊爲然也，按秋官罪隸：「役百官府與凡有守者，掌使令之小事。凡封國若家，牛助爲牽傍，」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。」女子之役爲奴者，地官舂人：「舂人，掌其米物；祭祀

共其盞盛之米，賓客共其牢禮之米，凡饗食共其食米，堂凡米事。」又稟人：「掌其外內朝覲食者之食，若饗耆老孤子士庶子共其食，堂祭祭祀之

犬。」按沒收爲從刑之一種，沒收之種類有二：一特定沒收，如違禁物是，至妻女之沒收則屬於一般沒收，日本謂之「闕所」。羅馬法德日古代法及我

國古時均採用之。凡有爵者與七十者與未齷者，皆不爲奴。亦本司廩，此言籍沒寬免之條件

也。鄭注：「有爵，謂命士以上也，齷，毀齒也。（齷，泚也。毀泚故齒更生新也。）男八歲女七歲而沒齒。」賈疏云：曲禮云「悼與耄雖有罪不加刑焉，

」是未齷不加刑焉又不爲奴。若七十者，雖不爲奴，猶加其刑。周道既衰，至八十始不加刑，以其八十九十始名耄故也。參閱注三赦條

穆王旤荒，命甫侯度時作刑穆王，昭王之子，周本紀載其即位時年已五十矣；旤荒，耄亂荒忽也。甫侯，即呂

侯，呂侯見命爲卿，穆王用其言，度時以詰四方。墨罰之屬千，剡罰世所宜作夏贖刑以治天下四方之民。

之屬千，黷罰之屬五百，宮罰之屬三百，大辟之罰卅屬二百。五刑之屬三千，蓋多於平邦中典五百章，所謂刑亂邦用重典者也。

按穆王命甫侯作刑見于書呂刑。呂刑序云：「呂命：穆王訓夏贖刑，」是穆王重申夏法，故鄭云以爲夏刑，唐律疏議云夏刑三千條，與呂刑數適合

然夏刑之屬三千；墨劓皆千，剡刑五百，宮刑三百，大辟二百，輕刑多而重刑少，周禮五刑之屬皆五百，輕刑少而重刑多，穆王變周用夏，改重

從輕，而本志以多於平邦中典五百春秋之時，王道寢壞，教化不行，章，謂刑亂邦用重典者實非也。

子產相鄭而鑄刑書，晉叔向非之。

春秋之世，列國雖各已有成文法，而諸家仍主因事制宜不預作法。叔向

羊舌肸字固深責鄭子產之作刑書，而孔子亦以晉國之鑄刑鼎爲非。其言曰：「晉其亡乎！失其度矣！夫晉國將守書叔之所受法度，以經緯其民，卿大夫以序守之，民是以能尊其貴，貴是以能守其業。貴賤不愆所謂度也。」

左昭二十九年傳孔穎達釋之云：「守其舊法民不預知；臨時制宜，輕重難測，民是以能尊其貴畏其所刑威也。官有常法，民常畏威，貴是以能守其業保祿位也。貴者執其權柄，賤者畏其威嚴，貴賤尊卑不愆，此乃所謂度也；言所謂法度正如是也。」按是說主以法度之意思判斷罪案，在法理學

屬于擅斷主義，主張法定主義之法家，極力加以攻擊，故慎子曰：「君人者舍法以自治，則誅賞予奪從君心出……君舍法而以心裁輕重，則同功殊賞，同罪殊罰矣，怨之所由生也。」君人篇然而法律條文有限，而人事之變化無窮，於是有所折衷主義者出而補救其弊，荀子大略云：「有法者以法行，無法者以類舉。」王制篇又云：「公平者職之衡也，中和者聽之繩也；其

有法者以法行，無曰：「昔先王議事以制，不爲刑辟。」臨事制刑不預設

知爭懼民之有爭心也。猶不可禁禦，是故閑之以誼，閑防衛也；防衛

也；仁心可制爲祿位以勸其從，位以乎德，祿以酬勳；制爲祿

以養物。有犯罪者則制之刑罰，位所以勸人之從順教令也。嚴斷刑罰

以威其淫，以威其驕奢淫佚也。懼其未也，未從教，故誨之以忠，懷之以

行，應得之果報恐怖之。教之以務，時之所急民或不知，故使之以和

以和悅，臨之以敬，恐失於驕慢，當蒞之以彊，恐失於懈惰，當斷之以剛，

恐柔而少決，當猶求聖哲之上，明察之官，忠信之長，慈惠之師，

剛強以斷之。民於是乎可任使也而不生禍亂，民知有辟，則不忌於上，並有爭

心，以徵於書，書也。刑而徵幸以成之，言法文有限，罪狀無窮；民之所犯

之詞與上爭罪，冀弗可爲矣！夏有亂政，而作禹刑，禹刑何人所

微幸以得減免。按呂氏春秋先識篇；夏大史令終古出其圖法執而泣之，夏桀迷昏，暴亂愈

甚；乃出奔如商。湯喜而告諸侯曰：「夏王無道，暴虐百姓……守法之臣

漢書刑法志講疏

自歸於商」似夏法有遺傳於商之痕跡。

商有亂政而作湯刑

按竹書紀年載「祖甲二十四年重作湯刑」其條文不傳；惟商書伊

訓云：「制官刑，傲於有位；曰：『敢有恆舞於宮，酣歌於室，時謂巫風。敢有殉於貨色，恆於遊畋，時謂淫風。敢有侮聖言，逆忠直，違耆德，

比頑童，時謂亂風。惟茲三風十愆，卿士有一於身，家必喪，邦君有一於身，國必亡。臣下不匡，其刑墨。』（墨子非樂篇亦舉其事）周書康誥稱「

殷罰有倫」荀子正論篇亦稱「刑名從商」似殷商刑法，為後世所樂道。韓

非子倒言七右經載孔子與弟子問答亦推重殷法，其言曰：「般之法制棄灰於街者，子貢以為重，問之仲尼。仲尼曰：『知治之道也。夫棄灰於街，必掩人，掩人，人必怒，怒則鬥，鬥必三族相殺也。此殊三族之道也。雖

刑之可也。』周有亂政而作九刑，三辟再刑湯刑之與，皆叔世也。今九刑也。

吾子相鄭國，制參辟

三代之法：子產亦倣三代故事故謂之鑄參辟

鑄刑書，將以靖民，不

亦難乎？詩曰：一儀式刑文王之德，日靖四方。」

詩，周頌我將之篇。言文王能以

德為法故能日有安靖四方之功。

又曰：一儀式刑文王，萬邦作孚。」

詩，大雅文王之篇。儀，善也，言文

王善用其法，能為萬國所信。

故如何辟之有？民知爭端矣，將棄禮而傲於書，

刀錐之末，將盡爭之，亂獄滋豐，貨賂並行，終子之世，鄭其敗

羣！」子產報曰：「若吾子之言，僑不材，不能及子孫，吾以救

世也。」偷薄之政，自是滋矣，孔子傷之曰：「導之以德，齊之以

禮，有恥且格，導之以政，齊之以刑，民免而無恥。」語見論語為政篇。齊，謂以刑罰齊整之。免，謂苟免於罪也。格，來也，來歸於善也。按禮經

衣「夫民教之以德齊之以禮，則民有格心，教之以政，齊之以刑，則民無所錯手足。」

同。「禮樂不興，則刑罰不中，刑罰不中，則民無所錯手足。」

本論語子路篇刑罰孟氏慶父也；魯莊公長庶兄。陽問不中謂淫刑濫罰也孟氏使陽膚為士師陽會子也。士師典獄之官。問

於曾子，亦曰：「上失其道，民散久矣！如得其情，則哀矜而勿喜。」

語本論語子張篇。馬融曰：「民之離散為輕漂犯法，乃上之所為，非民之過也，當哀矜之勿自喜能得其情也。」陵夷至於戰

國，韓任申子，秦用商鞅，連相坐之法史記商鞅傳「定變法之令令民為什伍相收司連坐」索隱「收司謂

相糾發也，一家有罪，九家連舉發，若不糾舉，則十家連坐。按連坐之法除保甲清鄉等特別法令外，現行刑法，並不採用，僅刑法第一百六十四條藏匿人犯有相

造參夷之誅

夷，滅也，參夷三族，三族有四說：(一)謂父族小戴禮仲尼燕居篇注。(三)謂父母兄弟妻子，見史記秦本紀「法初有三族之

刑」句集解張晏說如淳亦以父族母族妻族為三族(四)謂父昆弟，已昆弟，子

昆弟，見儀禮士昏注，按我國族刑不知起于何時？尚書舜典載有「罰不及嗣

」之文，證諸殛鯀舉禹之史實似唐虞無族罪之刑，鹽鐵論周秦篇云：「秦有

收孥之法」實則收孥不起於秦。甘誓湯誓均有「予則孥戮汝」之語，春秋時族

刑尤為盛行，如楚殺伍奢並及其子與親戚，尚謂弟員曰：「親戚為戮，不可

以莫之報也。」左昭二十年傳晉士蔿使冀公子盡殺游氏之族，左莊二十五年

傳楚鄢將師矯子常之命盡滅却氏之族黨，子常殺費無極與鄢將師盡滅其族

。均見左昭二十七年傳，以余更之，參以前族刑，非國之常刑，於誅首惡

時偶一用之，或以之威嚇異族者，故春秋時齊大夫范何忌引康誥曰「父子兄

弟罪不相及」左昭二十年傳晉曰季亦引康誥曰：「父不慈，子不貳，兄不友

，弟不共，不相及也」左僖三十三年傳可知成周之時尚不採用族罪之刑。

鹽鐵論周秦篇記「文學」與「御史」辯論族刑之價值，文學以為「親戚小坐，

什伍相連，若引根本之及華葉，傷小指之累四體」不當以有罪誅及無罪。

御史則力主族罪存在之必要，以為「未嘗灼而不敢握火者，見其有灼也。

未嘗傷而不敢握刃者，見其有傷也。彼以灼為非罪之必加戮及父兄，必懼

而為善。」衡之人情法理，自以廢止族刑為當，故近世各國立法大抵罪及

一身。族刑施行範圍，義有廣狹，書云：「孥戮」，孥為妻子之通稱。孟子

梁惠王罪人不孥注「分妻為一族，子為一族，亦不過二族」；未可為三族也

。三族之罪，據史記秦記所載，始于秦文公二十年，所謂「法初有三族之

罪也」墨子號令篇云：「婦敬者父母妻子同產皆車裂，若以書射犯命者，

父母妻子皆身棄城上，有以私怨害城若吏事者，父母妻子皆斷；其以城為

外謀者三族。」此係出戰國末年墨者

所記本志以為商佚所造未知何據。增加肉刑，大辟有鑿顛，抽脅，

鑊烹之刑，按我國秦以前死刑執行方法之可考者約有下列諸種：(1)斬，又稱殺，起源較早，尚書酒誥：「予其殺」，史記黃帝本紀「遂離殺蚩尤」，或稱戮，史記夏本紀「防風氏後至禹戮之以徇」，(2)炮烙，乃重刑辟。史記殷本紀云：「紂乃重刑辟有炮烙之法」。(按竹書紀年記紂作炮烙之刑在帝辛四年。)素隱云：「見蟻布銅斗，足廢而死，於是為銅烙，炊炭其下，使罪人步其上」，淮南子傲真訓亦載殷紂為炮烙鑄金柱。

(3)脯醢，史記殷本紀：「……醢九侯，脯鄂侯」，周禮掌戮以為處周謀之死刑。案禮記禮器：「大夫聘禮以脯醢」注脯籩實，醢豆實，刑律之脯醢，謂殺

人時再以骨肉爲殖脯也。(4)剖 剖開胸腹之死刑也。史記殷本紀「剖比干觀其心」(5)辜磔 說文：辜，磔也，按周禮春官以鬻辜祭四方百物，注：「福爲鬻，鬻辜，披磔牲以祭。王昭禹云「辜以磔之不全其體」，爲車裂支解之濫觴，韓非子載其治竊盜罪「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」，(內備說上)周禮堂戮則以爲判處殺死王之親者之刑：「殺王之親者辜之」，(6)跽 斃也。周禮秋官殺人者跽諸市。鄭註：跽，僵尸也。(7)磔 縣縊殺之也。禮記文王世子，公族其有死罪，則磔于甸人縊之如懸樂器之磔也。似今之絞刑。(8)焚 周禮秋官以爲用于處殺死尊親屬者，「凡殺其親者焚之」按左昭二十七年傳載楚令尹子常信無極之譖攻却宛欲熱之(杜注：熱，燒之)則春秋時焚刑之執行，已不限于殺死尊親屬矣。(9)車裂 縛人體於車上而曳裂之也，亦稱轘。國策秦策載：「商君歸還惠王車裂之」孔叢子魏王篇載：子高曾勸齊王除車裂之法。朱熹疑孔叢子文氣軟弱，不如西漢文字。(10)支解 解手足四支也。晏子春秋內篇諫上載齊景公令人操刀解養馬者；晏子問曰「堯舜支解人從何軀始」，公瞿然曰：「從寡人始」，遂不支解。韓非子載吳起會受此刑。以上十種死刑均見載籍而鑿頭抽脅烹刑除本志外，不見他書，以爲商鞅所造。至於秦始皇兼吞戰國，遂毀先王之法，滅禮誼之官，未知所據。

專任刑罰，躬操文墨，晝斷獄，夜理書，自程決事，日縣石也；

百二十斤曰石，言表淺矣，請，秤取一石，日夜有程，不滿不休也。之一，而姦邪並生，赭衣塞路，圜成市，天下愁怨，潰而叛之。

漢興，高祖初入關，約法三章，曰：「殺人者死，傷人者及盜抵罪。」獨削煩苛，兆民大說。其後四夷未附，兵革未息，三章之法，不足以禦姦，於是相國蕭何撫

，收拾秦法，取其宜於時者，作律九章。蕭何收秦圖籍律令，遂因秦律

俚之法經六篇也。漢律九章，仍秦律之盜律，賊律，囚律，捕律，雜律，具律外，益「戶律」與律「廩律」，戶即附戶婚，與即擅興，廩即廩庫也。漢初

蒼手。其後叔孫通益律所不及爲傍章十八篇(即漢儀)；漢書禮樂志載叔孫通所撰禮儀與律令同錄)武帝時，張湯復爲越官律二十七篇，趙禹又朝律

六篇，合六十篇，(傍章以下其篇目皆無考)後漢永元六年廷尉陳寵上疏謂「律有三家，說各駁異。」所謂三家，即蕭張趙三氏所定之律也。當孝惠高后時，百姓新免毒蠱，蠶同

呼各切。人欲長幼養老，肅曹爲相，填以無爲，從民之欲而不擾

整也。亂，是以衣食滋殖，刑罰用稀。及孝文卽位，躬修玄默，勸趣農

桑，減省租賦，而將相皆舊功臣，少文多質，懲惡亡秦之政，論

議務在寬厚，恥言人之過失，化行天下。告訐訐利相斥也；告訐改發人之陰私。之俗

易，吏安其官，民樂其業，畜積歲增，戶口寔息，風流篤厚，禁

罔疏闊，選張釋之堵陽人字季仕文帝朝拜中大夫，罷廷尉，守法嚴，持議平。時人語曰：「張釋之爲廷尉天下無冤民。」

爲廷尉，罪疑者予民，是以刑罰大省，至於斷獄四百，有刑錯之

風。卽位十三年，齊太倉令淳于公有罪當刑，詔獄逮繫長安，淳

于公無男，有五女，當行，會逮，罵其女曰：「生子不生男，緩

急非有益也！」其少女緹縈自傷悲泣，迺隨其父至長安，上書曰

：「妾父爲吏，齊中皆稱其廉平，今坐法當刑，妾傷夫死者不可

復生，刑者不可復屬，雖後欲改過自新，其道亡繇也！妾願沒入

爲官婢，以贖父刑罪，使得自新。」書奏天子，天子憐悲其意，

遂下令曰：「制詔御史，蓋聞有虞氏之時，畫衣冠，異章服。謂象刑也。語本史記孝文本紀十三年詔辭。武帝本紀亦有「唐虞畫象而民鮮犯」之文，孝經

緯據之，遂有「五帝畫象，三王肉刑」之說，所謂畫象之制，見於尚書大

傳，「唐虞之刑，上刑赭衣不純，中刑雜纆，下刑墨幪。」太平御覽六四

五引慎子云：「有虞之誅，以縶巾當器，以草纆當劓，以菲履當刑，以艾

燔當宮，布衣無領以當大辟。」果如所載，則唐虞之時身體刑生命刑皆屬名

譽刑矣，故荀子正論篇力斥其謬。見本志後段荀卿之論刑節。按畫象之

說，實與「流宥五刑」相違；刑止於畫象，輕之至矣，而其宥之也，乃使

之流，沒之遠方，則視刑之更重。後人因而感之：有以象刑爲描寫用刑之

形象而公示之使人知刑罰之可畏者，宋程大昌象刑辯曰：「夫既謂象則必有

形可繪，有狀可示也。……象刑云者，是必摸寫用刑物象以明示民使知愧

畏，周之闕，名象魏……司寇之職，正月則垂形象之法於象魏，使民觀刑

象，……則象刑者以有象而名。」朱熹舜典象刑記，亦言「象以典刑者，

畫象示民以罪罰刑宮大辟五等肉刑之常法也。」有以象刑爲國家制法以公

告人民者。蔡沈書經集傳，「象，如天之垂象以示人，示人以五刑之正也

。」有以象刑爲與五刑並行者；謂五刑施之異族，象刑則用於族人，在故

逐鞭朴以外之一種刑罰，沈葆楨刑法以爲截，而民弗犯，何治之至也考，陳願遠中國法制史均主其說。

；今法有肉刑三而姦不止，其咎安在？非乃朕德之薄而教不明與？吾甚自愧，故夫訓道不純，而愚民陷焉，詩曰「愷弟君子，民之父母。」詩大雅洞酌之篇，愷樂也，弟易也；言君子有和樂簡易之德則其下尊之如父親之如母也（本顏師古說）今人有過

，教未施而刑加焉。或欲改行爲善而道亡繇至，朕甚憐之。夫刑至斷支體，刻肌膚，終身不息，何其刑之痛而不德也；豈稱爲民父母之意哉？其除肉刑，有以易之，及令罪人各以輕重，不亡逃，有年而免具爲令。」丞相張蒼陽武人，仕秦爲御史，後歸漢封北平侯，精通律曆，明習圖書計籍，蕭何

爲相，蒼以列侯居相府，領主郡國上計者十四年，遷御史大夫。御史大夫馮敬，奏言：「肉刑所以禁

姦所由來者久矣。陛下下明詔，憐萬民之一有過，被刑者終身不息，及罪人欲改行爲善而道亡繇至，於盛德，臣等所不及也。臣謹議，請定律曰：「諸當完者，完爲城旦，舂；完者，完其髮，謂去其鬢而完其髮。

臣瓚曰：「文帝除肉刑皆有以易之，故完易髡，以笞易劓，以鈇左右跗代別，（鈇音第以鐵束頸曰鈇以鐵束足曰鈇）今既曰完矣，不復云以完代完也

，此言當髡者完也」按不加髡髮謂之完已見前注男子城旦婦人舂。城旦謂輸邊築長城晝日伺寇虜夜暮築長城四歲刑也（史記始皇本紀三十四年如淳註）

按我國現刑法不採懲役刑，而古代則有之，周禮秋官司寇云：「重罪者役其次九月役其次七月役其次五月役，其下罪三月役，顯分懲役刑爲五等。周

禮雖係僞託，當非絕無所本，城旦卽有期懲役四年刑也，法理學家對於懲役刑之存在計有三說（一）經濟主義，城旦所以築城守邊，其他如鬼薪所以

採給燃料利用刑人工作，係經濟上之行爲，（二）勞動主義，謂懲役刑在使罪犯者養成勞動習慣，習爲勤勉，蓋自由刑以感化爲目的，懲役可改良罪

犯之性質與求刑罰事件之減少，秋官以圜士聚教罷民，鄭注曰「不懲作勞有似於罷」正合此意。（三）奴辱主義，謂役以瑣賤，用視奴辱之意，此與禮

記士喪禮所謂「隸人遑廂」秋官司隸所謂「役國中之辱事」秋官罪隸所謂「封國若家牛助爲牽傍者」相合。春見前注。

當鯨者，髡鉗爲城旦，舂；當劓者，笞三百，當斬左止者，笞五百，當斬左止及殺人先自告，及吏坐受賕杜法，守縣官財物而卽盜之；已論命

決罪曰論（見後漢書魯丕傳「坐其下獄司寇論」注）命名也；或其罪也。已論命謂已判罪名也。復有答罪者，皆棄市。

罪人獄已決，完爲城旦，舂；滿三歲，爲鬼薪，白粲。漢舊儀「鬼

爲祠祀鬼神伐山之薪蒸。」蘇功曰：「取併合宗祠爲鬼薪。」已始皇本紀「及其舍人輕者爲鬼薪」注。如淳曰：「律說鬼薪作三歲。」據此則鬼薪爲有期懲役刑三年。漢舊儀：女爲白粲者，以爲祠祀粟米也。蘇功曰：「坐擇米使正白爲白粲（本漢書惠帝紀注）城旦舂爲四年刑而鬼薪白粲爲三年刑，此言城旦舂已滿三歲得減爲鬼薪白粲；鬼薪，白粲一歲，爲隸，臣，妾

；隸，臣，妾一歲，免爲庶人。顏師古曰「隸臣妾謂男子爲隸臣，女子

一歲免爲庶人，隸妾亦然。汝我國古代有二種無期懲役自由刑，其一爲奴，即上文男子入於罪隸，女子入於舂高，其二爲肉刑，執行妾可以無期之職務，近同奴隸之勞者（羅馬法謂之公共奴隸），本志所引秋官司寇之「守門」「守闕」「守內」「守積」「守圜」是也，此言服鬼薪白粲一歲之後（師古作三歲誤）爲隸臣隸妾，隸臣隸妾滿一歲可免爲庶人也，此與下文本罪爲臣妾者不同。隸臣，妾滿二歲，爲司寇

，司寇一歲，及作如司寇二歲，皆免爲庶人。比言本罪爲臣妾者。功臣表「李言坐爲太

常縱丞相神道爲隸臣一可證，司寇首安於司寇也，男子謂，女爲乍如司寇，以今語釋之，則本罪之當官署使役者在滿二年以後男子得充軍事畿輔服役一年即可釋放，女子則充須以軍事畿輔服役之職務二年亦可釋放。周壽昌漢書注補謂漢有廷尉而無司寇，司寇是罪名非官名。其亡逃及有

罪耐以上於本罪中又不用此令。前令之刑城旦舂，歲而非禁錮者

，如完爲城旦舂歲數，以免。言文帝作比令之前已犯城旦或舂罪之刑而不加禁錮者並得依上四歲例免之

也。臣昧死請！」詔曰：「可」，是後外有輕刑之名，內實殺人，斬

右止者又當死，斬左止者答五百，當劓者答三百，率多死。景帝元年下詔曰：「加答與重罪無異，幸而不死，不可爲人，其定律：答五百曰三百，答三百曰二百。」猶尚不全。至中六年，又下詔曰：「加答者，或至死而答未畢，朕甚憐之，其減答三百曰二百，答二百曰一百。」又曰：「答者所以教之也，其定箠令。」

丞相劉舍御史大夫衛綰請：「笞者箠長五尺，其本大一寸；其竹也，末薄半寸；皆平其節。當笞者笞背。」

周壽昌曰：「按漢法或先笞背，後但鞭背耳。書「鞭作

官刑」鞭也；「朴作教刑」杖笞也，自是以來，鞭朴笞兼用。梁天監時尚有制鞭，法鞭，常鞭三等之差，載在令典。鞭以皮爲之，有生革熟鞣之分，至隋始除鞭刑。唐太宗覽明堂鉞炙圖見人之五臟皆近背，鉞炙失所，則其害至死，嘆曰：「夫箠者五刑之輕，死者人之所重，安得犯至輕之罪，而至死！」乃詔罪人毋鞭背。自是鞭毋得更人，更大則力紆，行笞者重刑永除，知當日是鞭背非笞背也。」

畢一罪方更人。」自是笞者得全，然酷吏猶以爲威，死刑既重，

而生刑又輕，民易犯之。及至孝武卽位，外事四夷之功，內盛耳目之好，徵發煩數，百姓貧耗，窮民犯法，酷吏擊斷，姦宄不勝

，於是招進張湯

杜陵人武帝時拜太中大夫治獄務深文刻酷，後爲御史，爲朱買臣等所陷自殺。趙禹潁人，武帝時以刀

筆吏積勞累遷爲御史中大夫與張湯論定律令後以老徙燕相免歸。之屬，條定法令，作見知，故縱，監

臨，部主之法

師古曰：見知人犯法不舉告爲故縱；而所監臨部主有罪並連坐也。緩深故之罪孟康曰：孝武欲急刑

吏深害及故入人罪者皆寬緩。急縱出之誅師古曰：吏澤罪人疑以其後姦猾巧法；轉相爲縱出則急誅之。

比况，禁罔寢密，律令凡三百五十九章

按漢書有「律」「令」「比」三類，「律」爲正式成文法

法之稱律始於秦政蕭何九章叔孫通旁章張湯越官律趙禹朝律是也。其他見於史傳者尚有尉律（見昭常紀注）尙方律（見魏志彭城王據傳）錢律（見

景帝紀）田律（見周禮秋官司土師注）上計律（見周禮春官司典路注）田租稅律（史記將相名臣年表）大樂律（見周禮春官大胥注）耐金律（見禮疏注

引丁字漢儀）挾書律（見惠帝紀）等其詳不可考，「令」爲君主詔令。專制君主之命令與法律有同等效力，文類曰：天子詔所增損不在律上者爲令。

（宣帝紀注）史記杜周傳云「前主所是著爲律，後主所是著爲令」，是令亦實質之法律也，漢代之令編次爲「令甲」「令乙」「令丙」等，宣帝紀「

「令甲」死者不可復生刑者不可復息」顏師古注：「引如淳曰：「令有先後故有令甲令乙令丙」甲乙丙若今之第一篇第二篇耳」說文衣部「襄」下引漢

令云：「解衣而拊謂之襄」又糸部緹下引漢律曰：「絳絲數謂之緹，布謂之總」則律與令各自爲編，不相混淆可知。漢令之見於史傳者，有用令

（見黃香傳）箠令（見本志）水令（見兒寬傳）功令（見書休傳）養老令（見文帝紀）馬復令（見西域傳）秩祿令（見文帝紀注）宮衛令（見張釋之傳）

齊令，（見祭祀志注）金布令，（見高帝紀注）任子令，（見高帝紀及王吉傳）祠令（見文帝紀注）胎養令（見章帝紀）品令（見百官公卿表注）等，「比」即今之判例（其義本禮王制「必察大小之比以成之」一注已行故事曰比）漢時稱爲「決事比」或稱「法比」或單稱「比法」，律令條文有定而行爲之變態無窮，以有定數無窮，勢必不洽，故決獄者不得不隨時比附。漢法比附之標準有三：（一）比附法文，本志云「制疑減者各讞所屬官長，不能決者移廷尉，廷尉所不能決，謹具爲奏，對所當比律令以聞」史記張湯傳云：「貧弱雖陷法，曲文以出之，其蒙傑使小民者以文內之」是也。（二）比附條理，凡法文所不具者法官憑其心所安以爲斷，書呂刑所謂「輕重者皆有備」周禮司刺所謂「求民情斷民中而施上服下服之罪」本志所謂「奸滑巧去轉相比况」又曰「所欲活則傅生議所欲陷則予死比」又曰「奇請他比日以益茲」者是也，（三）比附經義。漢武以後崇傳經義，朝臣每及經義以折衷是非，漢書張湯傳云：「湯決大獄，欲傅古義，乃請博士弟子台奇書春秋補廷尉史，平亭疑法奏讞疑」兒寬傳云「寬爲建樹像，以古義決疑獄奏輒報可」晉書刑法志引應劭奏上漢義表云：「故膠東相董仲舒老病致仕，朝廷每有政議，數遣廷尉張湯親至陋巷，問其得失，於是作春秋折獄二百三十二事動以經對」應劭漢儀，自言，撰其律本章句，尙書舊事，廷尉板令，決事比例，司徒部目，五曹詔書等而成，所謂尙書舊事廷尉板令決事比例司徒部目皆例，即所謂比也，晉書刑法志稱漢時決事集爲三百餘篇及司走池公撰嫁娶辭訟決，爲法比都目，凡九百六十卷，可知漢代判例浩瀚繁博。大辟四百九條，千八百八十二事；死罪決事比，萬三千四百七十二事，文書盈於几閣，典者不能徧睹，是以郡國承用者駁駁，雜也；不曉其旨，用意不同也。或罪同而論異，姦吏因緣爲市，所欲活則傅生議，所欲陷則予死比，議者咸冤傷之，宣帝自在閭閻而知其若此，及卽尊位，廷史廷尉史也路溫舒上疏言：「秦有十失，其一尙存，治獄之吏是也，一語在溫舒傳，上深愍焉，迺下詔曰：「聞者，吏用法，巧文寢深，是朕之德也，夫決獄不當，使有罪與邪不辜蒙戮，父子悲恨，朕見傷之，今遣廷史與郡鞠獄，任輕諒薄，其爲置廷平秩六百石，員四人，其務平之，以稱朕意，一於是選于定國字曼倩東海郡人爲人謙恭其決疑平法，務在哀矜寡，加審慎之心。時人爲稱之曰：「張釋之爲廷尉，天下無冤民，于定國爲廷尉，民自以無冤。」

廷尉，求明察寬恕，黃霸字次公陽夏人，特吏尚嚴酷而霸獨用寬和。等以爲廷平，季秋後請讞時上常幸室，齋居而決事，獄刑號爲平矣。

時涿郡太守鄭昌

剛人字須卿，爲太原涿郡太守，甚著治績，彰條法令，爲後世所述。

上疏，言「聖王

置爭諫之臣者，非以崇德，防逸豫之生也，立法明刑者，非以爲治，救衰亂之起也。今明主躬垂明聽，雖不置廷平，獄將自正，

若開啓導

也。後嗣，不若刪定律令。律令一定，愚民知所避，姦吏無

所弄矣。今不正其本，而置廷平以理，其末也，政衰聽怠，則廷

平將招權

孟康曰：招求也；招致權著已也。

而爲亂首矣。」宣帝未及修正，至元帝

初立，迺下詔曰：「夫法令者，所以抑暴扶弱，欲以難犯而易避

也，今律令煩多而不約，自典文者不能分明，而欲罹元元

庶民也。

按國策秦策：「制海內，子元元，

之不逮

意諱所不及。

斯豈刑中之意哉？其

議律令，可蠲除輕減者條奏，惟在使安萬姓而已！」至成帝河平

中，復下詔曰：「甫刑云：「五刑之屬三千，大辟之數，其屬二

百。」日以益滋

奇者謂常文外，主者別有所謂以定計也，它且，謂引它類以比附之稍增律條也。按漢律爲蕭何所定撰摭奏，以除

簡，及其不周於用，則任嗣君之是非以爲詔令，憑俗吏之折揚以爲法比，

致與原有之根本律分駢矛盾，缺乏一貫之精神，要點輩仲翁有主更變於前

（見陳政事疏及天人對策）鄭昌復上疏請刪定律令於後，見本志其後元成二

帝雖曾詔議修正，而以陛下無足以當此重任，業遂不就，蹉跎至於東漢之季

律有六十篇，今有三百餘篇，法比有九十餘卷，章句有七百餘萬言，故班

氏三致感慨；一則曰「有司無仲山父將明之材……建立明制爲一代之法」再

則曰「疾未盡除，刑本不立」三則曰「豈宜惟思所以溝原正本之論，刪定律令」諱傷之也。自明習者不知所由，欲

以曉喻衆庶，不亦難乎？於以罹元元之民，天絕亡辜，豈不哀哉！其與中二千石，二千石博士及明習律令者，議減死刑，及可蠲

除省約者，今較然易知條奏。書不云乎：「惟刑之恤哉。」書經釋

其審核之務準古法；朕將盡心覽焉。」有司無仲山父將明之材詩大雅烝人：「肅肅王命，仲山父將之，邦國若否，仲山父明之。」言王有誥命則仲山父行之，邦國若有不善之事，則仲山父明之，故引以爲美，傷當時不能因時廣宣主恩，律立明制，爲一代之法，而徒鉤撫

微細，毛舉數事，以塞詔而已。是以大議不立，遂以至今。

議者或曰：「法難數變，此庸人不達，疑塞治道，聖智之所常患者也。」故略舉漢興以來，法令稍定，而合古便今者。漢興之初，雖有約法三章，網漏吞舟之魚，然其大辟，尚有夷三族之令。令曰：「常三族者皆先黥劓，斬左右止，笞殺之，梟其首，菹其骨，肉於市，誹謗訾詛者，又先斷舌。」故謂具五刑。彭越韓信之屬，皆受此誅，至高后元年，乃除三族罪祇言令，孝文二年，又詔丞相太尉御史：「法者治之正，所以禁暴而衛善人也，今犯法者已論而無罪之父母妻子同產坐之及收收說文捕也，王紹蘭段注訂補「此謂捕取罪人也。」詩大雅瞻卬：「此宜無罪汝又收之。」漢書補注：坐者核其輕重減本人一等二等也收者無少長皆棄市也。朕甚勿取其

議！」左右丞相周勃陳平奏言據錢大昕考據平勃並相在文帝元年。：「父母妻子同產

相坐及收，所以累其心，使重犯法也。收之道，所由來久矣：案收族之律，恐起於春秋，已見上述。鹽鐵論問奏篇記「文學」與「御史」反覆辨論族刑之應否存在。御史所主張存在之理由曰：「春秋罪人無名號，謂之云盜，所以賤刑人而絕之人倫也，故君不臣，士不友，於國甚無所容，故民始犯之命不軌之民，犯公法以所寵舉棄其親不能，伏節死理逃遁相連自陷於罪，其被刑戮不亦宜乎？一室之中父兄之際苦身體相屬一節動而知於心」其所持理由正同於平勃所說「所以累其心使重犯法也」之傳統心理，彼輩以國家處罰不外欲使一般社會知所畏懼警惕不敢再蹈刑網耳。臣之愚計以爲如其故使。」

文帝復曰：「朕聞之：「法政則民慤，罪常則民從。」且夫牧民而道之以善者吏也，既不能道，又以不正之法罪之，是法反害于民

為暴者也，朕未見其便，宜熟計之！」平勃乃曰：「陛下幸加大惠於天下，使有罪不收，無罪不相坐，甚盛德，臣等所不及也。臣等謹奉詔。」盡除收律相坐法，其後新垣平謀為逆，復行三族之誅，由是言之，風俗移易，人性相近，而習相遠，論語陽貨：「性相近也，習相遠也。」信矣！夫以孝文之仁，

近也習相遠也，言人同稟五常之性，其所取舍，本相近也；但所習各異，泮漬而移則相遠矣。平勃之知，猶有過刑謬論，如此甚也，而况庸材溺於未流者乎？

周官有五聽 案五聽八議本周制秋官司寇之職。五聲難訟，即今之審判心理，審心精難察而心理則不可掩，心無隱者其言直，其色定，其氣舒，其目不亂，心有所愧則其詞支，其色赧，其氣喘，其耳目皆惑也。八議 詳謂議共有無宥三刺三宥三赦 本秋官司刺所掌。之法，五聽，一曰辭聽，鄭注曰：觀其出言，不直則煩，疏云：虛本心知，氣從內發；理既直，吐氣則喘。二曰色聽，賈疏云：理直則顏色有厲，到曲則顏色愧赧。三曰氣聽，鄭注：觀其氣息，不直則喘。四曰耳聽，鄭注：聽其聽聆不直則惑。五曰目聽，賈疏云：目為心視，視由心起；理若直，實，視盼分明，到若虛陳，視乃乖亂。八議，

一曰議親，王之親族也周禮賈疏云親謂五二曰議故，王之故舊。論語遺，則民不愉。包咸云：君能不遺忘其故舊行之美者，則三曰議賢，謂民皆化之。唐律疏議：謂宿衛侍見，特蒙接遇歷久者。三曰議賢，謂德行有罪先請是也。四曰議能，謂有道藝者。說文：罷，遺有罪也，從罔能，言有賢能入罔即貫遺之。五曰

議功，謂有勳勞者。唐律疏議：謂能斬將擐旗摧鋒萬六曰議貴，謂爵位里或率衆歸化南濟一時匡救難鉅功太常者。六曰議貴，謂爵位

宣帝紀曰：吏六百石，位大夫 七曰議勤，念其勤勞官事，謂命士以下，有罪先請，此漢舊法也。七曰議勤，不在議貴之科者亦有以有之。

八曰議宥，謂資格諸侯來朝，王待以殊禮，或犯法，則別議之也。三刺 刺，舊說皆本爾雅訓殺，謂即訊也，謂訊罪得其實也，訊之而論刑獄易得平。一曰訊羣臣，二曰訊羣吏，三曰訊萬民

，三宥」有，說文寬也，寬之而宥，未全宥也，犯罪行為有「故意」、「過失」、「三宥」三種，凡行為之具備犯罪事實，認識與行為行為之決定者爲「故意」，否則爲「過失」。錯誤之種類有二，(一)法令上之錯誤，以不知刑罰法令而實施犯罪行為者，(二)事實上之錯誤，以行為者觀念之錯誤，而「一曰弗識」，鄭注識，審也，不審者今仇讎當報甲，發生犯罪之事實者。見乙誠以爲甲而殺之者是，在作爲者苟知被害爲乙，決不致實施殺人行爲，則其行爲屬於錯誤者無疑義，大理院民二非字四八號亦有同樣判例，「因開槍擊，誤中其兄老弟……實係打擊錯誤，並無過失可言，當然不罪。」然所謂不審，可包括「法令」與「二曰事實」兩種，鄭注僅舉事實上觀念之錯誤又爲別，未能盡其旨也。

「過失」，謂對於犯罪事實不盡認識，而因不注意之故，致不能認識而發生犯罪之結果者，故鄭注謂若今律過失殺人者不坐死。考書舜典有「眚災肆赦」一文（眚即過失，災謂正當防衛及救護緊急危難行爲）大禹謨亦有「宥過無大」謂不論其罪如何重大亦得宥減鄭樵謂過誤有小者，大者不宥。可謂我國古代對於過失得有減處分，案羅馬法亦有過失犯（Culpa）之規定。三曰遺亡，鄭注「遺忘者謂惟羅馬法亦有過失犯（Culpa）之規定。三曰遺亡，薄，忘有在焉，而兵矢發射之」則信爲惟導無人而發以兵矢，偶然中人，蓋以觀念之錯誤，雖有殺人之事實，而不能成立故意殺人罪焉。三赦：謂未成精神不健全者無負擔刑法上罰或之責任能力，應冷血而滅其罪也。安見刑法規定責任能力，係由消極方面對於無責任能力者，或有不對或減輕其刑之明文，以手給言，則幼弱與老耄皆當冷血，以精神言，則老耄愚蠢亦當冷血，按禮記曲禮「八十九十曰耄，七十曰悼；悼與耄雖有罪不加刑」，幼者智未及，耄者智已衰，故不負刑事上之責任，且推廣責任年齡之範圍，幼老者之家屬犯罪，幼老得不在此籍沒之例。所謂「七十者與未齒者皆不奴」是也。關於幼者犯罪責任，設有一定年限規定爲「未滿七歲者而犯罪在刑律絕對無責任」（現行刑法規定爲未滿十四歲人之行爲不罰）關於年老得免除罪責，現代各國立法無此制度；我國現行刑法亦不採用，惟現行刑法第十八條第三項規定滿八十歲人之行爲得減其刑，至三赦之愚蠢鄭注：愚蠢即生而癡驗重昏者，則以患有精神病，在古「亦不罰」，精神病者之行爲視其病態輕重，不加以罰，或減輕其刑，規定於刑法第十九條，而大理院民二非字第三十七號判例「精神病入法律上既認爲無責任能力不生處罰問題；然與社會尚有意外之危險，而其親屬不爲相當之監督者，得施以監禁處分，或交付精神病院，或其他處所，禁止其自由，以保一般人之利益」此現行刑法於保安處分一章第八十六條八十七條對於精神病者與監護之規定也。一曰幼弱，二曰老耄，三曰蠢愚，凡四上罪格率

而桎，中罪桎梏，下罪桎，王之同族拳，有爵者桎，以待斃。

語本周官秋官掌囚。「桎」說文：「手械也」鄭康成云：「在手在桎」，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：「桎在頭桎在足拳在手」，左傳以弓桎華弱於朝一則桎在頸明矣。按周官掌囚原文本節有「及刑殺，告刑於王，奉而適朝士，加明桎以適市」，註：謂「書其姓名及其罪於桎以著之」則桎固在項也，案蔣卽後世所謂枷，枷桎雙聲。拳，說文：「兩手同械也。」韋昭云：「兩手共一木曰拳」則拳爲兩手同械之刑具。桎，說文：「足械也」徐鍇云：「桎之言躓也，躓礙之也，械在足曰桎」鄭康成孔穎達均以桎爲足械，此言刑具有三木之殊，而罪有輕重之別，罪之重者三木俱具；次者具桎梏二木；輕者備具桎而已。惟王之同族或有爵者縱屬重罪，或拳或桎，祇具一木而已。凡罪刑未審理及已經審理而未判決以前，三木之施均不可去，以待審判，故曰「以待斃」，斃，斷罪也。

高皇帝七年，制詔御史：獄之疑者，吏或不敢決，有罪者久而不論，無罪者久繫不決，自今以來，縣道官獄疑者，各讞所屬二千石官，二千石官以其罪名當報之，當謂處斷也。所不能決者，皆移廷

尉，廷尉亦當報之，廷尉所不能決，謹具爲奏，傳所當比律令以聞。上恩如此，吏猶不能奉宣，故孝景中五年，復下詔曰：「諸疑獄，雖文致於法，而於人心不厭者，輒讞之！」其後獄吏復避微文，遂其愚心。至後元年又下詔曰：「獄重事也。人有愚智

，官有上下，獄疑者讞，有令謂已先著令。讞者已報讞而後不當讞者不

爲失，顏師古曰假令讞訖，其理不當所讞之人，不爲罪失。自此之後，獄刑益詳，近于五聽三

宥之意，三年復下詔曰：「高年老長，人所尊敬也，鰥寡不屬逮者，人所哀憐也，其著令：年八十以上，八歲以下，及孕者未乳產也。師朱儒師樂首著者朱儒短人不能走者。常鞠繫者頌者容也，本詩關雎序疏。繫之

。」至孝宣元康四年，又下詔曰：「朕念夫耆老之人，髮齒墮落，血氣既衰，亦無暴逆之心，今或罹於文法，執於囹圄，不得終其年命，朕甚憐之！自今以來，諸年八十，非誣告殺傷人，它皆

勿坐。」至成帝鴻嘉元年，定令：年未滿七歲，賊門殺人及犯殊死者上請，廷尉以聞，得減死，合於三赦——幼弱老眊之人，此皆法令稍定，近古而便民者也。

孔子曰：「如有王者，必世而後仁，善人爲國百年，可以勝殘去殺矣。」見論語子路。「言聖王承衰撥亂而起，被民以德教，變而化之，

必世然後仁道成焉。至於善人，不入於室。論語先集：子長問善人之道，子曰：「不踐跡亦不入

於室。」言善人不用踐修善踐而已，然猶百年勝殘去殺矣。此爲國者之固少自創制，然亦不能入聖人之室。

程式也，今漢道至盛，歷世二百餘載。攷自昭宣元成哀平，六世之間，斷獄殊死，率歲千餘口而一人耐罪上至右止，從司寇以上

至右趾，爲千口三人刑。三倍有餘，古人有言：「滿堂而飲酒，有一人鄉隅

而悲泣，則一堂皆爲之不樂，」文選至賦注引說苑曰：古人於天下，譬一堂之上，今有滿堂飲酒，有一人

獨索然向隅立，則一堂之人皆不樂。王者之於天下，譬有一堂之上也，故一人不得其

平，爲之悽愴於心。今郡國被刑而死者，歲以萬數，天下獄二千

餘所，其冤死者，多少相覆，獄不減一人，此和氣所以未洽者也

。原獄刑所以蕃若此者，禮教不立，刑法不明，民多貧窮，豪傑

務私，姦不輒得，獄犴不平之所致也。類師古注：「鄉亭之繫曰犴，朝廷曰獄。」按詩小雅小宛「犴

哀我墳寡宜岸宜獄。」毛注「岸亦獄也。」諱詩作「犴，」云「鄉亭之繫曰犴，朝廷曰獄。」荀子有坐：「獄岸不治不可刑也。」注：「犴亦獄也。」獄字從

二犬，象所以守者，犴，胡地野犬亦善守故獄謂之犴也。」則犴岸犴道，考刑禮秋官賦有二種：（一）圍土「以圍土聚教龍民」係處置過失罪犯已屬

於法者（二）蓋石「以蓋石平罷民」係處置罪犯之輕微而麗於法者。」書云：「伯夷降典，懲民惟刑。」

書周書甫刑之辭。極，知也。言伯夷下禮法以道人；人習知禮，然後用刑也。言制禮以止刑，猶堤之防溢水也

，今堤防陵遲，同陵夷，猶言頽替也。禮制未立，死刑過制，生刑易犯，飢

塞並至，窮斯濫溢，豪傑擅私，爲之囊橐，姦有所隱，則狃而淺廣，此刑之所以蕃也。孔子曰：『古之知法者，能省刑本也；今之知法者，不失有罪末矣。』

省，謂滅除之絕於未然，故曰本也，不失有罪，事止聽訟，故曰末也。按孔叢子論

列篇；子張曰：『古之知法者與今之知法者異乎？』孔子曰：『古之知法者能遠，今之知法者不失有罪。不失有罪，其於怨寡矣；能遠則於獄其防深矣。寡怨近乎濫，防深近乎本。』又曰：『今之聽訟者求所以殺之，古之聽獄者，求

所以生之，

孔叢子：孔子曰：『古之聽獄者，惡其意不惡其人；求所以生之。不得其所以生，乃刑之。今之聽獄者，不惡其意

而惡其人，求所以殺之，是反古之道也。』以其殺不辜，甯失有罪。』今之獄吏上下

相驅，以刻爲明，深者獲功名，平者多後患。諺曰：『鬻棺者欲歲之疫。』非憎人欲殺之，利在於人死也，今治獄吏欲陷害人，

亦猶此矣。凡此五疾，

禮教不立一也，刑法不明二也，民多貧窮三也，豪傑務私姦不輒得四也，獄犴不平五也。

獄刑所以尤多者也。自建武永平，民亦新免兵革之禍，人有樂生

之慮

應當作意，據朱子校改。

與高惠之間同，而政在抑強扶弱，朝無威福之

臣，邑無豪傑之俠，以口率計斷獄，少於成哀之間什八，可謂濟矣，然而未能稱意比隆於古者，以其疾未盡除而刑本不正。

善乎！孫卿之論刑也，

見荀子正論篇

曰：『世俗之爲說者，以爲治古者

無肉刑，有象刑墨黥之屬，非履

草履也

赭衣而不紉，

純緣也

。是不然

矣。以爲治古則人莫觸罪耶！豈獨無肉刑哉？亦不待象刑矣！

以爲人或解罪矣，而直輕其刑，是殺人者不死，而傷人者不刑也

；罪至重而刑至輕，民無所畏，亂莫大焉。凡制刑之本，將以禁

暴惡，且懲其末

荀子作「末」

也。殺人者不死，傷人者不刑，是惠暴

而寬惡也，故象刑非生治古，方起於亂今也，

謂由于近人惡刑之重，遂推言古之聖君以

象刑治天
下也。

凡爵列官職，賞慶刑罰，皆以類相從者也；一物失稱，亂之端也。能不稱位，德不稱官，賞不當功，刑不當罪，不祥莫大焉。夫征暴誅悖，治之威也。殺人者死，傷人者刑，是百王之所同也，未有知其所由來者也。故治則刑重，台世刑必行則不敢犯故重。亂則

刑輕，亂世刑不行，則人易犯，故輕。犯治之罪固重，犯亂之罪固輕也。書云：書

甫刑之辭刑罰世重世輕，此之謂也。『所謂象刑惟明者，言象天道而

作刑，安有非履赭衣者哉？孫卿之言既然，又因俗說而論之曰：「禹承堯舜之後，自以德衰而制肉刑，湯武順而行之者，以俗薄於唐虞故也。今漢承衰周暴秦極敝之流俗，已薄於三代，而行堯舜之刑，是猶以鞮而御駢突違救時之宜矣。且除肉刑者本欲全民也，今去髡鉗一等，轉而入於大辟，以死罔民，失本惠。據王念孫校改本惠

當作本意矣。故死者歲以萬數，刑重之所致也。至乎穿窬之盜，忿怒

傷人，男女淫佚，吏爲奸臧，若此之惡，髡鉗之罰，又不足以懲也；故刑者歲十萬數，民旣不畏，又曾不恥，刑輕之所生也。

故俗之能吏，公以殺盜爲威，專殺者勝任，奉法者不治，亂名傷制，不可勝條。是以罔密而姦不塞，刑蕃而民愈嫚，必世而未仁，百年而不勝殘，誠以禮樂闕，而刑不正也，豈宜原思所以清原正本之論，刪定律令音撰從食算擊二百章，以應大辟，其餘罪次，

於古當生，今觸死者，皆可募行肉刑，

王鳴盛曰：魏志陳羣奏云：「漢除肉刑而增加笞，本與

仁剛而死更衆，所謂名輕實重也，名輕則易犯，實重則傷民……且殺人償死合于古制，至於傷人或殘毀其體而裁髮毛髮非其理也，若用古制，使淫者下蠶室，盜者刖其足，永無至放穿窬之患矣。夫三千之屬，雖未可卒復，若斯數者時之所患，宜先施用，漢律所設殊死之罪，仁所不及也。其餘違者可以刑代，如比則所刑與所生足以相質矣，今以笞死之，及傷人與盜，法易不殺之刑，是重人肢體輕人軀命也。」其旨本班氏。

吏受賕枉法，男女淫亂，皆復古刑。爲三千章，詆欺文致微細之法，悉蠲除，如此則刑可畏而禁易避，吏不專殺，法無二門，輕重當罪，民命得全，合刑罰之中，中也。天人之和。順稽古之制，成時雍之化，成康刑錯，雖未可致，孝文斷獄，庶幾可及，詩云：

詩大雅假樂之篇嘉成王之詩『宜民宜人，受祿於天。』書云：今文泰誓之辭。

『立功立事，可以永年。』言爲政而宜於民者，功成事立，則受天祿而永年命；所謂一人有慶，萬民賴之書呂刑之辭。者也。

上海圖書館藏書



A541 212 0014 4543B

9197