

第二講 從古典刑罰到傳統刑罰

2020年3月25日 下午 06:19

一、古典刑罰的核心：肉刑和象刑

1. 肉刑：

- a. 指對罪犯施以切斷肢體、割裂肌膚之刑罰。
- b. 墨〈在臉上刺字，黥〉、劓〈削掉鼻子〉、宮〈閹割〉、刖〈砍掉膝蓋以下肢體，臙刑—砍碎膝蓋〉、大辟

右腳重於左腳

刖：切掉耳朵

- c. 苗族的蚩尤所發明。黃帝打敗蚩尤後，以肉刑懲罰作惡的苗民。
- d. 具有原始社會同態報復刑的性質。
- e. 族外制裁與族內制裁。

*保存人力資源、肉刑可能會因血親關係影響施行態度
兵、刑同源，施加在俘虜身上
展示自身族群威嚴*

- f. 具有「自社會驅逐」的性質。

日本 滋賀秀三：刑有社會驅逐之用

《尚書》流宥五刑

- 肉刑多失予族外者，可能有被視為外族驅逐之意義
- 肉刑留有痕跡，會被人群排擠
- 被閹割的區分方式：鬍子、聲音細柔

2. 象刑：

- a. 對於族內犯五刑者，尚可處以「象刑」。
- b. 犯了五刑的罪犯並不真正墨劓，而是採用區別罪犯衣冠服飾色澤的方法，作為一種對犯罪者的懲處，稱作象刑。
- c. 《晉書·刑法志》：犯黥者皁其巾，犯劓者丹其服，犯臙者墨其體，犯宮者雜其履，大辟之罪，殊刑之極，布其衣裾而無領緣，投之於市，與眾棄之。
- d. 是否真正實施過？
 - 否定說：荀子、班固。
 - 贊成說：
 - 後世的罪犯都穿赭衣，可能就是象刑的遺迹。
 - 從人類學的角度，象刑的存在確有可能。
 - 從考古材料看來，象刑確實存在。

二、徒刑之興和肉刑之廢

1. 徒刑之興

- 春秋戰國之世，競爭激烈，列國力圖足食足兵，於是徒刑逐漸興起。
吳越之戰：吳國先滅越，越王勾踐崛起後再滅吳。
- 徒刑：剝奪罪犯自由並強制苦役的刑罰。

- 徒刑一名始見於六世紀的北周，之前稱歲刑、耐刑、或刑罪。
- 秦漢徒刑的刑名：城旦舂〈修城牆苦工〉、鬼薪〈宗廟撿拾柴火〉、白粲〈挑米〉、隸臣妾〈奴僕〉、司寇〈抓盜賊〉、候。重→輕
- 秦漢徒刑重要特徵：**無刑期，為不定其刑**。輕重是看其**刑名**。〈有時會大赦〉
- 肉刑主要有黥、劓、宮、斬左趾、斬右趾、大辟等。
- 一些不刻肌膚、不割肢體的肉刑，如髡（剃掉頭髮）、髡（剃掉鬚鬢）、完（孟康曰：不加肉刑髡剃也。）

《風俗通義》卷九〈怪神〉：「汝南汝陽西門亭有鬼魅，賓客宿止，有死亡，其屬厭者，皆亡髮失精。」後督郵鄧伯夷除去鬼魅，發現鬼魅所髡人髮結百餘。

*中國的鬼女生比較多，吸精較多；西方的鬼男生比較多，吸血較多。

*為什麼罪犯頭髮要剃掉？軍事管理，整齊劃一，施以威嚇壓力。

*髮鬚爪的無限增生。—西方大力士力量來自於頭髮、人劍合一。

*鬚髮為**人身精氣**之所在，精氣一喪，**性命**就將喪失。

- 一直到西漢初年為止，肉刑與徒刑往往**合併施行**。
- 秦代的刑徒被役使的範圍相當廣泛，舉凡國防建設、軍事服務、宮殿陵墓營造、交通運輸，甚至地方官署雜役均有刑徒參與。

2. 肉刑之廢

- 西漢文帝十三年，「**緹縈救父**」

太倉公：「生子生不難，有緩急非有益也！」

「夫刑至斷支體，刻肌膚，終身不息，何其楚痛而不德也，豈稱為民父母之意哉！其除肉刑。」。《史記·文帝紀》

- **文帝**改革：
 - 廢肉刑：墨、劓、剕。仍有宮刑〈下蠶室：司馬遷〉—**代刑非正刑**
 - 制定徒刑刑期：徒刑的刑期自一年刑至五年刑，共五等，分別是罰作、復作（一年刑）；司寇（二年刑）；鬼薪、白粲（三年刑）；完城旦舂（四年刑）；髡鉗城旦舂（五年刑）。
 - 肉刑替代方案：當黥者，髡鉗為城旦舂；當劓者，笞三百；當斬左止者，笞五百；當斬右止.....棄市。
- 文帝除肉刑，是減輕還是加重？
 - 死傷猶重。「外有輕刑之名，內實殺人。斬右止者又當死。斬左止者笞五百，當劓者笞三百，率多死」
 - 景帝減輕笞數。「自是笞者得全，然酷吏猶以為威。死刑既重，而生刑又輕，民易犯之。」
 - **生刑太輕，死刑太重**。

三、肉刑的陰魂不散

- 東漢初至東晉末年的三百多年間，要求**恢復肉刑**之主張，從未止歇。
- 肉刑爭議背後的法制意義——刑罰蛻變和轉型的摸索。
- 如何解決廢肉刑後沒有「中刑」，造成「死刑太重，生刑太輕」的弊病。

- 四種可能的選擇：〈代刑〉
 - （一）減死徙邊；〈遷徙刑〉
 - （二）恢復肉刑；
 - （三）延長徒刑的年限；
 - （四）創設新的刑罰。
- 徒刑延長的缺陷？環境惡劣，將以刑生刑，以徒生徒。
用刑的目的？**用刑止刑**。
- 肉刑好處：絕其為惡之具。—特別預防
為何要示眾：展示威嚇作用。

四、流刑的成熟與新五刑的確立

1. 流刑的成熟：

- 將犯人徙送遠處的刑罰，起源很早，或稱「流」，或作「放」，或作「遷」。
- 漢代有「徙遷刑」，作為一種代刑而不是正刑存在。
- **北魏**太和十六年(492)，流刑正式入律，成為刑罰中的正刑。

2. **隋唐新五刑**〈二十等〉

- （一）笞：十至五十。〈五等〉
- （二）杖：六十至一百。〈五等〉
- （三）徒：一年、一年半、二年、二年半、三年。〈五等〉
- （四）流：二千里、二千五百里、三千里；皆苦役一年。〈三等〉

*以何地計算距離：**首都**家鄉

流刑的內容：道里之差、強制苦役、不得返鄉、妻妾隨行。

唐朝多流放嶺南：叢林瘴氣、含沙射影、毒蛇鱷魚。難見白頭—少年夭折，不致白髮而死。

□ **膠州**：需飲酒除瘴氣，唐太宗時期曾因一人不願至膠州當官，予其死刑—爾後使唐太宗慎於判處死刑。

□ 地方首長風評兩極，油水特多，易貪汙，同時也有官員被記至《良吏傳》。嶺南地區之官唯一肥缺，如廣州，因為南海貿易重鎮，商船多。

□ **煉丹**，原料為本，南方原料豐沛，出丹砂，吸引道士前往。

*唐太宗曾言流放不因拘於里程，多數流放犯皆超過法定里程。

□ 流刑減一等—減為徒三年

死刑減一等—減為流三千里

「不拘泥研究真與假，去研究一個材料是如何被形塑出來，如何被書寫、描述。」

- （五）死：絞、斬。〈二等〉

奇數=陽數，主生；偶數=陰數，主殺。

「一個罪指定一個刑，再根據其他條例作加減刑等。」

3. 流刑成立的意義

若以徒刑的發達作為秦漢刑罰制度的主要特徵，流刑的成熟可謂隋唐刑罰制度最突出的標誌。

- （一）肉刑的爭議為之平息；

(二) 徒刑年限縮減；

(三) 死刑廢除的嘗試；

* *刖足之刑*，唐代曾以刖足之刑取代死刑。

* *唐朝因死囚數少，唐玄宗廢死刑。一流刑的成熟。*

(四) 新五刑的確立；

(五) 古典刑罰至傳統刑罰的轉型成功。直到1910年以前，中國的正刑都是答、杖、徒、流、死。

五、一個簡單的比較

- 古典刑罰的特徵：

- 殘酷

- 接觸身體

- 展示

- * *展示的目的：嚇阻犯罪*

- 區隔

- 傳統刑罰特徵

- 殘酷→人道

- 不接觸人體

- 展示→想像

- 不同型態的「區隔」

- *肉刑：*

- *絕其為惡之具*

- *減少勞動力耗損*

- *肉刑為上古聖王之刑*

- *死刑太重*

- *威嚇犯罪*

- *亂世當用重典*