

漢文帝除肉刑及秦漢刑徒的刑期問題

—— 杜 欽 ——

壹、前言

貳、各家對秦刑徒刑期的討論

參、漢文帝除肉刑後的刑期問題

肆、結語

壹、前言

一九七五年十二月，在湖北省雲夢縣睡虎地第十一號墓中，出土竹簡千餘支（以下簡稱秦簡），內容主要是秦的部分法律、文書，這是第一次發現秦簡，從而為研究秦漢法制史提供了豐富的資料。其後，高恒先生在《文物》一九七九年第七期上面，發表〈秦律中“隸臣妾”問題的探討〉一文，首先提出秦時刑徒是沒有服刑期限的無期徒刑（註1），這種看法引起學術界的熱烈討論，正反意見皆有，遂產生了「有期說」及「無期說」兩種觀點的對立。

註1 該文後又收入氏著，《秦漢法制史論考》，頁61-62，謂：「值得注意的是，《睡虎地秦墓竹簡》中所有的秦律條文未見有關刑徒，包括刑徒隸臣、妾服刑期限的規定。根據史籍，以及新出土的秦簡來分析，簡文中未見到各類刑徒，如城旦舂、鬼薪白粲、隸臣妾、司寇、斥候等刑徒應服刑期的規定，決非偶然。它表明，秦時的刑徒，可能就是沒有服刑期限的終身服役。也就是說，不是服刑一定期限之後，能夠恢復其自由人的身分。這一點與後世的刑徒是很不同的。」廈門大學出版社，1994年8月第1版。

肯定「有期說」的學者，基本上都認同衛宏《漢舊儀》的記載：

秦制……有罪各盡其刑。凡有罪，男髡鉗為城旦，城旦者，治城也；女為舂，舂者，治米也，皆作五歲。完四歲，鬼薪三歲。鬼薪者，男當為祠祀鬼神，伐山之薪蒸也；女為白粲者，以為祠祀擇米也，皆作三歲。罪為司寇，司寇，男備守，女為作如司寇，皆作二歲。男為戍罰作，女為復作，皆一歲到三月。(註2)

雖然贊成「有期說」者，不一定都認為衛宏說的是秦制，也有可能是漢制，但基於對漢承秦制的認識，無不取以為秦刑徒有刑期的重要證據。秦刑徒不為有期一說，所以引起學者聚訟爭論，主要是長期以來人們受到《漢舊儀》關於秦制記載的影響，執著於先見；加上秦簡出土日淺，許多意見都尚未予以充分討論，以致一時對新說不能適應的緣故。惟經過這些年來陸續發表的，具備論證充分、意見成熟的論文補足之後，其情形已見改觀，本文即是立基於這些有說服力的研究成果之上，而採納「無期說」的觀點。因此，底下展開的論述，在秦制部分，事實上並不能超越前輩們珍貴翔實的意見，所持的也只是介紹、補充的立場而已。此外，討論秦刑徒的刑期問題，最後總不免會涉及到漢文帝的更除法制，這方面也有眾多文章發表，本文則擬就漢代刑徒，尤其是其中髡鉗城旦舂的屬性問題，提出一點個別的看法，以就教於方家。

貳、各家對秦刑徒刑期的討論

高恒先生認為秦時的刑徒無服刑期限，高敏先生則最先加以反駁，引據秦簡〈法律答問〉中的三條史料，斷定「城旦」刑徒的刑期應為六歲，茲將有關原文列舉如下：

註2 收入《漢官六種》，臺北：臺灣中華書局，民國74年5月臺四版。

- 一、「葆子獄未斷而誣告人，其罪當刑為隸臣，勿刑，行其耐，又繫城旦六歲。」●何謂「當刑為隸臣」？有收當耐未斷，以當刑隸臣罪誣告人，是謂當刑隸臣。
- 二、「葆子獄未斷而誣告人，其罪當刑鬼薪，勿刑，刑其耐，又繫城旦六歲。」何謂「當刑為鬼薪」？●當耐為鬼薪未斷，以當刑隸臣及完城旦誣告人，是謂「當刑鬼薪」。
- 三、當耐為隸臣，以司寇誣人，何論？當耐為隸臣，又繫城旦六歲。(註3)

高敏先生並說：

這三條法律答問，當講到犯人在再次犯有誣告罪而加重刑罰時，都是在原判的基礎上，加上“又繫城旦六歲。”如果“城旦”這種刑徒不是服六歲刑，何以如此巧合呢？因此，這幾條法律答問，從側面反映出秦的“城旦”刑徒的刑期應為六歲。(註4)

此後，「有期說」者莫不以這三條「又繫城旦六歲」的史料，來替自己的立場作辯護。例如黃展越氏便認為秦簡可與《漢舊儀》的刑徒刑期相配合，應理解為秦城旦有時須服六歲刑：一般刑城旦屬五歲刑，完城旦是四歲刑，因為葆子身分特殊，受到優待，故在完城旦刑期基礎上延長二年，以示懲戒，但可不施加肉刑(註5)。他們異口同聲，說秦的刑徒如果是無期，法律規定中就不會出現有期加刑，無期刑再附加有期刑是

註3 《睡虎地秦墓竹簡》，頁467、468、471，臺北：里仁書局，民國71年11月12日。

註4 高敏，〈關於《秦律》中的“隸臣妾”問題質疑——讀《雲夢秦簡》札記兼與高恒同志商榷〉，收入《雲夢秦簡初探》，頁108，河南人民出版社，1979年1月第1版。

註5 黃展越，〈雲夢秦簡簡論〉，《考古學報》，1980年第一期，頁11、21。

無意義的。(註 6)

以上之說，產生爭議的癥結，在於理解「又繫城旦六歲」的規定，其性質究竟是本刑或僅是附加刑上面有所分歧。如上舉高敏就認為該句等同於秦的城旦刑是六歲刑，黃展越甚且說「“繫城旦六歲”應指“完城旦六歲”」，言下之意，應屬於本刑(註 7)。按上述三條資料，兩條專適用於葆子，另一條適用於一般人的規定，內容皆是犯罪尚未論決，又犯誣告人罪，因此在原刑之上又附加「繫城旦六歲」。在秦代，「葆子」是社會上一個特殊階層，受到朝廷的尊寵與保護，有罪時又能獲得優遇，〈法律答問〉曰：「『葆子□□未斷而誣告人，其罪當刑城旦，耐以為鬼薪塗足。』藉葆子之謂也。」(註 8)在此，本刑是刑城旦，可不用肉刑，僅剃鬚鬢帶上腳鐐，並降等為鬼薪。鬼薪通常不塗足，後者當是作為附加刑而設(註 9)。這種優遇情形也能見於對待少數民族上面，〈法律答問〉曰：「真臣邦君公有罪，致耐罪以上，令贖。」(註 10)此外，在〈法律答問〉裡，平常人涉及到誣告罪的規定尚有多條，與對葆子的規定相比較，除後者特別不受肉刑外，兩者間斷罪的模式皆相同，例如：

一、當耐司寇而以耐隸臣誣人，何論？當耐為隸臣。當耐為候罪

註 6 例如李力，〈秦刑徒刑期辨正〉，《史學月刊》，1985 年第三期，頁 18；劉海年，〈關於中國歲刑的起源——兼談秦刑徒的刑期和隸臣妾的身分(上)〉，《法學研究》，1985 年第五期，頁 70。

註 7 黃展越，前引文，頁 11。

註 8 《睡虎地秦墓竹簡》，頁 466。

註 9 張政烺，〈秦律“葆子”釋義〉，《文史》，第九輯，頁 1-5，1980 年 6 月。

註 10 《睡虎地秦墓竹簡》，頁 491。關於秦時少數民族的待遇，參于豪亮，〈秦王朝關於少數民族的法律及其歷史作用〉，收入《于豪亮學術文存》，頁 124-130，北京：中華書局，1985 年 1 月第 1 版。

誣人，何論？當耐為司寇。

二、完城旦，以黥城旦誣人，何論？當黥。

三、當黥城旦而以完城旦誣人，何論？當黥劓。(註 11)

學者認為，秦刑徒等級序列應是城旦、舂→鬼薪、白粲→隸臣、妾→司寇→候(註 12)。再比較上引三例，可知犯誣告罪的量刑原則，是反坐其罪以加重處罰；量刑方式一是當原刑輕而誣告的罪重時，論從誣告罪，像第一、二例皆是；而當原刑重，誣告的罪輕時，通常則是保持原罪外，又增一附加刑，如第三例是。「有期說」者所舉三個「又繫城旦六歲」的資料，也恰恰都是誣告罪，情形亦同。高敏先生所舉之「當耐為隸臣，以司寇誣人」，是本刑重於誣告罪，既不能反坐所誣告之輕罪，便只得附加「又繫城旦六歲」以懲戒之；葆子原罪鬼薪重，以屬輕之隸臣罪誣人，本應刑鬼薪，但因不從肉刑，故繫城旦六歲以取代之。所謂六歲云云，只是做為一種附帶刑罰的規定而存在，如上舉第三例黥又加劓一樣，本不關乎城旦刑期問題，這「不意味著城旦本刑是六歲刑，也不意味著城旦本刑是有期徒刑」(註 13)，以此做為秦有刑期的論據，尚欠說服力量。

其實從「繫」之一字，已能指明其真義，張金光先生謂：

「繫」本指繩索，秦簡中凡言「繫」，除指索繫之外，尚含臨時附繫的意思……是由於某種原因，臨時附繫拘作於城旦之列或他役。(註 14)

註 11 《睡虎地秦墓竹簡》，頁 470—471。

註 12 張金光，〈關於秦刑徒的幾個問題〉，《中華文史論叢》，1985 年第一輯，頁 33。

註 13 栗勁，《秦律通論》，頁 280，山東人民出版社，1985 年 5 月第 1 版。

註 14 張金光，前引文，頁 37。同時，張政烺，前引文，頁 4，也認為「『又繫城旦六歲』的用意在久繫，並不等於城旦刑」，亦可參考。

這種看法是對的，在兩漢書裡，即屢見「繫囚」一詞，例如西漢宣帝時，黃霸及夏侯勝皆因罪下廷獄，「繫獄當死……積三歲乃出」（註 15），又《後漢書·鄧惲列傳》，惲因罪下獄，「遂繫須冬，會赦得出」（註 16），所謂「須冬」，就是至冬季決死，唯鄧惲繫留期間遇赦，乃得釋出。可見秦漢時代，「繫」字都是法律上專門用語，有暫時囚禁之意，並非如黃展越先生所言，「繫城旦六歲」就是「完城旦六歲」。而且從「繫」字恰恰能反映秦刑徒的無期，因為在暫繫六歲城旦之後，又得回服原刑。（註 17）

主張「有期說」者又舉〈司空律〉與〈法律答問〉各一簡云：

《司空律》中有「人奴妾繫城旦舂，貸衣食公，日未備而死者，出其衣食」的規定；法律答問中則有「隸臣妾繫城旦舂，去亡已奔，未論而自出，當答五十，備繫日」的規定。這裡的「日未備」與「備繫日」，都反映出隸臣妾繫城旦舂有固定的期限，否則，就無所謂「日未備」和「備繫日」。（註 18）

上文認為，刑徒若非有期，怎會提出刑期問題。關於此點，學者已有論說，以為上述人奴妾所以繫城旦舂的緣故，是要居貲贖債，以勞設計價來抵償罪罰及債務，故律文言「日未備」；又隸臣妾也可能因丟失公器牲畜等，須用勞役日折錢數以償，故可言「備繫日」（註 19）。按秦簡中涉及居貲贖債的方式有數種，〈司空律〉云：

註 15 《漢書》，卷八九，〈循吏傳〉，頁 3629，北京：中華書局，1962 年 6 月第 1 版，1983 年 6 月第 4 次印刷。

註 16 《後漢書》，卷二九，〈鄧惲列傳〉，頁 1025，北京：中華書局，1965 年 5 月第 1 版，1982 年 8 月北京第 2 次印刷。

註 17 張金光，前引文，頁 35。

註 18 高敏，前引文，頁 109。

註 19 張金光，前引文，頁 37-38；又參林文慶，〈秦律「刑徒」有刑期說辨正〉，《簡牘學報》，第十三期，頁 30-31，民國 79 年 3 月。

有罪以贖及有債於公，以其今日問之，其弗能入及償，以今日居之，日居八錢；公食者，日居六錢……居贖債者，或欲籍人與並居之，許之……百姓有贖債而有一臣若一妾，有一馬若一牛，而欲居者，許。(註 20)

是居贖債除由個人繫於徒列自居外，亦可尋求他人共同分擔勞役，甚至得用奴婢或牛馬入贖，其贖額通常以日折八錢計算，但若是「貸衣食公」，須再每日扣抵二錢衣食錢。這裡的「人奴妾繫城旦舂」，合於上舉的第三種方式，而在債務未完全清償完畢前死亡，當然會說「日未備」了。至於「隸臣妾繫城旦舂」，從簡文中觀察，也有兩種情況，一是前言已論因犯了誣告罪，而暫繫於城旦舂六歲；一是如〈金布律〉所載：「隸臣妾有亡公器、畜生者，以其日月減其衣食，毋過三分取一；其所亡眾，計之，終歲衣食不足以稍償，令居之。」(註 21)隸臣妾若丟失了公器或牲畜，用扣減衣食費作償，也是要折日計算的，其數用全年衣食費的三分之一尚不足以償時，則須繫於城旦苦役若干日數。不管如何，此處的隸臣妾在暫繫當時，因亡命致使繫罪的效果中斷，彼者後又自出，故僅笞五十為戒，卻必須補滿逃亡期間中斷的繫日，才會有所謂「日未備」。縱觀上述情形，都與秦刑徒的刑期無涉，因此仍不能證明秦刑徒是有刑期的。

另外，秦簡裡的許多規定，如果將之視為有刑期，則簡文便會相互矛盾、許多問題無法解決。例如隸臣妾不同於刑徒，屬於終身不得釋放的奴隸，這是某些「有期說」者所主張的(註 22)。但是在秦簡裡，所謂奴隸性質的隸臣妾，卻能夠與有刑期的刑徒相互轉換刑目，且試觀〈法律答問〉：「隸臣將城旦，亡之，完為城旦」，隸臣監領城旦，後

註 20 《睡虎地秦墓竹簡》，頁 361-362。

註 21 《睡虎地雲夢秦簡》，頁 341。

註 22 如高敏，前引文，頁 107；又黃展越，前引文，頁 21。

者逃亡，無刑期的隸臣反倒因禍得福，成為有刑期的城旦，寧不怪哉？這種矛盾多已為學者所曾論及(註 23)。不僅如此，如果秦刑徒是有期的話，則某些史書上的記載也將變成無法理解。按《史記·商君列傳》載商鞅變法：「事末利及怠而貧者，舉以為收孥」，這應該是當時的法律規定(註 24)，然而僅是殖財營生及貧不舉事，就要被收沒為奴，反觀犯國法者，若按照「有期說」的意見，卻頂多處以「繫城旦六歲」，法律失衡至此，未免太不合理。

註 23 《睡虎地秦墓竹簡》，頁 426。同樣矛盾的例子在〈法律答問〉裡還有：「捕贓罪，即端以刀劍及兵刃刺殺之，何論？殺之，完為城旦，傷之，耐為隸臣。」殺人者論為有期的城旦，傷人者卻變成無期的奴隸；「盜過六百六十錢，黥劓以為城旦」、「司寇盜百一十錢，先自告，何論？當耐為隸臣，或曰贓二甲。」多盜錢者黥劓為城旦，雖在肉刑中屬重，但不如少盜錢者判罰終身勞役來得嚴苛。以上所見皆不合理。參見栗勁，前引書，頁 278-279；張金光，前引文，頁 31-33。

註 24 《唐律疏議·名例》曰：「衛文侯師於里悝，集諸國刑典，造《法經》六篇：一、盜法；二、賊法；三、囚法；四、捕法；五、雜法；六、具法。商鞅傳授，改法為律。」關於〈雜律〉的內容，《晉書·刑法志》的記載是：「其輕狡、越城、博戲、借假不廉、淫奢、逾制，以為〈雜律〉一篇」，這裡面部分內容，可能與秦漢時代的「七科謫」頗有關連。「七科謫」據《漢書·武帝紀》天漢四年張晏注是：吏有罪一，亡人二，贅婿三，賈人四，故有市籍五，父母有市籍六，大父母有市籍七，若歸納其內容，大概就是漢代常說的「姦猾吏民」。特別是其中的商人無賴，或因行為不端，或者干亂了社會風俗秩序而被刑，例如《漢書·酷吏傳》：「(尹)賞以三輔高第選守長安令，得一切便宜行事。乃……雜舉長安中輕薄少年惡子，無市籍商販作務，而鮮衣凶服，被鎧杵，持刀兵者悉記之，得數百人……分行收捕，皆劾以為通行飲食群盜。」以上皆合於〈雜律〉中輕狡、淫奢、逾制等條件，故我們認為，〈商鞅列傳〉中的「事末利及怠而貧者，舉以為收孥」，即是商鞅變法時所制訂〈雜律〉的部分內容，並為以後漢代所因襲。

《漢舊儀》述髡鉗以下諸種刑制，直曰「秦制」，是「有期說」據以為理的強烈依據，唯該書的可靠性自秦簡出後，就讓人頗感懷疑。陳直先生謂「衛宏漢舊儀，就輯本探索，文辭既簡，錯誤亦多」（註25），已非著時原貌；且《後漢書·儒林列傳》謂：「宏作《漢舊儀》四篇，以載西京雜事」，明見所談主要乃漢制而非秦制。當然，就漢承秦制的事實來論，也不能全然說《漢舊儀》中的漢制不能反映秦制，不過這其中卻可能存在著因時代遠隔而產生的臆說與舛訛。「有期說」者亦承認衛宏西漢東漢之交時人，距秦已二百餘年，而期間曾經秦焚書與項羽燒掠阿房宮，圖書兩遭厄運，衛宏所述不一定可靠（註26）。高恒先生就根據秦簡，證明《漢舊儀》所載秦制有不實脫落之處：

論者常以東漢衛宏的《漢舊儀》為據，證明秦時的城旦舂、鬼薪、白粲等刑徒是有服刑期限的。認真研究一下《漢舊儀》中有關刑徒的記載，不難看出，衛宏說的并不全是秦制……一、秦時，“司寇”下面，還有“候”。漢代的“候”已不是刑徒。因而衛宏也未將“候”列為刑徒。這說明衛宏所說不全是秦制。二、秦時無“髡鉗城旦舂”之名。漢文帝前元十三年，將秦時的“黥城旦舂”，改為“髡鉗城旦舂”。所以，此刑名也非秦制。三、據秦律規定，秦時的“資戍”僅作為對軍人犯罪的懲罰手段，并非一般的刑罰。並且也無“復作”之名。（註27）

除上面所言，《漢舊儀》不載「候」這種刑名，所載「髡鉗城旦舂」、

註25 陳直，《漢書新證》，〈自序〉，頁5，天津人民出版社，1959年10月第1版，1979年3月第二版第二次印刷。

註26 李力，前引文，頁19。

註27 高恒，〈秦律中的刑徒及其刑期問題〉，收入《秦漢法制論考》，頁94。高文列舉了《漢舊儀》中「髡鉗城旦舂」、「復作」兩種刑名是秦律所無。

「復作」皆非秦制外，在秦簡中尋常屢見的「隸臣妾」，《漢舊儀》也根本未曾提及。還有《漢舊儀》提到了「作如司寇」，秦簡未見，但是〈倉律〉中卻有「舂司寇」，是種與「城旦司寇」相對應的女刑徒(註 28)，其刑名內容和「作如司寇」似相重疊，因此我們懷疑「作如司寇」是後來在「舂司寇」、「城旦司寇」的基礎上發展起來的，屬於漢制，故班固將其列於《漢書·刑法志》的刑等之中，像敦煌出土的漢簡裡就嘗有「妻子耐為司寇作如」的記載。(註 29)

不僅如此，《漢舊儀》即使拿來說漢制，依然有張冠李戴的訛誤。舉「復作」一事為例，《漢舊儀》解釋為「男為戍罰作，女為復作」，不確。按漢代各類刑徒中，「復作」早見於史書中，《漢書·晁錯傳》載文帝時，錯上募民徙邊策，首曰：「先為室屋，具田器，迺募罪人及免徒、復作令居之。」其下臣瓚注云：「募有罪及罪人遇赦復作竟其日月者，今皆除其罰，令居之也。」(註 30)其議或本於秦昭襄王三十四年，曾遷「南陽免臣」於上庸之事(《史記·秦本紀》)。又《漢書·宣帝紀》，時武帝急治巫蠱，而宣帝以襁褓坐繫郡邸詔獄：

邴吉為廷尉監，治巫蠱獄於郡邸，憐曾孫(宣帝)之亡辜，使女徒復作淮揚趙徵卿、渭城胡組更乳養。

此復作乃女徒，故其下李奇注曰：

復作者，女徒也，謂輕罪，男子守邊一歲，女子軟弱不任守，復令作於官，亦一歲，故謂之復作徒也。(註 31)

李奇乃後於衛宏時代的人，說法相同，不知有無受到後者的影響？至於

註 28 《睡虎地秦墓竹簡》，頁 332。

註 29 《敦煌漢簡》，《釋文》，頁 257。

註 30 《漢書》，卷四九，〈爰盎晁錯傳〉，頁 2286。

註 31 《漢書》，卷八，〈宣帝紀〉，頁 236。

兩人的看法是否允當，可取《居延漢簡》與之比照，今錄幾則如下：

「復作大男蔡市□」 (六〇·二)

「居延復作大男王建」 (三七·三三)

「武以主領徒復作為職，居延芟徒城旦大男殷，署作府中寺舍。」 (五六〇·二A)

上舉前兩則漢簡，皆有「復作大男」字樣，是復作有男徒可證。又《漢書·王子侯表上》載，濟北王子遂因盜賊，「會赦，復作」，亦可證復作乃女徒專稱，非是(註 32)。觀察李奇之說，解釋復作名稱由來，是因「復令作於官」之謂，頗有望文生義之嫌；至於衛說既無解於秦代，從漢制也不盡正確，不知其說從何而據。另外，敦煌漢簡有一簡載：「右肩左黔，皆四歲□」(二一一八)(註 33)，一般從《漢書·刑法志》、《漢舊儀》所得之印象，文帝改制後已無肉刑或黥刑，「當黥者，髡鉗為城旦舂」，此又不然。同時，《漢書·武帝紀》元鼎四年「作寶鼎、天馬之歌」條下李斐注云：「南陽新野有暴利長，當武帝時遭刑，屯田敦煌界」(註 34)，可見漢武帝時代仍或用肉刑。然則東漢時人如衛宏等著書時，於文帝改肉刑為徒刑的內容，已不暢然皆曉矣。總之，從上述的例子，知道「有期說」所依據的《漢舊儀》，說秦代至漢文帝時期的法律制度及其變遷，並不一定可靠，所舉秦簡資料也無法證明秦刑徒有刑期。

上舉高恒先生說，從秦墓竹簡中，絕未見到應服刑期的規定，這並

註 32 關於漢代復作徒，亦可參吳榮曾，〈漢簡中所見的刑徒制〉，原載《北京大學學報》(哲學社會科學版)，1992 年第二期，收入氏著《先秦兩漢史研究》，頁 267-270，北京：中華書局，1995 年 6 月第 1 版。

註 33 甘肅省文物考古研究所編，《敦煌漢簡》，《釋文》，頁 302，北京：中華書局，1991 年 6 月第 1 版。

註 34 《漢書》，卷六，〈武帝紀〉，頁 184。

非是墓主喜的一時疏忽；有學者亦認為，秦簡涉及徒刑名稱百次以上，卻不見正面提及刑徒刑期，更無刑滿釋放的記載，也正是無刑期的有力證據(註 35)。不過劉海年先生卻認為：

只要翻閱一下《史記》、《漢書》或者有關兩漢的其它資料就會發現，在法律行文中只寫明徒刑刑名，而不注明具體刑期，秦如此，漢也如此；漢文帝改制前如此，漢文帝改制後也如此。(註 36)

劉文並列舉多條兩漢史書中的例子，以證明漢代史料亦皆不注明刑期，非秦簡獨然。然而劉海年先生似乎未注意及秦簡與漢史間的差別，例如《漢書》作為史書的一種形式，在題材與內容上勢必要有所剪裁取捨，不可能凡事載記鉅細靡遺，而且〈刑法志〉裡也已經提綱挈領，將刑期列舉於上，若還一一於諸表紀傳中詳述，豈不使行文內容顯得臃腫累贅，這是體例要求使然，也並非如劉文說的全未注明刑期。至於秦簡則屬於法律條文和文書，必須強調它的精準性與規範性，否則在實際運作時，會有無所適從或任意曲解之虞。正如《商君書·定分》曰：「聖人為法，必使之明白易知，名正，愚知遍能知之」，《韓非子·難三》也說：「法莫如顯，是以明主言法，則境內卑賤莫不聞知也」，漢人嘗說「秦以刑罰為巢，故有覆巢破卵之患」(註 37)，這固然是對秦任用法術，「舉措暴眾而極大刑」(註 38)的一種歷史批判，然而秦人強調法治，極力要求法律定位明確，不出現漏洞，卻也是不爭的事實。我們試觀秦律中各種規定，諸如〈倉律〉：「入禾稼、芻稿，輒為廩籍，上內

註 35 栗勁，前引書，頁 278。

註 36 劉海年，前引文，頁 71。

註 37 陸賈撰，《新語》，〈輔政第三〉，頁 5，《新編諸子集成》第二冊，臺北：世界書局，民國 72 年 4 月新四版。

註 38 同上註，〈無為第四〉，頁 7。

史」，「稻後禾熟，計稻後年。已獲上數，別粢、糯、黏稻。別粢、糯之釀，歲異積之，勿增積，以給客，到十月牒書數，上內史。」(註 39)對於地方政府受納的穀物、草料等，都要詳細造冊登列收穫年分、種類，上報內史；〈金布律〉：「布袤八尺，幅廣二尺五寸。布惡，其廣袤不如式者，不行。」(註 40)布貨如果質地不佳，長寬不合政府標準，絕對不准流通；又〈工律〉：「為器同物者，其大小、短長、廣亦必等。」(註 41)製造同式器物，皆有一定規格，不得稍逾尺矩；另外，由於作器好壞須課以責任，因此公器物上頭大率皆記有製造年月、地區、監造與直接製造人名等；還有〈法律答問〉：「實官戶關不致，容指若挾，廷行事貲一甲。」(註 42)管理倉房而門門不緊，僅產生一點小空隙，即要受貲罰(註 43)。凡此，容或予人秦法密於凝脂的觀感，卻也可見秦代對各種法律行政或數字管理，都務求做到條列分明、精確無誤。以上僅是稍舉數端，可得之例尚不勝枚舉，但是卻可以看出秦代法律精神裡，要求「名正」、「法顯」的一面。在此種情形下，若說秦有刑期，卻又在所有實際運作的法律文書中皆不加以注明，致使人吏用刑時，得有巧事欺誑、上下其手的機會，是難以想像而不合情理的，此其一。並且，漢代史書雖一般不載刑期，但並非沒有刑滿釋放的例子，譬如《後漢書·段熲列傳》：「(熲)坐詐璽書，伏重刑，以有

註 39 《睡虎地秦墓竹簡》，頁 321、323。

註 40 《睡虎地秦墓竹簡》，頁 336。

註 41 《睡虎地秦墓竹簡》，頁 348。

註 42 《睡虎地秦墓竹簡》，頁 481。

註 43 〈工律〉：「公甲兵各以其官名刻久之，其不可刻久之者，以丹若髹書之。」，見睡虎地秦墓竹簡》，頁 350。近年出土的秦代青銅器銘文上，如一些「上郡戈」、「高奴權」等，上面就有製造年月、地區、漆工或刑徒工匠的名稱。見張政烺，〈秦漢刑徒的考古資料〉，《北京大學學報》，1985 年第 3 期。

功，論司寇刑竟，徵拜議郎。」又〈橋玄列傳〉謂玄：「坐事為城旦。刑竟，徵，再遷上谷大守。」這兩條史料有刑名，又說「刑竟」，是和秦簡完全不見刑滿釋放記載有所差別的。再就敦煌漢簡來看，除了上舉「右肩左黔，皆四歲□」一條資料外，我們另外也可找出關於刑期的記錄：「□□如詔書減刑各一歲，刑當竟七年五月八日」（二三一八）（註44）。為何同屬出土文書，漢簡能有，而遍察秦簡數百法條卻不能有刑期記錄，唯一合裡的解釋，當然是因為秦刑徒沒有刑期。

參、漢文帝除肉刑後的刑期問題

漢文帝十三年除肉刑，是中國法制史上的一大變革，從而也使原本依循秦律的，由身體刑與勞役刑結合的刑罰體系，朝向純粹的勞役刑過渡。與此同時，同樣具有劃時代意義的是，又一反秦制，規定出刑期有期化，使罪人得以刑滿釋放。

根據《漢書·刑法志》，因為少女緹縈上書，願以身沒為官奴婢代父贖刑，文帝覽奏，憫肉刑使人「斷支體，刻肌膚，終身不息」，於是下詔：

其除肉刑，有以易之，及令罪人各以輕重，不亡逃，有年而免。具為令。（註45）

上述詔書的內容可分成兩個部分，一是除肉刑，一是規定刑徒只要不逃亡，就有獲釋機會。針對文帝兩項原則性指示，以丞相張蒼、御史大夫馮敬為首的臣僚，隨即制訂了實際執行的措施，上奏皇帝，並獲准正式成為定律，因此奏議也分成兩個部分，為明白兩者的區分，（ ）內的標號由作者自行所加：

註44 《敦煌漢簡》，《釋文》，頁310。

註45 《漢書》，卷二三，〈刑法志〉，頁1098。

臣謹議請定律曰：(一)諸當完者，完為城旦舂；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，及殺人先自告，及吏坐受賕枉法，守縣官財物而即盜之，已論命復有笞罪者，皆棄市。(二)罪人獄已決，完為城旦舂，滿三歲為鬼薪白粲。鬼薪白粲一歲，為隸臣妾。隸臣妾一歲，免為庶人。隸臣妾滿二歲，為司寇。司寇一歲，及作如司寇二歲，皆免為庶人。其亡逃及有罪耐以上，不用此令。前令之刑城旦舂歲而非禁錮者，如完為城旦舂歲數以免。

關於第(一)部分，按照丞相張蒼等人的定制，廢除肉刑後，完城旦舂以下各類刑徒仍依舊制，而髡鉗城旦舂則是新增的刑名，以取代原來的黥城旦舂(註 46)；另外劓、斬左止、斬右止等黥城旦舂的附加肉刑，也由笞刑或乾脆上升為死刑所替換。至於第(二)部分，則是遵循文帝「有年而免」詔令所制訂的各種刑期規定，乃更除「前令」後的新頒行律令，其刑作內容，大致上已經為《漢舊儀》所加以說明。

主張「有期說」者，並不贊同〈刑法志〉上的「有年而免」，是指規定了刑期，他們有的認為，文帝無非受了緹縈代父贖刑之舉所感動，故強調應照規矩辦事，只要不逃亡，就按判刑的期限如期釋放，不要「有年不免」罷了(註 47)。或者認為，「有年而免」對象僅指「隸臣妾」而言，是文帝受到緹縈「願沒身為官婢」上書的影響，從此將終身服刑的隸臣妾，改為有固定刑期(註 48)。這兩種看法都大可商榷。

就第一項觀點而言，文帝廢除肉刑的原始動機，在於此種刑罰手

註 46 見富谷至，〈漢代的兩座刑徒墓——關於秦至後漢的刑役與刑期〉，頁 345。原載京都大學人文科學研究所刊《中國貴族制社會的研究》(1987 年 3 月)，收入劉俊文主編，《日本中青年學者論中國史》，《上古秦漢卷》，上海古籍出版社，1995 年 12 月第 1 版。

註 47 黃展越，前引文，頁 21-22。

註 48 高敏，前引文，頁 110。

段，斷肢體，刻肌膚，使受者終身不息，以致後來「或欲改行為善，而道無繇至」，因此文帝改制，首重給予犯者一條改過遷善的途徑。相對而言，使罪犯刑期有期化，也是促成「改行為善」的必要條件，否則一位終身不得釋放的罪犯，如何有改過自新的餘地。所以在文帝的詔書裡，緊隨「其除肉刑」而來的，就是關於「有年而免」的刑期改革，兩者在立法精神上，明顯有表裏一致的邏輯關係，這在〈刑法志〉裡已說得很明白。相反地，正如高恒先生所言，在緹縈的上書以及文帝的詔令中，我們卻完全看不出有任何地方，曾經談到了刑滿不被釋放的法律弊端，以致會引起文帝對強調照規矩辦事的重視。而且，如果真要敦促司法當局依律行事，就應該制訂具體規範，而不是僅重申刑期了事，可是丞相張蒼等人草擬的新律，卻又無隻字片語涉及這方面的問題，因此上述看法甚難獲得認同(註 49)。至於第二項觀點，以為「有年而免」單只針對隸臣妾，使其從無服刑期限變更為有期，也只說明了部分事實。因為不論是文帝詔書中，「令罪人各以輕重，不亡逃，有年而免」，還是張蒼等人後來的奏議，內容明顯都是包括所有的刑徒，非僅更改隸臣妾刑期而已，我們只要稍稍翻閱一下〈刑法志〉，便可一目了然，是以此種看法也說不通。

《漢書·刑法志》所記錄的刑期規定是一種新制，這從詔令結尾使用「具為令」的行文語氣來看，應無疑義(註 50)。不過分析其中內容，卻有一些難解之處，第一，若與《漢舊儀》比較，可見兩者的刑期不盡相同，例如完城旦，《漢舊儀》作為四歲刑，而依照〈刑法志〉的講法，一般可解釋為服三年城旦舂後，轉服鬼薪白粲一歲，然後再加服

註 49 參見高恒，〈秦律中的刑徒及其刑期問題〉，頁 93。

註 50 據該條下顏師古注：「使更為條制。」近人沈加本氏亦曰：「所謂斷罪用新頒律也。」可證「具為令」是新制訂頒行的律令。見《歷代刑法分考》，〈刑法分考十一〉，頁 2，臺灣：商務印書館，民國 65 年 10 月臺一版。

隸臣妾一歲，以上共是五年，其中有一年的差別。第二，〈刑法志〉本身各種刑期間的對應關係，也有扞格矛盾之處，例如在轉服司寇的情況下，只要一年就可釋放，但同一級的作如司寇卻要二年；還有，鬼薪白粲、隸臣妾等都是作為它刑的轉刑而被敘述，至於本身刑期如何，完全無法從正文中得知。所以不少學者懷疑，〈刑法志〉記載的缺漏，是因其中有脫文所致，並試圖插入一些推測的詞句，以修補原文。（註 51）

如果按照秦代並無「髡鉗城旦舂」之名，此乃文帝廢除肉刑後，新增設的刑名這項事實來判斷，則提及它的《漢舊儀》，主要敘述的無疑是文帝改制以後的漢代刑罰體系。再就秦簡裡時常出現的「隸臣妾」而言，〈刑法志〉論述文帝除肉刑時還列名其上，但是後來衛宏並未加以記載，這是因為該等刑級，從漢武帝以後已廢棄不用，以致逐漸消失於漢人記憶之中的緣故，因此《漢舊儀》所述更有可能是武帝以後的制度

註 51 張金光先生認為，「唯《志》中不見鬼薪白粲之刑期，當為脫漏。」前引文，頁 39。滋賀秀三先生則試圖加上一些詞句，以使文意暢通，其所擬〈刑法志〉脫文用【】表示：「罪人獄已決，完為城旦舂滿三歲，為鬼薪白粲。鬼薪白粲一歲，【免為庶人。鬼薪白粲滿二歲】，為隸臣妾。隸臣妾一歲，免為庶人。隸臣妾滿二歲，為司寇。司寇一歲，及【司寇】作如司寇，皆免為庶人。其亡逃及有罪耐以上，不用此令。前令之刑城旦舂，歲而非禁錮者，如完為城旦舂，歲數以免。」見氏著〈西漢文帝的刑法改革和曹魏新律十八篇篇目考〉，原載東方學會《東方學》第七九輯，1987 年，及《國家學會雜誌》六九卷七號，1955 年。又收入劉俊文主編，姚榮濤、徐世虹譯，《日本學者研究中國史論著選譯》（八），頁 80，北京：中華書局，1992 年 7 月第 1 版。必須指出，加擬脫文之舉雖甚富創意，卻也不免予人過分臆測的印象。例如「【鬼薪白粲滿二歲】」一句，若沒有預定看法，可以加上一歲，也可以加上三歲，甚至是任何看似合理的數字，這是先有立場，再來解釋歷史。而其刑期數說法率同於《漢舊儀》，足證其先已受到該書關於刑期記載的影響，以此為據，再來加擬脫文，然而《漢舊儀》的刑期，是否可以等同〈刑法志〉的刑期，不能無疑。

(註 52)。準此，〈刑法志〉與《漢舊儀》之間既有完五或完四等刑期的差別，我們是否可據以假設，此乃法定刑期隨時代演進變遷的結果？甚至說，兩者間的不同，並非單只相對刑期長短而已，還存在著更根本的，屬於制度上的差異？以下我們就根據〈刑法志〉本文，試著從幾個方面探討上述的可能性。

依照學界各種看法，雖然對漢代髡鉗城旦舂的刑期，有主張四年或五年的(註 53)，而完城旦舂亦有五年、四年、三年等不同的見解(註 54)，但一般而言，多認為髡鉗城旦舂應作五歲，完城旦舂四歲，鬼薪白粲三歲，司寇及作如司寇皆為二歲。易言之，就漢代刑期(包括文帝時代)完全是定期刑的觀點來說，至今並無人提出異議，這應當是受到《漢舊儀》，關於刑期內容看似言之確鑿的影響。然而正如上面所述，《漢舊儀》講的可能是武帝以後的制度，不必然適用於文帝改革前後的刑徒刑期；另一方面，〈刑法志〉本身，事實上並沒有提出各類徒刑之明確服刑年數，現在一談到它著錄的刑期，總是必須配合《漢舊儀》，再參照文章內容，用相互折算的方式來推定。例如根據記載，服完城旦

註 52 關於「隸臣妾」消失於武帝中期以後的事實，可參富谷至，前引文的考證，說法似乎可取。

註 53 沈家本根據《史記·秦始皇本紀》如淳注：「律說，論決為髡鉗……城旦，四歲刑」，以及《漢書·惠帝紀》應劭注：「城旦者，旦起行治城，四歲刑」，主張「髡鉗城旦舂」乃四歲刑。見氏著，前引書，頁 1；程樹德則完全採用《漢舊儀》之說，考證為五歲，此說在今日幾成定論。見《九朝律考》，卷一，〈漢律考〉，頁 51，臺北：商務印書館，民國 62 年 8 月臺二版。

註 54 關於完城旦五歲說，可見張金光，前引文，頁 39；沈家本，前引書，頁 2，作三歲；而四歲說最為目前學界所取，例如滋賀秀三，前引文，頁 81；又堀毅，〈秦漢刑名考〉一文，亦主此。收入氏著，《秦漢法制史論考》，頁 152，北京：法律出版，1988 年 8 月第 1 版。上述四歲說以程樹德最先考證成說，而為多數學者所認可。程說出處同上注，頁 52。

春若干年後，轉服鬼薪白粲若干年就得以獲釋，則鬼薪白粲的刑期可假定為若干年等等。由於論點來自間接推測，以致各種刑徒的刑期眾說紛紜，歧異不斷。這就使人開始懷疑，〈刑法志〉為何不像《漢舊儀》一般，直接了當述明各類徒刑的刑期即可，而非得拐彎抹角，用互為對照的方式來呈現刑期樣貌。可能的情况是，文帝的改制，根本不似後人所理解那般，已經完全明確定出各級刑徒的固定刑期(例如《漢舊儀》的髡五完四等等)，而是仍維持部分無刑期的制度。其理由之一是，從〈刑法志〉內容看來，文帝改制後的「髡鉗城旦舂」，恐怕一時仍沒有特定的服刑期限。

如果觀察上舉張蒼奏言的第(二)部分，大致又可將其細分成三個段落：

- 一、罪人獄已決，完為城旦舂，滿三歲為鬼薪白粲。鬼薪白粲一歲，為隸臣妾。隸臣妾一歲，免為庶人。隸臣妾滿二歲，為司寇。司寇一歲，及作如司寇二歲，皆免為庶人。
- 二、其亡逃及有罪耐以上，不用此令。
- 三、前令之刑城旦舂歲而非禁錮者，如完為城旦舂歲數以免。

第一段敘述了刑名與刑期的內容，可視作該項法規的主體部分；第二、第三段，則是作為第一段法規主體的條件限制而存在，屬於但書部分：如果犯罪逃亡不接受法律裁決，或者罪犯又重複犯罪，以及刑城旦舂被禁錮者，皆不得適用該項規定。

從第一段我們可以發現，「免為庶人」的範圍，是從完城旦舂開始，結束於司寇及作如司寇，但是依據第(一)部分的「當黥者，髡鉗為城旦舂」之句來看，完城旦舂上面，顯然還有一級髡鉗城旦舂，其待遇如何，在〈刑法志〉裡完全不見提及，這應該不是無意間遺漏，而是法律另有規定。

理論上，文帝改制的法律效果，雖是面向未來的，但必定也會同時

影響已在服刑中的徒犯，第三段的但書，正是針對此種情況而設。因為使用「前令之刑城旦舂」的語法，而不直接說「髡鉗城旦舂」，代表受規範對象是這類改制前已存在的刑徒，他們被規定，如果完為城旦舂，就可以按照第 1 段的辦法，服刑若干年後獲釋。「如」的語氣是一種條件說，相對而言，若不能完為城旦舂，就無法「歲數以免」。至於改制後才產生的「髡鉗城旦舂」，其待遇如何雖不見明文記載，若考慮到「刑城旦舂」受有這般限制，則前者似乎也應該處於同樣情況。亦即依照〈刑法志〉文意，第一段的「免為庶人」，是從完城旦舂以下始得適用，那麼髡鉗城旦舂也只有先降等為完，才能開始服特定的刑期，直至獲得釋放為止。

綜合上述，張蒼奏言第二部分的實施要點是，改制前後產生的完城旦舂以下各類刑徒，皆得適用新律，服刑若干年後免為庶人；舊制的「刑城旦舂」以及後來的「髡鉗城旦舂」，則必須「如完為城旦舂」才可「歲數以免」，否則它們就始終處於一個服不定期刑的狀態。

但是有一點值得討論，第三段關於但書的條件有二，除「如完為城旦舂」一項外，還包括已服過一年髡鉗刑而「非禁錮者」，其含意不甚明瞭，有學者說：「漢代禁錮是剝奪做官的資格，這裏的禁錮是與此同義，還是被禁錮者永遠服役，或另有所措，姑存疑。」（註 55）這種看法無意間已經觸及問題的核心，我們認為，禁錮在〈刑法志〉裡的意思，是指因某些原因，髡鉗城旦舂被限制不得降等為完城旦舂，也就是仍舊維持無特定刑期的狀態。由於它和限制做官一樣，都是含有取消某種權利的意思，故被借用於此，只有這樣解釋，才能與下一句「如……」的行文語氣連貫。總之，從上述討論，可知文帝改制時期的髡鉗城旦舂，可能仍依舊制，為沒有服刑期限的刑徒。

漢文帝時期的髡鉗城旦舂，雖然無服刑期限，並不代表他們就永遠

註 55 滋賀秀三，前引文，註 18，頁 96。

不得釋放，而是處於一種不確定刑期的狀態，已如上述。同時，也有另一批刑徒，並不在適用特定刑期規定之列，即是上舉第二段所謂的「其亡逃及有耐罪以上，不用此令」，而這一條規定也能再次證明，當時的確是尚存有無刑期的制度。如此，文帝改制後的刑罰制度，是既存在著不定期刑的情況，卻又有刑滿釋放的規定，就使人頗感難以為其定位。

按漢代刑期的內容為何，不僅今日人言言殊，即是漢人之間也有不同說法，舉完城旦舂為例，《漢舊儀》作四歲，但是同處東漢的鄭玄，則謂居作三年，已有歧異(註 56)。再看〈刑法志〉：「完為城旦舂，滿三歲為鬼薪白粲。鬼薪白粲一歲，為隸臣妾。隸臣妾一歲，免為庶人。」似乎鬼薪白粲為二歲刑，隸臣妾一歲刑，皆異於《漢舊儀》，故程樹德《九朝律考》取隸臣妾分有一歲、二歲兩種(註 57)。細思這中間種種差別，如果要定出一個完全讓人信服的刑期，就現有資料來看，恐怕是永無著力之處。其原因在於，制度往往會隨時代變遷，並非亙古不易，如上述說法的年數各異，可能就是時代不同的緣故。前曾提及敦煌漢簡「右肩左黔，皆四歲□」一條，其脫字陳直先生解作「皆四歲京」，京即黥，從文意觀察，似為可取(註 58)。出土簡牘的年代，從最早的天漢三年(98 B. C.)，到最遲的永和三年(137 A. D.)(註 59)，而「京四歲」非完刑甚明，如此就只能是髡鉗城旦舂一類了。是則從東漢初期上到西漢武帝之時，有一階段的髡鉗城旦舂可能是作四歲刑(註

註 56 《周禮·秋官司寇第五》「髡者使守積」條下鄭玄云：「髡當為完，謂但居作三年，不虧體者也。」鄭玄注，賈公彥等疏，《周禮注疏》，卷三六，頁 883，臺北：大化書局十三經注疏本，民國 71 年 10 月初版。

註 57 程樹德，前引書，頁 55。

註 58 陳直，前引書，頁 164。

註 59 參見林劍鳴編譯，《簡牘概述》，頁 16，臺北：谷風出版社，民國 79 年 9 月。

註 60 例如本文註 53，引如淳、應劭對髡鉗城旦舂是四歲刑的看法，也能支持此種見解，問題是如果真有行四歲者，究竟是何時的制度。

60)，果真衛宏髡鉗五歲的說法亦無異，那麼其一歲之差，是否得解釋做就是制度變遷的結果？《晉書·刑法志》亦嘗謂：「漢自王莽篡位之後，舊章不存」（註 61），蓋衛宏著書時的環境，已是「舊章不存」，於西漢刑制難免有所隔閡，乃至或而以東京易西京之制。從上面諸種證據，再結合前已論證過的，文帝時期髡鉗城旦舂沒有固定刑期，以及《漢舊儀》所述應該是武帝以後的刑制等，在在顯示，文帝改制後直到東漢的法律規定，已有所轉變。

分析〈刑法志〉的內容，其屬於有特定刑期的部分，應是採取降等服役的辦法，例如：完城旦舂先服三年本刑，然後為鬼薪白粲一歲，最後再服一年隸臣妾，得免為庶人。而所謂刑期固定，應是指罪犯判刑確定後，就根據其刑名服一定期限到底，像《漢舊儀》所載刑期那般，但這絕非是〈刑法志〉裡文帝時期的服刑辦法。其實從秦簡裡，或許能夠追溯到一點如此定制的源頭，〈司空律〉載：

毋另居貲贖債將城旦舂。城旦司寇不足以將，令隸臣妾將。居貲贖債當與城旦舂作者，及城旦傅堅、城旦舂當將司者，二十人，城旦司寇一人將。司寇不足，免城旦勞三歲以上者，以為城旦司寇。（註 62）

「城旦司寇」任務之一，是負責監督城旦舂。簡文言「免城旦勞三歲以上者」，有人認為就是有刑期的證據（註 63），並非事實。而是說將司的司寇人數不足時，可以令已服過三年刑的城旦，降等為「城旦司寇」，從事上述監督工作。相反地，如果秦為有刑期，或者如〈刑法志〉採取的折等辦法，則服三年刑後，直接降為司寇即可，何必還故意

註 61 《晉書》，卷二十，〈刑法志〉，頁 917，臺北：鼎文書局，民國 65 年 10 月初版。

註 62 《睡虎地秦墓竹簡》，頁 365。

註 63 李力，前引文，頁 18。

稱為「城旦司寇」，可見其役作內容雖或因此獲得緩解，作為無期則仍如一。秦簡「城旦司寇」的存在，表明當時刑徒雖然長期服刑，卻有機會轉換刑目，這亦非偶然之例，像〈司空律〉又提到「城旦舂之司寇」、〈倉律〉也有「舂司寇」，是該類男女刑徒都可減等(註 64)。若比較秦簡和〈刑法志〉的內容，兩者皆一定程度實施降等為刑，其中實有予人似曾相識的感覺，所不同者，一為有期，一為無期而已。因此我們認為，這恰好表現出文帝改制，是處於從秦代的無服刑期限，朝向後來漢代有確定刑期的一個過渡階段，裡邊髡鉗城旦舂猶帶不定刑期的色彩，至於其他刑級，彼此間既可互相轉換，也可以作為另種刑罰的服刑基準來折算年數，直到獲得釋放為止。如此便能解釋，為何〈刑法志〉記載服刑期限顯得不明確的緣故，因為文帝時期，或許除了底層的司寇、作如司寇外，根本就沒有任何一種刑級，是刑徒可以一路掛名服刑到底的。一直要到後來，各種刑級的刑期才演變成固定，而為《漢舊儀》所記錄，以致造成兩者對刑期敘述方式大不相同。

肆、結語

漢文帝除肉刑，乃中國封建禮刑的一大變革，邱濬《大學衍義補》嘗曰：「自是以來，天下之人犯者始免斷肢體，刻肌膚，百世之下，人得以全其身不絕其類者，文帝之德大矣。」(註 65)此後，兩漢刑罰約略可分成三個等級：一是死刑，包括梟首、腰斬、棄市等；二是髡鉗城旦舂；三是完城旦舂以下至司寇。另外，又有各種非人身刑，例如貲

註 64 《睡虎地秦墓竹簡》，頁 332、364。

註 65 邱濬，《大學衍義補》，《四庫全書薈要》，《經部禮類》，第 67 冊，頁 67-312，臺北：世界書局摘藻堂景印本四庫全書薈要，民國 77 年 2 月初版。

罰、禁錮、奪爵、除名等等(註 66)。這樣的刑罰等級，大約是依重刑、中刑、輕刑的標準來設定。然而正如東漢仲長統所言：

肉刑之廢，輕重無品，下死則得髡鉗，下髡鉗則得鞭笞。死者不可復生，而髡者無傷於人。髡鉗不足以懲中罪，安得不至於死哉。(註 67)

漢代法律在肉刑廢後，逐漸出現許多不均衡的現象，一些非死刑罪，殺之則太重，髡之則太輕，適用上難以明白定位，以致造成「人輕犯法，更易殺人」的問題(註 68)。由於人吏「患刑輕之不足以懲惡，則假減貸以成罪，托疾病以諱殺」(註 69)，常用死以濟其輕，故班固於〈刑法志〉上說：「考自昭、宣、元、成、哀、平六世之間，斷獄誅死率千餘口而一人」，「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。」這與文帝時期，「斷獄四百，有刑措之風」的司法情況，顯然大相逕庭(註 70)。而兩漢死罪輕濫，民怨積深，乃不得不常行減死以彌刑，並且降減為刑之目甚多，舉凡非死以下，例如減死髡鉗為城旦舂、減死論為鬼薪或司寇、下蠶室、減死歸家、減死坐輸左校右校等罪名，多可用作抵死之標的。唯其中行用最廣的降減，莫過於減死徙邊。

徙罪人的記載可見甚早，《尚書·舜典》裡有「流宥五刑」，內容包括放、流、竄。秦代亦有遷徙懲罪的規定，明定於法，稱為「遷」，

註 66 參陳連慶，〈漢律的主要內容及其階級實質〉，收入中國秦漢史研究會編，《秦漢史論叢》，第一輯，1981年9月第1版。

註 67 《後漢書》，卷四九，〈仲長統列傳〉，頁1652。

註 68 《晉書》，卷三十，〈刑法志〉，頁918，臺北：鼎文書局，民國65年10月初版。

註 69 同註39。

註 70 《漢書》，卷二三，〈刑法志〉，頁1097。

使用範圍相當廣泛(註 71)。與此不同，漢之流放則皆曰「徙」。從後代的觀察來說，漢徙與秦遷最大的差異，是前者以流代死，乃次死一等的重刑，而「遷」在秦律體系裡則是種輕罰，也不列入先秦五刑之中(註 72)。顯而易見，漢徙屬重原因之一，是由於肉刑廢除後，法的體系「輕重無品」，重罪(死刑)與中罪(髡鉗)之間落差太大，進而造成許多問題，以致需有一措施來填補其間的缺口。惟究其實，漢代刑罰深刻嚴酷，刑期制度的改變，也不能不說是另一因素。因為廢除肉刑與規定刑期，當時是一併執行而共同產生影響的，漢代刑期若從《漢舊儀》之說，最高僅得五年，即使加上髡鉗，也未必足以預防「人輕犯法」的人性弱點。只因刑期無期的規定，在有期制經行日久後，已漸為人所淡忘，而肉刑制卻因兩漢仍或施行(註 73)，人們記憶猶新，遂成為當時針砭司法刑輕弊病者攻擊的重點。反觀秦代，遷刑始終屬輕，是由於法律體系並無嚴重落差、不須提升遷刑的位階與懲罰效果，來防堵漏洞的緣故。據此，從刑罰體系安排上的差別，似也可窺覘出秦漢刑制的異同。

註 71 秦代的「遷」刑，從〈秦律雜抄〉、〈法律答問〉裡，可以找到許多相關的例子：「吏自佐史以上負從馬，守書私卒令市取錢焉，皆遷。」「百姓不當老，至老時不用請，敢為詐偽者……伍人戶一盾，皆遷之。」「(為盜)不盈二百二十錢以下到一錢，遷。」見《睡虎地秦墓竹簡》，頁 409、417、426。

註 72 參見邢義田，〈從安土重遷論秦漢時代的徙民與遷徙刑〉，收入氏著《秦漢史論稿》，頁 416、422-423，臺北：東大圖書股份有限公司，民國 76 年 6 月初版。

註 73 據《後漢書·陳寵列傳》曰：「帝(肅宗)敬納寵言，每事務於寬厚。其後遂詔有司，絕鉗鑽諸慘酷之科，解妖惡之禁，除文致之請讞五十餘事，定著于令。」可見漢代肉刑仍未全面禁絕。頁 1549。