

唐至宋舊五刑體制的破壞與元代近世新五刑的建立 *

王信杰 **

摘 要

自《唐律疏議·名例律》文中規範了笞、杖、徒、流、死，五種刑等，其後多為後世所沿襲，五代乃至兩宋在刑名等級多用舊律定罪定刑，惟宋太祖制定折杖之法，以擊打脊杖或臀杖代換原先的笞、杖、徒、流四種刑的執行。是故有「流罪得免遠徒，徒罪得免役年，笞杖得減決數」這樣與原先唐制五刑名實脫離的狀況。

約莫與兩宋同期在北亞稱雄的遼、金乃至後來統一中國的元的刑罰體系不可諱言地在「漢法化」的過程中也深受唐律的影響，接受中原漢地為主發展出的法律文化成果，也因為實際統治的必要不得不「改就亡國之俗、下從臣僕之謀。」基於實際案件斷例的整理編排，摸索出一條參酌古今的刑罰體系，但也因此無心插柳促成了下開明清時代近世新五刑的發展。

* 本文為 2011 年 9 月「唐律與國家秩序」會議中發表之文章，感謝當時評論人陳俊強老師與其他師長提供的寶貴意見，同年投稿《史耘》感謝兩位匿名審查人寶貴的審查意見。後有被元照於 2013 年 9 月出版之會議論文集收入，特此說明。

** 作者為國立臺灣師範大學歷史系博士生。

本文試著從南北兩系的觀點，觀察原先唐律五刑體制的破壞與再建立，文中將兩宋視為南系，遼、金兩朝視為北系，並將結束分裂局勢的元朝五刑體制建立當作近世新五刑的開始。指出兩系發展的特色及對日後元朝重建五刑上扮演的影響。死刑，因為這個刑等，在唐以後並無實際上名實不符，或成為其他刑等併科的演變，是故本文不討論此一刑等的變化。

關鍵詞： 五刑制度、元代、唐律、《泰和律》

一、引言

若將《唐律疏議》作為隋唐時代法律代表，隋唐的法律發展實有融合南、北朝兩系的傾向，而非程樹德於《九朝律考》中所畫之律系表中，漢律→後魏律→北齊律→隋開皇律→唐律，如此直接單線式的發展。¹關於此事陳寅恪於《隋唐制度淵源略論稿》中已論之甚詳，²後又有劉俊文於《唐代法制研究》考訂唐律法典的源流修正部份意見，都支持唐律有兼採兩系的事實。³

照程氏的律系表，唐以後的律系發展為唐律→宋刑統→明律→清律。乍看之下少了元朝。若再細究，唐末建國的遼朝、滅遼亡北宋的金朝，均不現於律系表之中。又如法制史前輩學者楊鴻烈、徐道鄰等，均對遼、金兩朝不甚關注，評價亦不高，普遍來說，似不認為遼、金、元三朝的法律對明清有著深遠影響。⁴僅有少數前輩學者如沈家本、薛允升在透過唐律與對本朝律法（清律）的比較研究，提出明律受元律影響極大的看法。⁵

¹ 程樹德，《九朝律考》（北京：中華書局，2006），頁4律系表。

² 陳寅恪，《隋唐制度淵源略論稿》（臺北：里仁出版社，1994），〈刑律〉，頁94-109。

³ 劉俊文著，《唐代法制研究》（臺北：文津出版社，1999），頁64-77。文中考訂修正了程氏的單源直線說，並修改陳氏三源說的一些錯誤，如漢律以下當以晉律為宗，隋代修律有兼採北齊、北周與梁、陳之法，陳氏部分立論有違歷史事實。

⁴ 徐氏甚至在其作品《中國法制史論略》中元代部分立一標題為「元代法律的奇奇怪怪」言元代立法技巧的幼稚，參徐道鄰，《中國法制史論略》（臺北：正中出版社，1953），頁86-88。

⁵ 兩氏均為清人不便對時律有所批判，又清律大部分條文直接繼承明律，故屬指桑罵槐的評論頗多。關於明律承襲元律的部分，薛允升有諸多發揮。可參看（清）薛允升著：懷效鋒，李鳴點校，《唐明律合編》（北京：法律出版

再者，如趙世瑜指出，由於政治的正統性觀念，使得我們有意識地去強調前朝代與後朝代的連續關係，如漢承秦制、三代相襲，或是時序相鄰兩朝間所發生的那些斷裂性發展，若不從政治史出發，改由文化史、社會史等角度切入，便會發覺別有洞天。⁶本文試著由此切入，觀察唐以後五刑體制的破壞與重建。

五刑一詞由來已久，自《尚書·舜典》記載：「象以典刑，流宥五刑」先秦經典中早已確立了「五刑」這個古老的名詞，一般學界認為先秦時期的五刑是指墨、劓、剕、宮、大辟，五種以肉刑為中心的刑罰體系，⁷大陸學者稱其為「奴隸制五刑」。隨著歷史轉變，自北朝末期到隋唐時形成了笞、杖、徒、流、死，以徒刑為中心的五刑系統，大陸學者稱其為「封建制五刑」。⁸唐律中的五刑，各種主刑皆為獨立運作執行的刑罰，何以明清時代的律典中，名例律會有徒一年，杖六十、徒二年，杖七十、流二千里，杖一百，呈現迥異於唐律的行刑規定？為何原先在唐律設計中單獨運作的自由刑，徒、流刑變成需要與不同位階的杖刑作結合方能構成一完整刑罰？一個高階刑種加上一個低階刑種等於一個完整刑罰。何以出現

社，1998）。

⁶ 趙世瑜，〈明清史與宋元史：史學史與社會史視角的反思——兼評《中國歷史上的宋元明變遷》〉，載於《北京師範大學學報（社會科學版）》，5（北京，2007.9），頁 87-95。

⁷ 杜正勝，《編戶齊民》（臺北：聯經出版社，1990），第七章〈刑法的轉變：從肉刑到徒刑〉，頁 261-315。對先秦到秦漢時期肉刑為主的刑罰系統轉變到以勞役徒刑為主的刑法系統，有詳細的討論，對於肉刑內容亦有詳細的考辨可參看。

⁸ 孟祥沛，《中國傳統行刑文化研究》（北京：法律出版社，2009），頁 48-49。孟氏在文中有對於大陸學界套用五階段論史觀劃分「奴隸制五刑」、「封建制五刑」的命名批判其不科學，但是依舊於行文之中繼續沿用舊稱。

這樣的複式刑罰設計？筆者將明清的複式五刑架構，故且命名為「近世新五刑」，試圖藉由唐末到元代這段時間的刑罰變化中，找出「近世新五刑」形成的原因與過程。欲了解箇中轉變原因，必須把觀察重點定在上承唐宋、下開明清卻別有特色的元代刑罰體系。

本論文欲討論的朝代為元，在某些情形之下與隋唐兩代有相似之處，皆為結束一段長期多政權並存對峙的態勢，並統一南北分裂之局面。不同的是，元朝是蒙古族的征服王朝，而非唐室為胡漢交融的統治階級。況且蒙元所統一的國家，文化歧異性與唐代實不可同日而語。本文欲探究的唐律式五刑體制影響的約有遼、北宋、西夏、金、南宋幾個政權，其中西夏因地勢侷限西北，在征服過程中激烈反抗，唐兀人不為蒙人所喜，對元代刑律無大影響，故在此不論。僅就遼、金、宋三個政權，依照南北朝的概念，以遼、金為相繼的北朝，宋為南朝。將律系自唐末五代以下分南北兩系，討論其刑制上的重大發展，及日後為元代繼受和運用的一些要素作探討。

二、南北兩系的發展特色

（一）遼——繼承唐末五代法制的發展

遼代之法其刑制多從部落舊慣而成一代之制，就算是繼受「漢法」，他的理想效法對象，是與之同期的唐末五代漢法發展，而非後來 960 年後與之並立對峙的北宋。《遼史·刑法志》中載：

其（遼）制刑之凡有四：曰死，曰流，曰徒，曰杖。死刑有絞、斬、凌遲之屬，又有籍沒之法。流刑量罪輕重，置之邊城部族之地，遠則投諸境外，又遠則罰使絕域。徒刑一曰終身，二曰

五年，三曰一年半；終身者決五百，其次遞減百；又有黥刺之法。杖刑自五十至三百，凡杖五十以上者，以沙袋決之；又有木劍、大棒、鐵骨朶之法。木劍、大棒之數三，自十五至三十；鐵骨朶之數，或五、或七。有重罪者，將決以沙袋，先于脛骨之上及四周擊之。拷訊之具，有籠、細杖及鞭、烙法。籠杖之數二十；細杖之數三，自三十至于六十。鞭、烙之數，凡烙三十者鞭三百，烙五十者鞭五百。被告諸事應伏而不服者，以此訊之。品官公事誤犯，民年七十以上、十五以下犯罪者，聽以贖論。贖銅之數，杖一百者，輸錢千。亦有八議、八縱之法。⁹

遼代笞杖之類的身體刑，行刑工具多元化反映出其富含部落舊慣的特色。《遼史·刑法志》中對於刑制的記載十分明顯地與原先漢地唐律的框架不一樣，有死、流、徒、杖幾大類，卻沒有笞這個刑種，另外死刑的種類也多了凌遲一項。此外流、徒、杖三大刑類的執行方式與內容也大相逕庭，在流刑方面無里程概念，轉以更抽象的「邊城部族之地」、「境外」、「罰使絕域」來放逐罪犯。徒刑分三等，有終身、五年、一年半三種期限，並各附加五百、四百、三百下的杖刑。¹⁰《遼史·刑法志》又載「徒刑之數詳于《重熙制》，杖刑以下之數詳于《咸雍制》」，《重熙制》為遼興宗的重熙二年（1033）頒布的法規，《咸雍制》為遼道宗咸雍年間頒布的法令，父子兩代屢次頒布法令，一步步完成遼的刑罰與法律系統。¹¹

⁹ 元·脫脫等撰，《遼史》（北京：中華書局，1974），卷六十一，〈刑法志上〉，頁 936。

¹⁰ 島田正郎，《遼制の研究》（東京：中澤印刷社，1954），第二編第二章，〈刑罰法律〉部分為遼代刑制法律的復原研究，對遼代刑罰有詳細的探討可參看，頁 116-138。

¹¹ 關於遼代法律制度的形成編撰始末日人島田正郎有詳盡扎實的研究，可參氏著，《遼制の研究》，第一編第五章〈遼制の成立〉，頁 59-75。

遼聖、興、道宗（984-1101）三朝，欲建立一套可同時對應漢人與游牧民的法律，但不久因遼國本身種族的多元與契丹貴族的反對，新舊法令相互扞格不入等諸多因素，最後以「條約既繁，典者不能徧習，愚民莫知所避，犯法者眾，吏得因緣為姦」為由，遼道宗於大安五年（1089）下詔曰：「法者所以示民信，而致國治。簡易如天地，不忒如四時，使民可避而不可犯。比命有司纂修刑法，然不能明體朕意，多作條目，以罔民于罪，朕甚不取。自今復用舊法，餘悉除之。」¹²又重回到遼興宗《重熙制》以國俗治國人；以律令治漢人的二元法律局面。但卻也因為遼代承五代之舊，將凌遲、黥、盜賊重法、刺字等唐末亂世之法納入遼代的法律之中。¹³除此之外，值得一提的是，自由刑附加杖刑的執行規定。

遼興宗重熙二年（1033），有司奏：「元年詔曰，犯重罪徒終身者，加以捶楚，而又黥面。是犯一罪而具三刑，宜免黥。」¹⁴在遼代的三等徒刑中，均附有笞或杖的身體刑，若是因盜賊賊重而致罪，恐怕有一罪而具三刑的下場。這個徒、流自由刑附加杖刑的特色，就被下一個稱雄北亞的金朝所學習沿用。故金人梁肅言：「今取遼季之法，徒一年者杖一百，是一罪二刑也，刑罰之重，於斯為甚。」¹⁵最後遼代的立法成就當屬「重熙制條」，因道宗於大安五年

¹² 《遼史》，卷六十二，〈刑法志下〉，頁 945。

¹³ 武玉環，《遼制研究》（長春：吉林大學出版社，2002），頁 86-91。武氏一方面強調遼朝刑法的特點，是分為番律與漢律。採因俗而治、因族而治的制度，另一方面又強調遼中後期，番漢兩律逐漸走向統一，卻忽略作為中後期代表法典《咸雍制》被廢除的歷史事實。不過文中肯定遼制對唐末五代法制的吸收傳承對金初法制的影響。

¹⁴ 《遼史》，卷六十二，〈刑法志下〉，頁 943。

¹⁵ 《金史》（北京：中華書局，1975），卷八十九，〈梁肅傳〉，頁 1894。

(1089) 十月乙巳，以「新定法令太煩，復行舊法。」¹⁶這個舊法就是完成於興宗重熙五年(1037)，纂修太祖以來法令，參以古制，凡五百四十七條的「重熙制條」。¹⁷總的來說，遼代法律漢化成就不高。聖、興、道宗三朝法制整備的成果，在道宗大安年間停下腳步，又重回興宗舊制。在刑制方面則看不出有受北宋刑制的影響，反倒是融合了唐律的框架，與原先的部落舊慣成為有遼一代之制。¹⁸

(二) 北宋——創立折杖法與刺配法

北宋的法律傳統，大體承襲唐律，唯於太祖時創立了折杖之法。利用打臀杖脊杖來代換死刑以下的流、徒、杖、笞諸刑。分別自二十下依次減等：

笞刑：笞五十，決臀杖十下，放。笞四十、笞三十，決臀杖八

¹⁶ 《遼史》，卷二十五，〈道宗紀〉，頁 298。

¹⁷ 島田正郎於《遼制の研究》一書中亦認為《重熙制》是對應契丹與漢人一體適用的共通法，承認兩族人不同的法律地位，保持遼二元體制的特色成為遼代立法的根本，與強調國政一元化的《咸雍制》有本質上的差異。故遼代資料所載之法制應視為《重熙制》的內容，《重熙制》當為遼代成文法之集大成者。頁 72-76。

¹⁸ Bettine Birge (柏清韻) 著、蔡京玉譯，〈遼金元法律及其對中國法律傳統的影響〉，收入柳立言主編，《中國史新論——法律史分冊》(臺北：中央研究院·聯經，2008)，頁 141-191。柏清韻對於遼代刑制一罪而具二刑之因解釋為「遼代的刑罰有時較唐律嚴厲，是因為遼代對一種罪行同時處以契丹法和漢法。」原文為「Punishment was sometimes harsher than under Tang law because the Liao applied both Khitan and Chinese-style punishments to the same crime.」筆者對此說法採反對意見，我們無法自柏氏的文章中看到哪些是契丹法的刑罰，而何者又是漢法的刑罰。無相關的例證證明在何種狀況下，會出現同時使用兩種不同來源的刑罰。除此點之外，柏氏的文章對遼代法制的介紹頗詳盡可參看。關於此句話疑為柏氏誤解《遼史·刑法志》內文造成的解讀。

下，放。笞二十、一十，決臀杖七下，放。

杖刑：杖一百，決臀杖二十下，放。杖九十，決臀杖十八下，放。杖八十，決臀杖十七下，放。杖七十，決臀杖十五下，放。杖六十，決臀杖十三下，放。¹⁹

對於原先唐律中的笞杖刑，改以打臀杖七下至二十下。取代原先的笞一十至杖一百的身體刑，至於徒流刑方面則有以下的新規定：

流刑：加役流，決脊杖二十，配役三年。流三千里，決脊杖二十，配役一年。流二千五百里，決脊杖十八，配役一年。流二千里，決脊杖，決脊杖十七，配役一年。

徒刑：徒三年，決脊杖二十，放。徒二年半，決脊杖十八，放。徒二年，決脊杖十七，放。徒一年半，決脊杖十五，放。徒一年，決脊杖十三，放。²⁰

雖有折杖的基本框架，不過後世繼位之君對擊杖數目與執行方式多有改易，但大致上確保了以「打臀、脊杖」來當流、徒、杖、笞等刑的法定換刑。²¹這個行刑制度的大變化，正式將唐代集大成的五刑體制徹底地破壞。產生了以一種單一行刑手法的階級累加，來代換原先實質行刑手法多元的流、徒（自由刑）、杖、笞（身體刑）。

¹⁹ 宋·竇儀撰，薛梅卿點校，《宋刑統》（北京：法律出版社，1998），〈名例〉五刑條流刑律後文，頁4-5。

²⁰ 《宋刑統》，〈名例〉五刑律後文，頁4-5。

²¹ 關於宋代折杖法的演變，可參戴建國，〈宋折杖法的再探討〉，收入氏著，《宋代法制初探》（哈爾濱：黑龍江人民出版社，2000），頁173-195。與魏殿金，《宋代刑罰制度研究》（濟南：齊魯書社，2009），頁49-72。戴、魏兩位對於折杖法之流變有詳細研究討論。戴氏提出本刑與宣告刑的說法，點出宋代主刑有日漸減輕，原先屬於附加刑（從刑）的強度卻日益加重，與宋代廣泛運用從刑有關。此點與筆者所言「複式刑罰」的形成有異曲同工之妙。均認為宋代出現主刑加從刑方為一完整的刑罰的情況。

此一傳統自宋太祖立制之後行於兩宋，雖有宋徽宗大觀二年（1108）「大觀更定笞法」²²與政和八年（1118）「政和遞減法」²³兩次改訂，大體上不脫「流罪得免遠徙，徒罪得免役年，笞杖得減決數」²⁴的原則。待宋廷南渡之後於刑制上的設計少有更動，故《宋史·刑法志》有：「中興之初，詔用政和遞減法，自是迄嘉定（宋寧宗的年號 1208-1224）不易」之語。²⁵

雖有折杖法這個制度，但對於重大犯罪或盜賊累犯，宋廷另有一套刺配、配流法以待之，並與折杖法配合使用。²⁶時人張方平言：「刺配之條比前代絕重……今刺配者先具杖、徒、流之刑而更黥刺服役終身」，²⁷以刺配刑的方式恢復原先唐制流徒刑的執行內容，強制遷徙與服苦勞役，並附上唐代未有的肉刑要素黥面刺字。

²² 元·馬端臨，《文獻通考》（北京：中華書局，1986），卷一六七，〈刑考六〉，頁 1452。

²³ 宋·宋敏求、宋授，《宋大詔令集》（北京：中華書局，1962），卷二百二，〈除徒三年外立到杖數詔〉，頁 752。本詔係於政和八年（1118）四月但《文獻通考》對此事的記載係於重和二年（1119）四月，又《宋史·刑法志》亦言「政和遞減法」，疑為馬氏誤植。

²⁴ 《文獻通考》，卷一六八，〈刑考七〉，頁 1461。

²⁵ 元·脫脫等撰，《宋史》（北京：中華書局，1977），卷二百，〈刑法二〉，頁 4992。

²⁶ 郭東旭，《宋代法制研究》（保定：河北大學出版社，2000），第四章，〈宋代的刑罰制度〉，頁 206-253。郭氏將宋代刑制分為 10 種，除原先笞、杖、徒、流、死五刑外，又有折杖法、刺配法、編管法、安置法、居住法。而後三種編管法、安置法、居住法為特殊身分如官員、宗室犯罪時所用的刑罰。適用對象有限故本文在此不論，只討論折杖法、刺配法與五刑的關係。又郭氏認為刺配法為主刑，刺配法三要素刺面、脊杖、配役，中的脊杖為附加刑。似與張方平的說法有出入，又不同於戴建國與魏殿金兩位將刺配法視為附加刑，折杖法為主刑。筆者贊同戴、魏兩人的觀點。

²⁷ 宋·張方平著；鄭涵點校，《張方平集》（鄭州：中州古籍出版社，2000），卷二十四，〈請減刺配刑名〉，頁 367-368。

總的來說，雖是繼承原先唐律刑制框架，但實質內容上名實不符，一般狀況下，笞、杖得減，徒刑得免居作，流刑不必遠流千里之外，若身犯重罪時，則刺配到惡遠軍州、沙門島等指定地點服勞役。在處置流徒以上的重罪時，因為加上刺配法，出現明朝人丘濬所言：「宋人承五代為刺配之法，既杖其脊，又配其人，而且刺其面，是一人之身，一事之犯，而兼受三刑也。」²⁸的情況，但須注意此時，刺配刑僅為附加刑，折杖才是主刑。據張方平的說法，流配之前需先將犯人笞、杖、徒、流罪的折杖執行完畢，故呈現含有舊式徒流刑處罰要素的刺配刑之外，兼有折杖法擊打的臀杖、脊杖的複式刑罰框架，形成身體刑加上自由刑的複式刑罰結構。其中身體刑處理主刑（舊有的笞、杖、徒、流折杖）的刑度，附加刑處理流遠居作的舊有徒流刑度要素，形成宋代特殊的刑制架構。²⁹

與遼代不同的是，遼之徒刑雖附有杖數，但是始終是以徒為主刑；宋代的流配卻是以折杖為主刑，並附加增強懲治力度的刺配之法。無論如何，此時南北對峙的遼、宋都各自發展出一套不類唐律單純獨立執行的刑制，兩者均出現複式刑制方能完全處理舊律單一刑度的刑罰，只是一個存在於徒刑的位階，一個是以附加刑的角色存在於徒、流刑或減死一等的位階。

²⁸ 明·丘濬著，林冠群、周濟夫點校，《大學衍義補》（北京：京華出版社，1999），卷一百五，〈慎刑憲明流贖之意〉，頁 898。

²⁹ 戴建國於〈宋代加役流刑辨析〉一文中指出宋代沿用了唐律的罪名和刑罰名稱，在實際執行中，以折杖法折代其部分刑罰，並視犯罪情節輕重，附加刺配等刑罰，以增強懲治力度。加役流與刺配是兩種不同種屬的刑罰。故應視折杖法為主，刺配為輔，但筆者認為刺配刑之刑有反客為主的傾向。參戴氏，〈宋代加役流刑辨析〉，《中國史研究》，3（北京，2003），頁 111-119。

表一：北宋建隆折杖法刑度對照表

原始刑度	笞十	二十	三十	四十	五十
臀杖	七下		八下		十下
脊杖	無				
原始刑度	杖六十	杖七十	杖八十	杖九十	杖一百
臀杖	十三下	十五下	十七下	十八下	二十下
脊杖	無				
原始刑度	徒一年	徒一年半	徒二年	徒二年半	徒三年
臀杖	無				
脊杖	十三下	十五下	十七下	十八下	二十下
原始刑度	流二千里	流二千五	流三千里	加役流	
臀杖	無				
脊杖	十七下， 配役一年	十八下， 配役一年	二十下， 配役一年	二十下， 配役三年	

(三) 金——異族重建唐律五刑體制的典範

金是一個急速發展的政權。金收國元年、宋政和五年（1115）建國反遼，金天會三年、宋宣和七年（1125）滅遼，金天會五年（1127）滅北宋。在建國不到十五年之間，滅亡當時東亞兩個大國。其法律發展迅速，法律的漢化也較遼、元兩朝來得快且深。

金代的刑罰體系，可分為幾階段：國初沿用遼法，之後稍用遼、宋法，而在皇統、正隆（金熙宗至海陵王 1141-1161）之時以制書的方式，補充其立法缺失。接著在大定、明昌（金世宗至章宗 1161-1196）之世，以《宋刑統》律疏為藍本，試圖將法律漢化，最

後於章宗泰和二年（1202）頒定以唐律為原型的一代律法《泰和律》。

因金初沿用遼法，將遼代徒刑附加杖刑的處刑方式保留，並加以修改成金一代之制。又遼制原有三等之徒，分別為終身、五年、一年半。附有五百、四百、三百下的杖刑，金初稍作修改，宋人張棣於《金虜圖經》對金代初期徒刑有這樣的記載：

徒者，非謂脊杖代徒，實拘執就役也。徒止五年，以上死罪也。徒五年則決杖二百，四年決杖一百八十，三年一百六十，二年一百四十，一年一百二十。杖無大杖，止以荊杖決臀，實數也。³⁰

《金虜圖經》是南宋紹興年間的作品，約可以反應金熙宗至金世宗初期的實況。在南宋人的眼中，金之徒刑有，一年、二年、三年、四年、五年共五等，並分別附有一百二十、一百四十、一百六十、一百八十、二百的杖數。因為宋代行折杖法故言非以「脊杖代徒」，及「杖無大杖」只決臀等語。明顯的變異遼的三等徒，但又不似唐律的一至三年的五等徒。

當時大臣對於徒刑刑度太重有所反應，如梁肅於大定十七年（1177）上疏曰：

「刑罰世輕世重，自漢文除肉刑，罪至徒者帶鐐居役，歲滿釋之，家無兼丁者，加杖准徒。今取遼季之法，徒一年者杖一百，是一罪二刑也，刑罰之重，於斯為甚。今太平日久，

³⁰ 宋·徐夢莘，《三朝北盟會編》（上海：上海古籍出版社，1987），卷二四四引自《金虜圖經》，〈刑法〉，而同樣的內容也被《大金國志》轉鈔記錄下來，頁 1755-1756。

當用中典，有司猶用重法，臣實痛之。自今徒罪之人，止居作，更不決杖。」³¹

對此金廷以為「今法已輕於古，恐滋姦惡」，故不從梁肅的建議。這個思考徒刑太重的意見，其實是對沿用遼代徒刑複合刑制產生「一罪二刑」的問題要求修正，然金政府所持的意見，此時的刑罰已較遼時為輕，查徒一年之決杖數目比金熙宗至金世宗初期減輕二十下。此要求減輕或改善「一罪二刑」的意見最後產生了影響，金廷於大定二十至二十二（1180-1182）年間，參以近所定徒杖減半之法，凡校定千一百九十條，分為十二卷，以《大定重修制條》為名，詔頒行焉。³²可知於《大定重修制條》頒布之後徒杖減半，關於「一罪二刑」的修正方式是將附加杖數減輕為原先國初框架的一半，此時保持《金虜圖經》五年五等徒刑，以一年為一等。不久到十二年後了，下任皇帝章宗明昌五年（1194）時尚書省上奏：

「在制，名例內徒年之律，無決杖之文便不用杖。緣先謂流刑非今所宜，且代流役四年以上俱決杖，而徒三年以下難復不用。婦人比之男子雖差輕，亦當例減。」遂以徒二年以下者杖六十，二年以上杖七十，婦人犯者並決五十，著于敕條。³³

至此徒刑與徒刑的附杖發生許多轉變，世宗至章宗朝的法律發展是以唐律為準，³⁴對之前《皇統制》、《正隆續定制書》、《大定軍前條例》、《大定重修制條》諸多相互扞格不入的亂世之法，與可以

³¹ 《金史》，卷八十九，〈梁肅傳〉，頁 1894。

³² 《金史》，卷四十五，〈刑志〉，頁 1018。

³³ 《金史》，卷四十五，〈刑志〉，頁 1023。

³⁴ 姚大力，〈金《泰和律》徒刑附加決杖考——附論元初的刑政〉收入氏著《蒙元制度與政治文化》（北京：北京大學出版社，2011），頁 324。

為常法的法律作一大整理。故章宗繼位之初有「今何不專用律文？」的言論。³⁵可見此時法律制度的混亂，故章宗於明昌五年（1194）正月要求：

復令鈎校制、律，即付詳定所。時詳定官言：「若依重修制文為式，則條目增減，罪名輕重，當異於律。既定復與舊同頒，則使人惑而易為姦矣。臣等謂，用今制條，參酌時宜，準律文修定，歷採前代刑書宜於今者，以補遺闕，取刑統疏文以釋之，著為常法，名曰《明昌律義》。別編權貨、邊部、權宜等事，集為敕條。」³⁶

加速法律的整理修改，重點在以刑統疏文以釋之。刑統者指後周以後法典而言，即前文前代刑書也，但刑統的疏文大體為原《唐律疏議》的文字，此舉為日後的金律發展訂出大方向，即以《唐律疏議》的法律解釋為原則，做法律系統的整備。同時也可在此確立金法律之學習對象，非近承宋之刑統，而採以遠宗唐之律令格式的傳統。後於泰和二年（1202）五月頒訂《泰和律》據元人王元亮《金五刑圖說》所載，金代徒刑有七等，徒一年決杖六十、徒一年半決杖六十、徒二年決杖七十、徒二年半決杖七十、徒三年決杖八十、徒四年決杖九十、徒五年決杖一百。若與金初之五等徒相較差異極大。若以五個滿年當作級距來思考可發現，與金初相較確有徒杖減半之事實。³⁷

³⁵ 《金史》，卷四十五，〈刑志〉，頁 1021。

³⁶ 《金史》，卷四十五，〈刑志〉，頁 1022。

³⁷ 關於是否有徒杖減半之法，學者持反對意見的有姚大力於〈論元朝刑法體系的形成〉一文中認為，無法確定此法在大定年間以後依然有效，對徒杖減半持疑問的態度。陳昭揚於〈金代的杖刑、刑具與用杖規範〉收入《新史料、新觀點、新視角—天聖令論集（下）》（臺北：元照出版社，2010），頁 73-93。

此時法律改革重點理念在模仿唐律，明昌五年的尚書省上奏在制，名例內徒年之律，無決杖之文便不用杖。故可得知在明昌初年至明昌五年這段時間，因為皇帝的制書「名例內徒年之律，無決杖之文便不用杖」全面取消了徒刑決杖的實行，將原先金世宗朝大臣梁肅指責徒刑一罪二刑的問題做處理。

但是用來取代「流刑」的「代流役」即徒四年、徒五年兩等，因非徒刑而是以「代流役」的位階存在，故皆可附加決杖，依舊保持一罪二刑的複式刑罰框架，因此在明昌五年時尚書省官員向皇帝要求全面實行決杖。此時已將國初融合遼、唐宋的最高年限五年的五等徒刑，整併為徒一年到徒三年，半年為一等，徒四年、徒五年，一年為一等共七等的徒刑架構。

關於徒刑附加杖的修正，金廷最後決定以徒二年為限，二年以上徒杖七十、二年以下徒六十，婦人犯徒流時附加杖數一律為五十下。其中特別值得注意的是，君臣間的思考以五個滿年為級距來處理，而非唐律半年作為一個級距來做思考。這個五個滿年為級距的思考，正好可以反應出當時對遼制、唐制轉換產生的衝突。若全按唐制以一年、一年半、二年、二年半、三年之五等來改制，原先存在的徒四年、徒五年兩等刑的地位尷尬。又因金不行用「流刑」，故將與唐制不容的徒四、五年安插成為特殊的「代流役」繼續存在於刑罰體系之中，在附加杖的規定上，保留大定時期徒杖減半的數

第 80 頁表二之前總結金代杖刑發展言：「附加杖決又被重新恢復於所有的徒刑之中，但所有徒杖的決數量均比照前期之代流徒刑附杖均成減半。」採信減半說，筆者對徒杖減半之法亦持肯定的意見，但對於其表二有「徒四年半」的欄位並不贊同，筆者不認為有金律有「徒四年半」的刑度位階存在，特此說明。

字，不受明昌五年改訂決杖的敕條影響。

對照《元典章》中屢見舊例減死一等，合徒五年的記載，元人似乎都清楚代流役或流刑都是一樣的，即為徒五年。金代律典《泰和律》中的流刑，實際上不過是專為徒四年、徒五年而設的轉換刑表格，元人王元亮《金五刑圖說》中所見徒四年、徒五年與流二千里、流二千五百里贖銅數目相同或可為證。

以上金代的刑制演變，偏重於徒刑附加杖，與國初五個滿年徒，徒杖減半，代流役徒五年、徒四年與流刑的替代關係，到揉合唐、遼、宋的《泰和律》定七等徒刑，旨在簡單陳述金代刑制上的大改異，而這些改異的概念或處置方式於後來的元初循用金律時產生重大的影響，即金元轉換時刑制位階與設定的來源。

金代的五刑體系可謂承遼制而轉唐律化，繼承遼制的框架但努力地朝故《唐律疏議》的五刑設計轉型，雖然恢復唐律式的笞、杖、徒、流、死的大架構，但自由刑部分無法擺脫遼制一罪而具二刑的特色，保留了複式刑罰的框架，並將其從徒刑拓展至流刑的位階。對於遼代不明確的流刑規範，改以代流役的方式處理，呈現有五刑外觀卻僅有笞、杖、徒、死，四大刑的架構。複合式刑罰的框架於金朝正式定調，特別是在徒刑部分，也因其以代流役充當流刑使用，複合式框架往流刑拓展。

下表將金律的發展分六期，第一期，國初熙宗至海陵王時期，該時期特色為稍變遼、宋之法（1141-1161）此處列的是《金虜圖經》所錄之刑制。第二期，世宗大定十七年（1177）梁肅上奏時的情況，因資料中有今法輕於古，今取遼季之法，徒一年者杖一百。數字有所出入，應為已減輕部分附加杖數，故除徒一年只知為杖一百外，

其他杖數不明，疑均為減輕二十下。第三期，大定二十二年（1182）頒佈《大定重修制條》行徒杖減半之法。在徒刑位階的附加杖數全面減半。第四期，明昌初年不行用流刑改代流役，徒刑不決杖（1182-1194）。因為章宗下制書使徒刑執行沒有附加杖，代流役並非徒刑故依然保持附加杖。第五期，明昌五年恢復加杖因為尚書的上奏決定恢復附加杖。第六期，泰和二年頒佈《泰和律》恢復流刑位階，金代徒刑與流行附加杖正式確立（1202-1234），惟貞祐南遷之後有方便行事的「以杖折徒」等亂世之法不在本文討論的重點，故將金初自熙宗乃至章宗朝頒《泰和律》時的發展分為六期。

表二：金代徒刑演變簡表

第一期： 金初熙宗至海陵王 時期（1141-1161）	徒刑 等第	徒一年		徒二年		徒三年		徒四年		徒五年	
	決杖數	120		140		160		180		200	
第二期： 大定十七年（1177） 梁肅上奏時的情況	徒刑 等第	徒一年		徒二年		徒三年		徒四年		徒五年	
	決杖數	（120 減 20）100		（140 減 20）		（160 減 20）		（180 減 20）		（200 減 20） ³⁸	
第三期： 大定二十二年 （1182）行徒杖減半 之法	徒刑 等第	徒一年		徒二年		徒三年		徒四年		徒五年	
	決杖數	60		70		80		90		100	
第四期： 明昌初年下制書徒 刑不決杖	徒刑 等第	徒 一 年	徒 一 年 半	徒 二 年	徒 二 年 半	徒三年		（代流 役） 徒四年		（代流 役） 徒五年	

³⁸ 大定十七年的表格，據梁肅傳中徒一年杖一百之語而做，又考《金史·刑志》載朝廷以「今法已輕於古」為由，駁回其徒罪只居作不決杖之意見，故此時的決杖似有減少的趨勢，自原先的徒一年杖一百二減為一百，金廷之回覆意見亦有所據。信者傳信，疑者闕疑。故此時期其他決杖數作？表示。

(1190-1194)	決杖數	不決杖				90	100
第五期： 明昌五年恢復加杖 (1194-1202)	徒刑 等第	徒 一 年	徒 一 年 半	徒 二 年	徒 二 年 半	徒三年	(代流 役)徒四 年 (代流 役) 徒五年
	決杖數	60		70		80	90
第六期： 泰和二年頒布《泰和 律》(1202-1234)	徒刑 等第	徒 一 年	徒 一 年 半	徒 二 年	徒 二 年 半	徒三年	徒四年 徒五年
	決杖數	60		70		80	90

(附註：據《金史·刑志》的記載明昌年間恢復加杖時婦女一律只決杖 50 下。)

元代做為一個結束自唐滅亡以後南北分立，多政權並存的統一王朝。元代的刑法體系不可避免地受到之前的遼、金、宋刑法影響。其刑罰體系也接收了北系遼、金，與南系宋。兩套不同體系的法律影響。北系的特點，以隋唐律為宗的原則，特別是金的刑罰發展有強烈以唐律為藍本的傾向，發展出具有女真特色的法律。在五刑體系的建置上亦有恢復唐制的傾向，又有附加杖的決杖傳統。南系自宋建國之前，將後周刑統改定為重修刑統，將宋太祖的「折杖法」編入法典，開始對唐律五刑體制的運作，改以一種名實分離，行刑手法較方便的折杖，提供刑制轉換折抵的傳統。

當附加杖與以滿年為思考的七等徒成為金的法律傳統、加上兩宋發展折杖法，這些南北二系不同環境下的法律發展，都為元朝所繼承，同時也被後來的明清所繼承。以單一刑罰的累加代替其他刑罰，徒流可以附加杖刑，均成為定制，完全與歷代視為中華法系的經典唐律五刑大相逕庭，影響後世五刑制度發展的關鍵，實係金元之交。宋的折杖傳統亦提供元初以七為斷的十一等杖刑取代原先死刑以下的徒、流兩大刑的一種「漢兒、蠻子在先體例」。

中統時期世祖有詔以七為斷，因此設定七下到一百零七下加上死刑，共 12 等的刑制。而至元七年，下詔廢《泰和律》的適用，進入金元轉換的過渡期，進入一個混一南北，或者說是大元兀魯思世界的時代，若單獨就金律或宋律的本身設計體系是無法看出之後以〈中統權宜條理〉精神所建立「元朝的在先體例」。

若以時間論，金亡於 1234 年，但早在 1214 年貞祐南遷之時已喪失大部分的北方領土，中統建元（1260）乃至至元八年（1271）廢《泰和律》這段時間，蒙元朝廷對金與宋的法律接觸頗多，對其之取捨行用自有其考量，不能單以「元初循用金律」的印象思考其法律建設，中統建元到至元十六年（1279）亡宋這段的過渡期頗長，有元一朝刑罰體系的建立脈絡值得深究。

單就純徒刑的角度觀察，此刑於南系的傳統是完全可以用打脊杖執行而不實際居作勞役；但就北系而言，則兼有身體刑與勞役刑兩種刑罰。假若不釐清這些問題，便會落入宮崎市定先生於〈宋元時代審判機構〉一文，以《元典章》所載片面金律遺文臆測金律、元法之間轉換關係，為單純的刑度減半再下減一等的狀況，並以此為依據推演出杖刑為主刑、徒刑變為附加刑的論點。³⁹

真正的狀況是杖刑為主刑，徒刑為原始刑度，這個原始刑度為法司自舊例（來源不一，但至元七年廢行《泰和律》之前多為金律）檢索到的罪刑，之後再依該刑度配合〈中統權宜條理〉天饒他一下、

³⁹ 宮崎市定，〈宋元時代的法制與審判機構——《元典章》的時代背景與社會背景〉，收楊一凡總主編，《中國法制史考證》丙篇，第 3 卷，「日本學者考證中國法制史重要成果選譯·宋遼西夏元卷」（北京：中國社會科學出版社，2003），頁 24。

地饒他一下、朕饒他一下的原則量刑。又這個減三下的原則與金代滿年徒視為一等，諸多因素換算出最後的杖幾十七下的實刑。關於此點將於後文「元代的笞杖刑」舉例詳論。

三、元代笞杖刑的制訂規則

前面討論自唐代以後南北兩大系統對於原先唐律五刑體制的破壞與改變，南北兩系各有不同的發展特色，北系徒流有附加刑，流刑原則上不行用或以延長年限的徒刑代替其位階。南系的發展是笞杖刑的代換與折抵，連同徒流都能以脊杖數十三乃至二十下處理執行，原先徒流刑的遷移勞役特質不再，另有敕定刺配之法取代原先死罪可免，活罪難逃的刑流刑罰位階。

統治中國的新征服者，蒙元汗廷為有效治理轄下漢地，依著成吉思皇帝聖旨「日出至沒，盡收諸國各依風俗」，⁴⁰要用漢地式的法令規章統治漢兒、南人就必須有一套漢式的刑罰體系來對應統治，須發展出一套刑罰制度來處理犯罪行為。以下就元代笞杖刑制的建立過程，看元代如何繼受彼此系出同源卻迴不相侔的漢地法律傳統。

從循用金律的方向思考，將依照蒙元初期循用直接引用「舊例」的立法方式，⁴¹對於一般社會容易發生的肢體衝突打架鬥毆還原其

⁴⁰ 不著撰人，《大元聖政國朝典章》（臺北：國立故宮博物院，1976），卷五十七，〈刑部·諸禁·禁回回抹殺羊做速納〉，頁1910。為行文方便將本書簡稱《元典章》。

⁴¹ 葉潛昭著，《金律之研究》（臺北：臺灣商務印書館，1962），葉氏以元初立法多引金制，利用元初法制資料復原金《泰和律》，又日人小林高四郎，

脈絡，試以鬥毆罪考察元代笞杖刑的設立。

下列《元典章·刑部》的鬥毆舊例罪名與《唐律疏議·鬪訟律》相關罪名作排比：

【舊例鬥毆罪名】故毆，二十七下；手足故傷、他物故毆，各三十七下；他物故傷、拔髮方寸以上、耳目出血、手足內損吐血，各四十七下；他物內損吐血、兵刃斫體不著，各五十七下；折一指一齒以上、眇一目、毀缺耳鼻、破骨、湯火傷及禿髮鬢，各六十七下；刀傷、他物折肋、眇兩目、墮胎、穢物污人頭面，各七十七下；折跌支體、瞎一目者，各八十七下；損二事以上、因舊患致篤疾、斷舌、毀傷陰陽，各一百七下。⁴²

與唐律有關毆傷的條文如下：

諸鬪毆人者，笞四十；傷及以他物毆人者，杖六十；傷及拔髮方寸以上，杖八十。若血從耳目出及內損吐血者，各加二等。

諸鬪毆人，折齒，毀缺耳鼻，眇一目及折手足指，若破骨及湯火傷人者，徒一年；折二齒、二指以上及髡髮者，徒一年半。

諸鬪以兵刃斫射人，不著者，杖一百。

諸鬪毆折跌人支體及瞎其一目者，徒三年；辜內平復者，各減二等。即損二事以上，及因舊患令至篤疾，若斷舌及毀敗人陰陽者，流三千里。⁴³

〈元代法制史上の旧例について〉一文收入氏著《モンゴル史論考》（東京：雄山閣，1983），頁 215-230。均指出至元八年之前史料所見舊例實為《泰和律》，《泰和律》大部分律文源自唐律，關於唐金兩律之異同可參葉氏《金律之研究》，第三章，頁 27-201。至元八年以後所見之舊例則來源不一，可能指金律、唐律或先前頒布的元代法令。

⁴² 《元典章》，卷四十四，〈刑部·諸毆·舊例鬥毆罪名〉，頁 1526。

⁴³ 唐·長孫無忌等撰、劉俊文點校，《唐律疏議》（北京：中華書局，1983），

表三：唐元兩代鬥毆罪刑對照表

罪 刑 犯罪行為	朝 代	唐	元
徒手毆		笞四十	二十七下
他物傷		杖六十	三十七下
拔髮方寸以上		杖八十	四十七下
耳目出血/內損吐血		杖八十/一百	四十七/五十七下
折傷		徒一年	六十七下
折二齒		徒一年半	
折肋/眇二目		徒二年	七十七下
折支/瞎一目		徒三年	八十七下
斷舌/毀敗陰陽		流三千里	一百七下
死		絞	處死

（元代到元成宗大德九年（1306）後方才確立五十七以下為笞，六十七乃至一百七為杖的制度，⁴⁴故本表元代刑罰部分只言數目不列笞杖）

單純拳腳毆擊而無見血的傷勢，唐笞四十、元二十七下。往上依傷勢的嚴重程度增加刑度。但看似單純的加等卻透漏出一些規律，如以笞杖刑來對應原先唐宋律典中的徒流自由刑，倘若不參考元廷之後屢屢頒定的竊賊通例，至元初年的立法定已如實呈現其轉換原則。傳統刑律採定罪論刑的法律書寫模式，極容易以某行為對應某刑度的方式，形成類似數學函數的關係，其中相關的情節，保

卷二十一，〈鬥毆〉，頁 383-386。

⁴⁴ 可參《元典章》，卷三十九，〈刑部·刑制·五刑之制〉，頁 1354。卷四十，〈刑部·刑具·諸衙門杖數笞杖等第〉，頁 1374。兩相對照可見制度之變遷。

留一定的量刑空間（如加減一二等），但大體上考究單一單純行為時的律典設定刑度，仍可發現其對應的函數式，筆者故且將其命名為「立法定刑方程式」。

上述鬥毆案件的立法定型，恰可反映出當時金元轉換時，直接的刑等轉換對應關係，但上述十分整齊的刑制轉換，卻是十分難得的特例，同時也與元代泰定年間（1324-1328）版《事林廣記》收錄的〈至元雜令·笞杖則例〉一樣契合。⁴⁵唯此內文之中並無流罪條目，此外徒罪方面也無徒四年半這個錯誤的位階存在，符合〈中統權宜條理〉「流刑一條，似未可用。除犯死刑者依條處置外，徒杖數今擬遞減一等，決杖雖多不過一百七下。」⁴⁶的原則，可以證明《元典章》中〈刑部·舊例鬥毆罪名〉中的五刑之制與《至元雜令》系出同源，是當時人對於用《泰和律》論罪定刑轉換的參考，為中統年間到至元初刑制轉換的範式。

筆者為何不將《元典章》刑部卷首的〈五刑之制〉當作中統年間轉換的範本，是因為該圖表之中有一個奇怪的位階「徒四年半」的存在，此位階並非金代刑制該有的律定刑位階，前文已有對金代徒刑作一說明自徒三年以上，以一年為一等加減，是故正常的律定刑加減不應有徒四年半的刑度出現，不論是將徒五年、徒四年當作流刑（代流役）或單純的徒刑均不會出現徒四年半之刑。又元初循

⁴⁵ 元·陳元靚編，《新編羣書類要事林廣記》壬集，卷一〈至元雜令·笞杖則例〉（日本元祿十二年刊本）收入島田正郎主編，《中國法制史料》（臺北：鼎文出版社，1979）第二輯第三冊，頁 1557；又黃時鑒輯點，《元代法律資料輯存》（浙江：浙江古籍出版社，1988），頁 43-44。亦有收入，其中頁 35 的點校說明可參看。

⁴⁶ 元·王惲，《秋澗先生大全文集》（臺北：新文豐出版社，1985）元人文集珍本叢刊，卷八二，〈中堂事記〉，頁 389-390。

用金律是權宜性的應變之法，實無必要去轉換出原先舊律不存在的刑名，是故〈刑部·舊例鬥毆罪名〉中的五刑之制與《至元雜令》並無《元典章》〈刑部·五刑之制〉中出現刑制的錯誤，更能反映中統至元初年真實的刑制狀況。

為了避免讀者的混淆，對元代案例史料中屢屢出現的笞、杖刑，目前可分為下列四種狀態的存在。1、唐、宋、金律中的原始設定刑。2、〈中統權宜條理〉之前頒布的舊法。3、替代舊律中的徒流刑等轉換之用。4、加徒減杖例後的徒刑附加刑（徒刑的再建立有關，請參後文徒刑部份）彼此環環相扣，以成一代之刑制。

（一）唐、宋、金律中的原始設定笞杖刑——舊律的刑名轉換繼承

在《泰和律》中原先規定為笞十乃至杖一百的刑罰，當元政府繼受金律並轉化為元代法律時，以金律中刑名作為變換的基礎。如前舉的〈舊例鬥毆罪名〉或案例中屢屢出現的舊例中的笞杖刑。此種笞杖刑受到〈中統權宜條理〉與世祖「天饒他一下、地饒他一下、朕饒他一下」的恩惠減輕其杖數，執行數目以七為斷。

此種笞杖刑並不存在刑種轉變的狀況，為較單純的刑名轉換繼承，故自元初立法之後少有改動。原則上依照《至元雜令》的變換表格論刑，成為斷例、或進一步成為通例，保留在《元典章》或《經世大典·憲典》之中，最後成為後來明代人修《元史·刑法志》中所呈現「諸行為如何如何時處刑如何如何的條文」。⁴⁷

⁴⁷ 相關討論可參安部健夫，〈元史刑法志と「元律」との關係に就いて〉收入氏著《元代史の研究》（東京：創文社，1970），頁253-276。對《元史·刑法志》的史源來源的討論亦可參蘇振申，《元政書經世大典之研究》（臺北：中國文化大學出版部，1984）中關於元史中諸志轉鈔自《經世大典》的討論。

（二）〈中統權宜條理〉之前頒布的舊法——元代新制的笞杖刑名設定

本處討論的舊法，就是指經過元政府〈中統權宜條理〉確立了笞杖數目，以七下到一百七的初步轉換規定之前，已行用頒定的諸多法令。在〈中統權宜條理〉之前已頒布的「聖旨條畫」依舊保持其效力，其中有關私鹽、茶、逃漏稅的經濟犯罪刑度，仍保持整數決杖數與附有徒刑的設定規劃，自成一系統，其法理依據來源如下：

【恢辦課程條畫】

中統二年（1261）六月，欽奉皇帝聖旨：「道與各路宣撫司并達魯花赤、管民官、課稅所官：不以是何投下軍民諸色人等，隨路恢辦宣課，已有先朝累降聖旨條畫，禁斷私鹽、酒、醋、麪貨、匿稅，若有違犯，嚴行斷罪。今因舊制，再立明條，庶使吾民各知所避。」欽此。

諸犯私鹽者，科徒二年，決杖七十，財產沒官，決訖，發下鹽司帶錄居役，滿日疎放。若有告捕得獲，於沒官物內一半充賞。如獲犯界鹽貨，減犯私鹽罪一等，仍委自州府長官提調，禁治私鹽罪。如禁治不嚴，致有私鹽并犯界鹽貨生發，初犯笞四十，再犯杖八十，三犯已上，開具呈省，聞奏定罪。若獲犯人，依上給賞。如有鹽司監臨官與竈戶私賣鹽者，同私鹽法科斷。⁴⁸

如上例所見，對於私鹽的查緝治罪於中統二年之前亦有定制，故於〈恢辦課程條畫〉重新聲明私鹽的罪刑與相關情事之處置。又《元史·刑法志》亦載：

⁴⁸ 《元典章》，卷二十二，〈戶部·課程·恢辦課程條畫〉，頁 803。

諸犯私鹽者，杖七十，徒二年，財產一半沒官，於沒物內一半付告人充賞。鹽貨犯界者，減私鹽罪一等。提點官禁治不嚴，初犯笞四十，再犯杖八十，本司官與總管府官一同歸斷，三犯聞奏定罪。如監臨官及竈戶私賣鹽者，同私鹽法。諸偽造鹽引者斬，家產付告人充賞。失覺察者，鄰佑不首告，杖一百。商賈販鹽，到處不呈引發賣，及鹽引數外夾帶，鹽引不相隨，並同私鹽法。鹽已賣，五日內不赴司縣批納引目，杖六十，徒一年，因而轉用者同賣私鹽法。⁴⁹

兩段資料相同，由此可知關於私鹽的正刑定罪，中統年間的聖旨條畫，有開基定業的指標功效。「考之建元以前，斷獄皆用成數，今匿稅者笞五十，犯私鹽茶者杖七十，私宰牛馬者杖一百，舊法猶有存者。」⁵⁰於元代中後期編成的《經世大典·憲典序》的說法證實經濟犯罪多保留舊制的特點，與之系出同源的《元史·刑法志》於食貨篇中的條文，卻呈現以十為斷的杖刑設定，與以七為斷的設定兩制並存。兩種尾數不一的杖刑同時存在之因，為世祖後諸帝憚於變更，不敢變動「祖宗成憲」或所謂「世祖舊制」所導致的現象。下舉大德四年（1300）十一月的鹽法規定為例：

【新降鹽法事理】

大德四年十一月，兩淮都轉運鹽使司承奉中書省劄付：欽奉聖旨節該：『中書省奏：「諸處鹽課，兩淮為重。比年以來，諸人

⁴⁹ 明·宋濂等撰，《元史》（北京：中華書局，1976），卷一百四，〈刑法三·食貨〉，頁2647。

⁵⁰ 黃時鑒輯點，《元代法律資料輯存》，頁90。收《經世大典·憲典》總序名例篇的序言，本篇與《元史·刑法志》的序屬同源史料。此外，元·陶宗儀撰，《南村輟耕錄》（北京：中華書局，1959），卷二，〈五刑〉，頁25。亦有相同的記載，疑為陶氏轉鈔自《經世大典》一書。

盜賣私鹽，權豪多帶斤重，辦課官吏賄賂交通，軍官民官巡禁不嚴，以致侵視官課，宜從新設法關防，乞降聖旨」事。准奏。自大德四年為始，立倉查運，撥袋支發，以革前弊，真州采石依舊設官批驗，置軍巡捉，江淮海口私鹽出沒去處，添撥車舡，附場閑雜舡隻，不許往來灣泊，軍民捕盜等官，常切用心防禁，毋致私鹽生發。欽此。所有立法合行事理，命中書省定立條畫。上江下流諸衙門大小官吏人等，各務遵守奉行。若有裂沮壞之人，照依已降聖旨究治。』欽此。又於大德四年十二月二十日，聞奏過：『兩淮鹽法為不定体的上頭，合整治的法度，張參政題說來，在海道運糧朱參政也依那言語題說呵，上位奏過，提調整治的，教來（朱）參政、更一個姓郝的漢兒人、省裏行來的張都事等去來。他每到那裏，合行的勾當就便行了，更有幾件合整治的題說有，數內一件：「應有合整治事理行聖旨，怎生？」說有俺商量來，上位奏過，省裏行文書呵，怎生？」奏呵，奉聖旨：「那般者」欽此。都省欽依聖旨事意，通行參考，議立條畫，開坐于後，仰欽依施行。……一，綱舡運到鹽袋，須要入倉排垛收貯。如遇客旅關鹽，添席重包，然後支發，不許就舡兌撥。違者，倉官、監運，各決三十七下，解見任，期年後別行求仕。運官有失關防，罪亦及之。通同縱放者，與同罪。

一，裝鹽席索，運司較勘樣，製各於立倉，拘該州縣撥戶織造，務要堅密牢壯。諸倉就管收支，州縣官司添力催辦，仍將席戶籍定姓名，諸人不許私織私賣，違者決杖五十七下。倉官不依元樣，受錢濫收或依樣故行刁蹬，因而受財，並同枉法科斷。運官有失關防者，亦行究治。⁵¹

對於之前未詳的立法漏洞，世祖以後諸帝得以用聖旨條畫的手法進

⁵¹ 《元典章》，卷二十二，〈戶部·課程·新降鹽法事理〉，頁 838。

行補充，但其補充立法之時是用至元以後的新刑制做設計，如上出現對違反新細則的行為處三十七、五十七的刑罰，故會出現母法以十為斷，子法以七為斷這樣兩制並存的現象。

一般學界以「以七為斷」的杖刑數字為元制特色，此點固然不錯，但卻以偏概全地忽視了中統之前定制的權威性，與其在法典上獨特的雙軌並存的特質。又關於私茶、私酒的原始設定刑度多在中統之前，是故在侵犯國家歲收利權的犯罪中，此特色得以留存。相關例子甚多請參見《元典章·戶部 課程》與《元史·刑法志》食貨條目。

（三）替代舊律中的徒流刑等轉換之用——舊律徒流刑的降階代換

金元刑制轉換的重點，依據〈中統權宜條理〉將原先在金律中為徒、流刑的罪名，改以執行打六十七至一百零七下的笞杖刑取代。據《元典章·刑部·五刑之制》可知在笞、杖刑的轉換方式上，出現類似宋代折杖法的律典刑度整併，⁵²即將相鄰刑度如《宋刑統》律定刑笞二十、笞十併為一等，改以打臀杖七下執行。元代則是將原先金代笞十、笞二十\笞三十、笞四十\笞五十，改成三等，打七下、一十七下、二十七下以此類推。職是之故，可完成初步律定刑的轉換實施，而這樣的轉換與宮崎氏主張減半又減三的轉換有所出入。

杖一百轉換成五十七下，徒一年變成六十七下，在徒的轉換上

⁵² 德永洋介，〈金元時代の流刑〉，收入梅原郁主編，《前近代中国の刑罰》（京都：京都大學人文科學研究所，1997）文中稱此為元代折杖法（元の折杖法），頁 286。

承襲原先金律五個整年徒的刑等。是故徒一年與徒一年半視為同一等，徒二年與徒二年半視為同一等。徒三年、徒四年、徒五年各為一等，接者依次排列六十七下、七十七下、八十七下、九十七下、一百零七下。以一般鬥毆罪刑的設定為例，在原先設定的律定刑，便無徒四年、徒五年的存在，故轉換之後徒三年與流三千里之間相距三等的差距，於轉換後依舊保存 87 到 107 的差距，但變成相差二等，這樣的刑制轉換結果馬上造成刑度框架的大縮水。

若轉換之刑原始設定有徒、流刑，此時的轉換就是一個問題了。金代以徒四年、徒五年充作流刑運用，稱之為「代流役」，而對於律定流刑、與律定徒四年、徒五年之刑的行用實施有其差異，但可確定的是這時對於原先金代的附加杖（決杖）之法可說已完全破壞。舊律或舊例中徒刑一罪二刑變為「徒年杖」一個的金代舊例遺存。徒年杖為單純抄錄原先《泰和律》中徒刑附加決杖的規定，在元代引舊例的過程中以「徒年杖」的名稱保留下來。⁵³

下面列舉數個「徒年杖」案例分析此時期笞杖刑變成完全取代徒流刑的實際施用情形：

【打死姪】中書省判送：『樞密院呈：「米賚打死姪男米公壽。取得米賚狀招：至元四年十二月十二日，因親姪米公壽，於機上剪了紵絲三尺，用拳毆打。為姪捍扯抵觸，用柳木棍，於公壽左耳後侵腦打傷，不多時身死，罪犯。」』法司擬：『米賚所招，打死姪男米公壽，罪犯，舊例：「即毆兄之子死者，徒三年」其米賚所犯，合徒三年，決徒年杖八十。』部擬：七十七下。

⁵³ 姚大力，〈論元代刑法體系的形成〉，收入柳立言編，《宋元時代的法律思想和社會》（臺北：國立編譯館，2001），頁 100-101。此版本有增修部分意見，其中有關徒年杖的說法，首次出現於此版本之中，故特別引用此書。

省擬：斷一百七下。⁵⁴

本例中，舊例中的徒三年為《泰和律》定刑，徒年杖為《泰和律》附加杖的遺留痕跡，而部擬七十七下，是對於泰和舊律徒刑轉換對應的元代正刑，但本案例為傳統中國法中尊長殺卑幼的案件，在原先唐宋律設計的中非屬減死一等的重案，但都省的意見卻以減死一等的一百七下論處。

【船邊作戲滄死】濮州備館陶縣申：『歸問到王狗兒狀招：「至元四年七月初八日飯時，與焦大等并身死翟二，於船頭上坐地，有翟二於船東邊上坐地，探身用手於水面上拏取瓢子。狗兒為常與翟二相戲作耍，狗兒於本人背上，將上截布衫兒扯著，右手於翟二臀片底，往前推了一推，不意脫手，將翟二推在河內滄死罪犯。」』法司擬：『王狗兒所犯，即係戲殺事理。舊例：「戲殺傷人者，減鬥殺傷二等，謂以力共戲而致死傷者，雖和以刃，若乘高、履危，及入水中，以故燒傷者，准減一等。」其王狗兒，合徒五年，決徒年杖一百，仍依例徵銀五十兩，給付苦主充燒埋之費。」部擬：王狗兒決杖一百七下，徵銀五十兩。⁵⁵

本例亦同時出現徒年杖與一百七下二種不同狀態的笞杖刑，同屬原無故殺動機的殺人案，故一併以減死一等的一百七論處，為依照律定刑下的案例。

【打死同驅】龍(隆)興路申：『歸問到李含兒驅口王黃頭招伏：「不合為一般驅王宜兒為黃頭不行逃走，欲將黃頭父子內打死一箇，燒毀房舍，以此於至元五年正月二十七日夜，先將王宜兒用棒打死，於場上埋藏罪犯。」』法司擬：「同主奴婢相犯致

⁵⁴ 《元典章》，卷四十一，〈刑部·諸惡·打死姪〉，頁1418。

⁵⁵ 《元典章》，卷四十二，〈刑部·諸殺·船邊作戲滄死〉，頁1470。

死，而主求免者，聽減本罪一等，合徒五年，決徒年杖一百。」
部下本路勘當得本主願求免，擬杖一百七下。呈省，准斷。⁵⁶

本例與上例同，為奴因主求免得以減罪一等免死的個案。此例可反映金代元初兩律對於減死一等的處置原先律定刑，均為徒五年。流刑的行用對象所針對的犯罪有其特別性，關於其針對的犯罪類型容於後文在流刑詳論。

在此針對「徒年杖」對金元刑制轉換的影響，與對前輩學者造成的誤解提出說明。宮崎市定先生在推論《元典章》中所見的刑制，依據《金史·刑志》中有行「徒杖減半之法」再加上元世祖的「天饒他一下，地饒他一下，朕饒他一下」兩點展開他的推論。本文之前曾舉列「徒年杖」的案例，宮崎氏認為如前舉打死姪的案例中「舊例即毆兄之子死者徒三年，其米賚所犯合徒三年，決徒年杖八十，部擬七十七下，省擬斷一百七下」的判讀為舊例徒三年，據《金史·刑志》所載金代有「以杖折徒」的特色，故認定徒三年因為以杖折徒的緣故變成杖一百六十，又因後來金代有「徒杖減半之法」於是將 $160/2=80$ ，合杖八十之刑，加上元代減三下的緣故，部擬才會轉換出 $80-3=77$ ，合杖七十七之刑。乍看之下推論過程與結果十分符合，但於王元亮《金五刑圖說》所見金代的五刑圖表對照，即可發現金代的徒刑近承遼法遠襲隋制，均附有杖刑，有一罪而具二刑的特色，一個徒刑條目下有加杖若干、決杖若干的記載。且本文前文已考證出金代徒杖減半減的是附加杖，而非特殊情況的徒流刑以增加杖刑數目代為執行的換刑杖數，是故以杖折徒的說法不成立、徒

⁵⁶ 《元典章》，卷四十二，〈刑部·諸殺·打死同驅〉，頁 1485。

杖減半的說法亦不足為證，因為減半的是附加杖而非代換杖。

為何前輩學者會產生誤解，原因為何？就《元典章》體例特色所見可分為三階公文流轉，一是地方報上去的疑難案件，這個階段的地方官府負責刑名的「法司」會依據案情檢索舊例（《泰和律》），舊例中出現的原金律徒刑罪刑記載多出現合徒若干年，決徒年杖若干下的記述格式。接著行省或刑部會針對案情，提出案例適用的意見或加減刑。最後由（都省）中書省的官員決定是否採用或修改判決。以上案判文為例，依不同斷句有下四種解法：

- 1 合徒三年決徒年杖八十，部擬七十七下，省擬斷一百七下。
- 2 合徒三年，決徒年，杖八十，部擬七十七下，省擬斷一百七下。
- 3 合徒三年，決徒，年杖八十，部擬七十七下，省擬斷一百七下。
- 4 合徒三年，決徒年杖八十。部擬七十七下，省擬斷一百七下。

不同的斷句決定不同的解釋，而其中的關鍵就是「徒年杖」一詞。很顯然的宮崎氏採用的解釋是將「徒年杖」當成轉換行刑的數字，故會認為所有的笞杖刑都經過減半之後再減三完成轉換，但仔細觀察因案情的差異，有時在轉換後刑部、中書省的判決刑度有減三下之案例，有加七下或有加十七下的判例。下舉幾個至元初年的案例，來觀察舊例的轉換：

【闌入禁苑】都堂鈞旨送下監修宮也黑迷兒丁呈：『捉獲跳過太液池圍子禁牆人楚添兒。本人狀招：「於六月二十四日，帶酒見倒訖土牆，望潭內有舡，採打蓮蓬，跳過牆去，被捉到官罪犯。」法司擬：「闌入禁苑，徒一年，杖六十。」』部擬五十七下。省准擬。⁵⁷

⁵⁷ 《元典章》，卷四十一，〈刑部·諸惡·闌入禁苑〉，頁 1449。

這個屬於衛禁的案件法司擬徒一年杖六十，刑部意見為五十七下。這樣的判決得到中書省的認可。

【**滄死親女**】至元三年七月，真定路申：『何賽哥狀招：「至元三年五月二十九日，將女定哥抱去，撇放滄沱河內滄死罪犯。」』法司擬：『舊例：「子孫違（教）法令，而祖、父非理毆死者，徒一年。」』部擬決五十七下。呈奉省劄准擬，斷訖。⁵⁸

這是一件淹死自己女兒的案件，法司以子孫違法令被父祖毆死的條文比附判刑，因相關案情不得而知，故且依照法司的說法瞭解案情。擬徒一年之刑而未言附加杖的內容，刑部意見為決五十七下。

【**帶酒殺無罪男**】上都路申：『歸問到興州王得祿招伏：「不合帶酒，用刀子扎死男牛兒罪犯。」』法司擬：『舊例：「子孫違犯教令，而祖父母、父母用刀殺者，徒一年半；故殺者，加一等。」其王得祿，合徒二年，決杖七十。」』部准擬，決七十七下。省准擬呈，斷訖。⁵⁹

本例與淹死親女的引用法條相似，唯用刀殺害一點，構成加刑的要件，且案情又符合故殺的情形，加刑結果為徒二年。刑部意見為決七十七下。該例也成為日後的立法依據，完整的被保留於《元史·刑法志》之中改作成「諸父無故以刃殺其子者，杖七十七。」的法律條文。⁶⁰

【**和奸有夫婦人**】冠氏縣申：『歸問到柳二妻蘇小丑狀招：「不合於至元三年九月內，與陳典史就伊家通奸罪犯。」又招：「不合於至元五年十一月十八日，信從安大姐媒合，與在逃蘇七通

⁵⁸ 《元典章》，卷四十二，〈刑部·諸殺·滄死親女〉，頁 1480。

⁵⁹ 《元典章》，卷四十二，〈刑部·諸殺·帶酒殺無罪男〉，頁 1481。

⁶⁰ 《元史》，卷一百五，〈刑法四·殺傷〉，頁 2676。

奸罪犯」。陳典史，名佐。安大姐，姓劉，小名師姑。各招相同。』

奸婦蘇小丑。法司擬：『舊例：「奸有夫婦人，徒二年，決徒年杖七十」，去衣受刑。』部擬：杖八十七下，行下本路斷訖。

奸夫陳佐。法司擬：『舊例：「與奸婦同罪，合徒二年，決杖七十。」卻緣蘇小丑與在逃蘇七通奸，指出陳佐。舊例：「和奸者，奸所捕獲為理。」今因捉獲蘇七指出，即非奸所捕獲，合行革撥。』部擬：「若准非奸所捕獲勿論，卻緣本縣已取到陳佐明白招伏，若全同捕獲斷決，似為尤重，量情答五十七下。」

媒合安主劉師姑。法司擬：「於奸罪上減一等，合徒一年半，決徒年杖六十。」部擬斷五十七下，單衣受刑。⁶¹

本例為和姦有夫之婦的案例，原先是柳二的妻子蘇小丑與蘇七通姦事發，姦夫蘇七在逃，蘇小丑被審訊時不但供出聽從安大姊（劉師姑）的居中牽線與蘇七通姦，又意外供出以前曾與陳（典史）佐在陳家通姦。案情複雜的地方在陳佐，因為是被蘇小丑片面之詞供出，之後陳佐到官審問承認犯下通姦罪。但當時通姦罪有「奸所捕獲原則」換成現在的說法即「捉姦在床」。陳佐的通姦罪名某程度是不算數的。故法司意見「非奸所捕獲，合行革撥」，革撥一詞在元代為使不算數，把某東西作廢的意思。但刑部的意見卻認為陳佐已經認罪，不能不算但又不可依一般通姦罪判，酌情判答五十七下。蘇小丑，據舊例和姦有夫之婦，處徒二年。刑部意見判決八十七下。安大姊，媒合之罪減一等，合徒一年半，刑部意見判決五十七下。就三個例子中舊例徒一年的案件，直接就部擬刑度裁決為五十七下。又劉師姑的徒一年半刑亦裁決為五十七下，可明確證明「徒

⁶¹ 《元典章》，卷四十五，〈刑部·諸姦·和奸有夫婦人〉，頁 1548。

年杖數」與元代初期轉換出的笞杖數目無絕對相關性，若有相關性也非《元典章·刑部·五刑之制》作徒一年、徒一年半→杖六十七，這般整齊劃一的轉換，也非宮崎氏的轉換之法。若詳查《元史·刑法志》姦非條目：

諸和姦者，杖七十七；有夫者，八十七。誘姦婦逃者，加一等，男女罪同，婦人去衣受刑。其媒合及容止者，各減姦罪三等，止理見發之家，私和者減四等。⁶²

可發覺元廷在繼受金律的刑名制度之時，也在實際司法運作中摸索一套自己的加減例。其方法將成案判例彙編，導引出自己的法律刑名架構。原先應該代換金制徒二年之刑的杖八十七，成為和奸有夫婦的量刑基準，另外媒合的人處置方式依照舊律合奸罪減一等的推理導出五十七下，到了後期卻成為「各減姦罪三等」法律推理下所得出的結果。

《元典章·五刑之制》所提供的一個供「法司」或地方「吏員」辦案查考的對照表，實不具所謂「典章」的強制性質，為舊律轉換的大致對照表而已，其錯誤百出的狀況就不足為怪。案例中徒一年可判五十七下、六十七下，徒一年半可判五十七下。徒二年可判八十七下，正可證明開宗明義的開篇有徒四年半之刑的訛誤，係編輯者為了將大德以降五刑具有的架構，硬套回金元轉換前的「刑統傳統」所致。

刑統傳統一詞指唐宋金三朝律典，在刑法上律定刑制的原始框架，自宋代頒定刑統，成為律學的主流教材，宋代有識者傅霖為了

⁶² 《元史》，卷一百四，〈刑法三·姦非〉，頁 2653。

讓人易於學習法律知識而有編成韻文的《刑統賦》，之後陸續有人為之作粗解、著疏之類等再書寫，再解釋增註的工作，如元代鄒韻為之作釋、王亮為之作註，同時又有《別本刑統賦》的出現，而集大成的當為沈仲緯撰《刑統賦疏》。⁶³不可諱言的這些出於民間的法律書籍有助於法律知識的流傳，但在此同時也強化形塑了唐律法律推理中「五刑體制」的概念。無論是《故唐律疏議》還是《宋刑統》第一篇〈名例〉開篇定為笞、杖、徒、流、死五刑的規定。《刑統賦》開卷亦有「刑異五等，例分八字」云云。⁶⁴

但在《元典章》編輯的時代，時值元仁宗時期，距世祖建元已歷三任不同的皇帝，但元朝的五刑制度卻尚未完備，許多以單行法的形式頒布的聖旨條畫，都有自成體系的刑法罰則規定，如上述姦非（通姦）案件自典章時期的舊律刑度對應，發展至《元史·刑法志》自成一體系的法律加減刑裁量。其編輯者面對此一局勢較可行的編排方式，為依行政部門之不同編排相關事例，但面對總管普遍刑名的刑部時，不得不採以古附今的手法，用前代之制說明「國（元）朝之制」，並列了成宗大德年間的「加徒減杖例」制表說明五刑體制。此時距離廢《泰和律》的至元八年已多歷年所，對金律的刑制

⁶³ 關於《刑統賦》一書的性質及版本考訂可參薛梅卿，〈《刑統賦》及解疏本初考〉一文收入楊一凡總主編，《中國法制史考證》甲篇，第5卷，「歷代法制考·宋遼金元法制考」（北京：中國社會科學出版社，2003），頁1-20。日人瀧川政次郎，〈支那の韻文律書「宋刑統賦」に就いて〉收入氏著，《中國法制史研究》（東京：巖南堂書店，1979），對於《刑統賦》一書有專文介紹可參看，頁221-242。

⁶⁴ 「刑異五等，例分八字」一語為刑統賦中韻文的第八句、第九句。元人沈仲緯在刑異五等後所做的通例與疏文中間的差異，可從中觀察金元制度之變化。（元）沈仲緯撰，《刑統賦疏》收入島田正郎主編，《中國法制史料》（臺北：鼎文出版社，1979）第二輯第二冊，頁902-903。

可能已不熟悉，故出現徒四年、徒四年半、徒五年之刑與三流刑相比擬，這樣不倫不類的書寫。昧於金律本身的體制，出現與王元亮《唐律釋文》附表所見金律刑制間相異的錯誤，應可歸決於地域上的差異，王元亮據考為汴梁之人，汴梁一地為金朝統有之地區，相較《元典章》出於江西一個久為南宋統治的新附之地，元人史料有云「南人不識體例」，⁶⁵之前分隸不同政權，於前文有言，南系與北系兩方在刑制原先即存在極大差異，史料有云「法之不立，其原在於南不能從北，北不能從南。然則何時而定乎？」造成這樣的誤解應可理解。⁶⁶

四、元代徒刑的重建始末

(一) 徒刑的恢復原因

關於五刑之中徒刑的恢復，我們可以將徒刑的適用對象依據案由分為兩大類，第一類是在笞杖刑部分有提到，中統年間頒布的《恢辦課程條畫》中違反私鹽、私酒、私茶一類有徒二年、杖七十的處刑規定，與其衍生出來彼此有援引適用關係如私茶比同私鹽此類有

⁶⁵ 語出元·程鉅夫，《程雪樓文集》（臺北：國立中央圖書館，1970）元代珍本文集叢刊，卷十，奏議存藁〈吏治五事·通南北之選〉，頁390-391。「南方之賢者列姓名於新附，而冒不識體例之譏，故北方州縣並無南方人士，且南方歸附已七八年，是何體例難識如此？」可知南方的人士對北方的法政體系是相對陌生的。

⁶⁶ 黃時鑒輯點，《元代法制史料叢刊》，收胡祇遹著，《紫山大全集》，卷二十一，〈論治法〉，頁166。

害國家權貨犯罪行為，⁶⁷因為《恢辦課程條畫》的效力，不受〈中統權宜條理〉所規範刑制轉換原則影響，故保留承自金律一罪而具二刑的複式刑罰框架。第二類是非關國家權貨犯罪的一般犯姦、偷盜、詐欺等案由所處置的徒刑。這兩類設計的來源不一，一個有受金元刑制轉換影響，對於徒年與附加杖數的關係，要到成宗大德年間才發展出大致穩定的徒杖相對關係與位階。

本段便以第二類的徒刑設立為討論對象，關於一般犯罪徒刑的恢復可從世祖朝對於盜賊的懲處問題來觀察，下面即以程鉅夫的一則上書談徒刑在一般刑事案件是如何恢復的。程鉅夫《程雪樓文集》卷十〈民間利病〉載：

盜之害民，劫盜為甚，劫盜不已，群盜生焉。故自古立法，劫盜必死。江南比年殺人放火者所在有之，被害之家纔行告發，巡尉吏卒名為體覆，而被害之家及其鄰右先以騷然。及付有司，則主吏又教以轉攤平民，坐展歲月。幸而成罪，又不過杖一百七，而枝蔓逮捕，平人之死獄中者乃十四五。況劫盜幸免，必圖報復，而告發之家無遺種矣，被賊劫者誰敢告發？盜勢日張，其禍何可勝言！夫諸藏兵器者處死，況以兵器行劫，而罪乃止於杖，此何理也？故盜無所畏，黨日以多。今後強盜持軍器劫人財物，賊證明白，只以藏軍器論罪，郡府以便宜從事，並免待報，庶使凶人警畏，平民安帖，其於治勢實非小補。⁶⁸

上文是程鉅夫於至元二十四年（1287）上言民間利病的奏議，文中強調針對持械強盜的行為以藏有軍器的條文論罪處死。其中

⁶⁷ 請參《元典章》，卷二十二，〈戶部·課程·私茶同私鹽科斷〉，頁818。

⁶⁸ 《程雪樓文集》（元代珍本文集彙刊），卷十，奏議存藁〈民間利病〉，頁395-396。

「劫盜杖百單七」的原因已於前文說明過了，指出金元刑制轉換出現的重大缺失，出現死罪難犯，生罪太輕的現象。原先五刑體制中的徒流刑不行用，會造成刑輕無法阻奸的副作用，反而達不到原先「雖曰減輕，期於不犯」之目的。職是之故，需要一個比杖刑重的刑罰位階存在，因此須將徒刑實刑化回復其強制勞役的性質。

程氏這種一律處死，重罪處治盜賊的意見，其實並不孤獨也非創見。早在至元八年（1271）二月蒙元汗廷君臣就有對盜賊猖獗有所討論，當時四川行省官員也速帶兒言：「比因饑饉，盜賊滋多，宜加顯戮。」世祖下詔令羣臣討論。大臣安童以為：「強竊盜賊，一皆處死，恐非所宜。罪至死者，仍舊待命。」⁶⁹可知部分大臣與程氏主張相似，想以死刑來處理嚴重的盜賊風氣。世祖君臣對於盜賊滋眾現象，不願以一律處死處理。此外對於遭擒獲的盜賊，是否配役來徵討其對社會治安的危害，這時君臣間沒有出現這樣的想法，只有不願輕易處死的共識。但到了至元二十三（1286）年夏中書省臣言：

「比奉旨，凡為盜者毋釋。今竊鈔數貫及佩刀微物，與童幼竊物者，悉令配役。臣等議，一犯者杖釋，再犯依法配役為宜。」帝曰：「朕以漢人徇私，用《秦和律》處事，致盜賊滋眾，故有是言。人命至重，今後非詳讞者，勿輒殺人。」⁷⁰

此時的議論已經出現「悉令配役」的處置方式但相關細節不明。

關於針對強、竊盜徵倍贓之原則，漢地的唐宋舊律傳統中已有，但在北亞系游牧民族的法律傳統對賠償卻有不同程度的重視與

⁶⁹ 《元史》，卷七，〈世祖紀〉，頁 133。

⁷⁰ 《元史》，卷十四，〈世祖紀〉，頁 289。

思考，一如仁井田陞所言在社會統制力未發達的階段，以復仇或報復的手段解決爭端，隨著社會日漸發展出現第三者（政治權威）調停兩造爭端，改以一定數量的財貨賠償取代原先的暴力復仇。之後更出現強而有力的政治權威將之前賠償制度劃一化，定額乃至於定率化成為法律傳統，向加害人要求一定數量的財物作為刑罰。如此呈現三階段的演進報復→賠償→賠償法制化。⁷¹

蒙元朝廷的法律傳統有所謂「和平錢」，是針對罪犯造成的社會秩序危害給予的經濟處罰，犯罪者須支付一定數量的財產當作處罰。⁷²部分比例給被害人，部份給政府，即忽必烈汗「凡為盜者毋釋。今竊鈔數貫及佩刀微物，與童幼竊物者，悉令配役。」有犯罪所得的交出不法所得，無力支付的配役，以役代償，讓原先打屁股了事的強竊盜犯，支付「和平錢」給主權者（政府）達成原先北亞式復仇賠償的刑罰傳統。忽必烈汗提出一種較符合舊俗處置方式，處理對於漢地式刑罰不滿，這種對於犯罪者要求勞役賠償的報復思維，促使徒刑恢復其強迫年限服役的賠償性質，從偏向侵犯官錢糧、犯茶鹽的損害賠償轉化為觸犯刑憲時的科罰實刑，最後成為針對重刑累犯的量刑手段。下面舉忽必烈針對侵盜官錢犯罪的裁示，

⁷¹ 關於遊牧民族刑法發展的過程日人研究頗豐，島田正郎於《北方ユーラシア法系の研究》第九章〈刑法〉中多有整理介紹可參看。島田正郎，《北方ユーラシア法系の研究》（東京：創文社，1981），頁297-301。文中島田雖對仁井田的部分說法多有修正與質疑，透過大量史料考證，不認為仁井田所言蒙古法制發展方式是各民族刑法發展的共通典型，但對於復仇→賠償→賠償法制化的三階段論亦表贊同。

⁷² 北亞民族對於殺人、賊盜、傷害及姦淫犯罪時，有重視賠償的刑罰傳統，以支付和平錢或罰金論處。此點與中國傳統法律重視「實刑主義」不同，相關討論可參見島田正郎，《北亞洲法制史》（臺北：中國文化學院，1963），頁10-14。

觀察他對配役一事的態度：

【侵盜官錢配役】至元二十三年（1286）四月二十三日，中書省：奏過事內一件：「係官的庫裏、倉裏錢物偷了來的、少了來的，拿著底人多有。錢陪不起呵，他底田產、人口、頭疋底，不揀甚麼，准折屬官，（他）地不勾呵，保人根底交陪者，更不勾呵，本人根底交配役，他每工錢算著，那錢數到呵，放呵，怎生？道來。」麼道，奏呵，「交保人每陪底，知它怎生有？然那般依著您底言語者。」偷了錢物來的賊每根底，不合放。」麼道，聖旨有呵，回奏：「為去年行了來的詔書，聖旨已前偷了官錢的、侵使了來的根底，那般道來。」麼道，奏呵，「索甚麼那般者道有赦放麼道，賊每喂多了也。錢陪不起呵，他每根底交擔著糧食，步行的交種田去者。」麼道，聖旨了也。欽此。⁷³

對於官物錢財的追討態度，是盡可能地將犯罪者之土地田產、牲畜、驅口、及本人勞動力乃至保人的財產等，都當作賠償的來源。以此觀之，對於大汗而言刑罰不是重點，重點在於賠償。這種賠償的思維與漢地本身的法律傳統無關，犯罪贓值多寡與刑度輕重不作為是否配役思考因素，僅僅是對於損害的單純報復思考使然。此種報復不唯有實際財貨損害上面，還推廣至抽象的損害國家治安之「和平錢」。

至此原先存在中原漢地法律傳統的徒刑刑罰，在大汗的觀念之中成為一種勞役賠償「和平錢」的刑罰手段。一來可以給予犯罪者實際的刑罰，又可取得破壞統治秩序的實質勞役賠償，安插在身體刑與死刑之間，巧妙地調和兩種不同法律文化的需求，可謂一舉數

⁷³ 《元典章》，卷四十七，〈刑部·諸贓·侵盜官錢配役〉，頁 1609-1610。

得。《元史·世祖紀》中「今竊鈔數貫及佩刀微物，與童幼竊物者，悉令配役」之言，皆顯現對於役使犯人服役意願之強烈，故可推斷一般案件徒刑配役的恢復，除客觀上生刑太低死刑難犯，法輕不得止奸之外，尚有世祖嗜利渴求勞動力的統治心態因素，兩因素相互作用之下，元代就恢復了金代舊有的複合式刑罰框架，並將其安排至徒流刑等之中。

（二）徒刑規範的成文化過程

元初所見的徒刑資料，排除一般刑事犯罪因為援引《泰和律》律定徒刑以笞杖刑代換決罰不論，多為經濟犯罪與軍器管制條例的罰則，在李璫叛亂之後，元廷開始嚴格管制民間持有武器，故中統三年（1262）三月禁民間私藏軍器。⁷⁴不久中統四年（1263）二月詔：「諸路置局造軍器，私造者處死；民間所有，不輸官者，與私造同。」⁷⁵出現持有與製造皆處死的重法。直到至元五年（1268）隱藏軍器罪的罪名自一律處死的重刑轉變為：

甲：私有全副者，處死；不成副，決杖五十七下，徒一年；令（零）散甲片不堪穿吊禦敵者，笞三十七下。

鎗或刀弩：私有十件者，處死；五件以上，杖九十七下，徒三年；四件以下，杖七十七下，徒二年；不堪使用，杖五十七下。

弓箭：私有十副者，處死；（每副，弓一張，箭三十隻。）五副以上，杖九十七下，徒三年；四副以下，杖七十七下，徒二年；

⁷⁴ 《元史》，卷五，〈世祖紀〉，頁 83。

⁷⁵ 《元史》，卷五，〈世祖紀〉，頁 91。

不成副，杖五十七下。⁷⁶

將上述條文整理一下可得出以下兩表：

表四：隱藏軍器罪名刑度表

隱藏軍器		刑度
種類	數量	
甲	全副	處死
	不成副	杖五十七下，徒一年
	不堪穿戴	笞三十七下
槍或刀弩	十件以上	處死
	五件以上	杖九十七下，徒三年
	四件以下	杖七十七下，徒二年
	不堪用	杖五十七下
弓箭	十副以上	處死
	五副以上	杖九十七下，徒三年
	四副以下	杖七十七下，徒二年
	不成副	杖五十七下

表五：隱藏軍器罪名刑度表

刑度	持有甲械狀況
處死	甲全副、槍、刀弩、弓箭十件（副）以上
杖九十七下，徒三年	槍、刀弩、弓箭五件（副）以上
杖七十七下，徒二年	槍、刀弩、弓箭四件（副）以下

⁷⁶ 《元典章》，卷三十五，〈兵部·軍器·隱藏軍器罪名〉，頁 1249。

杖五十七下，徒一年	甲不成副
杖五十七	不堪使用槍、刀弩、弓箭不成副
笞三十七	甲不堪穿戴

兩表一對照即可發現，刑度可分為攻擊性武器十件以上的處死、五件以上的徒三年、四件以下的徒二年、不成副的甲徒一年，其中徒刑的刑度設定差距級距皆為二等，成等差級距的設定。不堪用武器的杖五十七，不堪用的護甲笞三十七，在不堪使用的兵甲亦呈現差兩等的空間。徒刑年分與杖刑的對應關係，不類原先金元轉換的圖表，又異於後來的加徒減杖例。本罪可謂元代最早以徒刑作為主要手段的獨立立法。其目的與意圖一樣是針對原先一律處死的震懾立法，做更合情理的刑罰處置，故至元五年時已出現對刑罰輕重失衡的處理方向，即恢復原有徒刑位階舊有處罰方式，來填補因金元轉換造成減少的刑制位階，讓徒刑服勞役的規定非犯私鹽所獨有。再者，重新設定的徒刑附杖數目係從「國朝」之新制以七為斷，唯此時尚未出現穩定的徒年杖數配對關係。

後有關徒罪的法條中以成宗元貞元年（1295）頒訂的倉庫官吏侵盜錢糧的罰則最具規模，除延續原先唐律中依贓治罪的精神之外，並完整的訂出徒刑五等的刑度：

【侵盜錢糧罪例】

元貞元年七月，欽奉聖旨條畫：

倉庫官吏人等，盜所主守錢糧，一（疑為十）貫以下，決五十七，至十貫，杖六十七。每二十貫加一等，一百二十貫，徒一年。每三十貫加半年，二百四十貫，徒三年。三百貫，處死。

計贓以至元鈔為則，諸物依當時估價。應犯徒一年，杖六十七。每半年加杖一十，三年杖一百七。皆決訖居役。諸倉庫官、知庫子、攢典、斗腳人等侵盜移易官物匿不舉發者，與犯人同罪；失覺察者，減犯人罪四等。

諸倉庫大小官吏人等，皆得互相覺察。其有侵盜錢糧，即將犯人財產拘檢，見數准折追理。若犯人逃亡，及無可追者，並勒同界官典人等立限均陪。⁷⁷

表六：元貞元年（1295）侵盜錢糧罪例刑度表

贓值	刑罰
十貫以下	笞五十七下
十貫以上未滿二十貫	杖六十七下
二十貫以上未滿四十貫	杖七十七下
四十貫以上未滿六十貫	杖八十七下
六十貫以上未滿八十貫	杖九十七下
八十貫以上未滿一百貫	杖一百七下
一百二十貫以上未滿一百五十貫	徒一年，杖六十七下
一百五十貫以上未滿一百八十貫	徒一年半，杖七十七下
一百八十貫以上未滿二百一十貫	徒二年，杖八十七下
二百一十貫以上未滿二百四十貫	徒二年半，杖九十七下
二百四十貫以上未滿三百貫	徒三年，杖一百七下
三百貫以上	處死

關於徒刑在居作勞役方面卻是到大德六年（1302）的〈強竊盜賊通例〉中小注規定「應配役人逐有金、銀、銅、鐵同冶、屯田、

⁷⁷ 《元典章》，卷四十七，〈刑部·諸贓·侵盜錢糧罪例〉，頁 1614-1615。

堤岸橋道一切工役。」⁷⁸方才明確規範徒犯要負擔的勞役內容，此外服刑年限與附加杖的對應關係，正式定為徒一年，六十七下、徒一年半，七十七下、徒二年，八十七下、徒二年半，九十七下、徒三年，一百七下。至此脫離原先附著於《泰和律》的七等徒刑。另外，折換成杖刑的一時權宜之法也無再存在之必要，新的徒刑或者說是元代的「原生徒刑」，至此方告正式形成。

惟中統二年（1261）〈恢辦課程條畫〉中對於私鹽徒二年決七十的徒刑施用有其特殊規定。犯私鹽的徒囚「發下鹽司帶鐐居役滿日踈放」，只針對鹽司服製鹽相關勞役，與一般犯罪之徒刑犯不同，有其針對性。又大德八年（1304）詔書內一款「詔書到日，六十七以上減輕，決免五十七以下，並行釋免私鹽徒役者，減一半」，⁷⁹特別針對私鹽徒而非其他徒役，故元廷在論刑考量將犯私鹽與一般徒犯有根本上的分別。因此本處討論徒刑的再重建時，中統年間的犯私鹽法並不當作元代徒刑設定的開始，因其不呈現與其他犯罪行為量處上有對照與引用的關係，若有引用關係也只針對於私酒、逃稅一類事關國計的行為，且於附加杖的決杖數字，保留成數以十為斷，是故在加杖數目、徒役上面兩者，皆有其不同的特殊性，設定的來源與始末也不相同。

總的來說，徒刑的重建過程，第一類有關私鹽、私酒這類的犯罪中的徒刑，因為原先的母法是直接用金代罰則規定修改而成，故保留較完整的金代刑制如杖七十、徒二年的徒年杖數對應關係。第二類的徒刑重建是將〈中統權宜條理〉以七為斷的特色，與實際判

⁷⁸ 《元典章》，典章四十九，〈刑部·諸盜·強竊盜賊通例〉，頁1655。

⁷⁹ 《元典章》，卷三，〈聖政·理冤滯〉，頁98-99。

例中摸索出的轉換等第相互配合建構而成，如至元年間隱藏軍器的罰則，已出現初步的徒杖對應關係，但不與其他犯罪發生援引或對照的關係，待至元貞元年（1295）〈侵盜錢糧罪例〉徒年與附加杖數及不法所得（贓值）三者之間的對應關係的框架方告成立。〈侵盜錢糧罪例〉的論刑模組與日後五刑皆備的大德六年（1302）〈強竊盜賊通例〉⁸⁰與延佑二年（1315）〈處斷盜賊斷例〉⁸¹兩者有明顯引用傳承的關係。此時方才確立了刑事犯罪大宗的強竊盜的刑制框架。⁸²

從上述討論可得知，元代的徒刑的重建原係針對私有禁軍器、違反課程、侵盜官錢糧之類的犯罪所設定的刑罰，多屬違反國家利權、不利國家統治的犯罪為主。因為金制子遺保留了附加刑的設計，呈現杖數若干加上年數若干的複合刑罰框架。日後元廷逐步頒定法令調整杖數與徒年間的對應關係，晚至成宗元貞年間方才確立對應一般刑事案件的徒刑制度。元代徒刑的重建呈現先食貨課程而後一般刑名的發展方式。

關於與徒刑同屬自由刑，為生刑中最高刑種，減死一等的流刑，可將其視為更高階的徒刑，或者看成是附有特定勞役任務的徒刑。雖說在大德與延佑年間頒布的強竊盜賊相關規定中，對應惡行重大之重罪犯或盜賊累犯。把重罪犯放逐到前線從事勞役或充軍作

⁸⁰ 《元典章》，卷四十九，〈刑部·諸盜·強竊盜賊通例〉，頁 1654-1655。

⁸¹ 《元典章》，卷四十九，〈刑部·諸盜·處斷盜賊斷例〉，頁 1662-1665。

⁸² 姚大力〈論元代刑法體系的形成〉一文將〈強竊盜通例〉的頒布視為元代五刑之制構成比較完備的系統與自由刑恢復和制度化的總結，筆者部分同意此說法，但姚氏甚少考慮在此之前許多刑制設計的來源不一，與不同部門條例間的影響，關於流刑之恢復筆者不認為有建立到制度化的程度。文收氏著，《蒙元制度與政治文化》，頁 308。

戰。嚴格的來說，有元一代只完成笞、杖、徒、死四大刑種的重建。流刑與出軍、遷徙都帶有強烈的隨意性與臨時國家政策上勞務人力安排的意味。⁸³真正有系統的建構流刑要等到明代。元代在自由刑徒、流兩刑種呈現複合刑罰的模式，算是正式確立日後明清兩代刑制發展方向，「加徒減杖」、「減徒加杖」這兩種術語，因為複合刑罰的框架得以在日後明清律中運作。

五、結語

自《唐律疏議·名例律》文中規範了笞、杖、徒、流、死，五種刑等，其後多為後世所沿襲，五代乃至兩宋在刑名等級多用舊律判罪定刑，惟宋太祖制定折杖之法，以擊打脊杖或臀杖代換原先的笞、杖、徒、流四種刑的執行。是故有「流罪得免遠徒，徒罪得免役年，笞杖得減決數」與原先唐制五刑名實脫離的狀況。

約莫與兩宋同期在北亞稱雄的遼、金，乃至後來統一中國的元代，他們刑罰體系不可諱言地在「漢法化」的過程中也深受唐律的影響，為了實際統治的必要不得不「改就亡國之俗、下從臣僕之謀。」接受中原漢地為主發展出的法律文化成果。將實際案件斷例整理編排，摸索出一條參酌古今的刑罰體系，但也因此無心插柳促成了下開明清時代「近世新五刑」的發展。

有元一代繼承了南北兩系不同的發展特色，並依照北系的若干特質——杖數的決與徒流附加杖此種複合刑罰的模式重建了五刑制

⁸³ 德永洋介，〈金元時代の流刑〉收入梅原郁主編，《前近代中国の刑罰》，頁 285-313。

度，雖說嚴格上只重建了笞、杖、徒、死四大刑種，流刑部分尚有許多臨時政策性人力調派與隨意性，不過也定調了後來明代的發展。若從法制史或刑罰史的觀點觀察，在律系表中都應該重新給予元代或金代更高的地位，反而是宋代刑罰的發展與北系相較反成斷裂的一方，恰恰與魏晉南北朝時期律系發展有異曲同工之妙，莫非是歷史的巧合。

唐律各刑等皆為單獨存在執行的設計曇花一現，五代以降刺字肉刑恢復，除單純的身體刑與生命刑外，屬於自由刑的徒、流刑均有添加附加刑的發展傾向。四庫提要言唐律出入得古今之平，若就刑罰設計上的確有其典範的作用。唐以後各朝對於刑罰制度方面的發展多有加重而少減輕，有論者認為明律有輕其所輕重其所重的特色，若把此問題拉長遠來考察，並非明律有此特色，而是自唐律以後歷代刑制發展均有此一現象，非明律所獨有，冰凍三尺非一日之寒。為了增加刑制框架中位階較高刑種的懲處力度，將原先低階的刑種附加成為高階刑種的構成要素之一，如此一來即造成整體刑制結構性的加重，這個結構性的加重在金元法律繼受下被保留下來了。此外明律當中輕其所輕的部分，可從明律中許多律定刑的起算多較唐律為低如鬥毆、和姦等，明顯是受金元轉換之後部分刑罰由徒降為杖，徒年杖數遞減一等與以七為斷特殊笞杖數目的影響。不得不說元世祖「天饒他一下，地饒他一下，朕饒他一下」的德政可謂德澤後世，〈中統權宜條理〉的餘波盪漾了數百年。

The Destruction of the Old Five Punishments and the Establishment of the New in the Yuan Dynasty

Wang,Hsin-Chieh

Abstract

Since the formalization of the Five Punishments in *Tang Code*, it was generally followed and practiced by latter generations. From the Five Dynasties to the Song Dynasty, the verdicts concerning punishments were mostly made adhere to the old *Tang Code*, except for those in the “Law of Elimination” made by Zhao Kuangyin, the founding emperor of the Song Dynasty, which replaced the old practice of the four punishments of beating with a small stick, beating with a heavy stick, penal servitude, life exile with only beatings on the ribs or hips. In this manner, the practice of punishment went divert form the old Five Punishments of Tang Dynasty. Meanwhile, around the same period of the Song Dynasty, the thriving Liao and Jin Dynasties in Northern Asia, together with the Yuan Dynasty, who later united the Mainland, were greatly influenced by the *Tang Code* in the process of converting to Han Culture and inherited the traditional culture and law from the Mainland. Due to the actual necessity of ruling and administration, the Yuan Dynasty was forced to get accustomed the old *Tang Code* and took the advices from the local Mainland officials. As a result, the Yuan Government

gradually developed a punishment system which collected and referred to both past and present cases and thus established a system of the new Five Punishments for the latter Ming and Ching Dynasties. In summary, this article aims to describe the destruction of the old Five Punishments and the establishment of the new from the aspect of the two diverse parties: the North and the South. The north party refers to the Liao and Jin Dynasties and the south party refers to the Song Dynasty. Furthermore, this article regards the development and establishment of punishment system of the Yuan Dynasty as the beginning of the new Five Punishments. Finally, this article points out the characteristics of the developments of the new Five Punishments from the perspective of the two parties, as well as highlight the significance of their roles.

Key Words: Five Punishments, Yuan Dynasty, Tang Code, Chin Code