

中国古代耻辱刑考略

杨 鸿 雁*

内容提要:耻辱刑是以犯罪人的人格为毁损对象,使犯罪人感受精神痛苦的刑罚。中国古代长期存在多种类型的耻辱刑。文献典籍和考古研究成果记录下了丰富的内容。回顾历史对冷静观察当前世界各地耻辱刑回潮的现状,会有很好的启示意义。

关键词:中国法制史 耻辱刑

一、导 言

耻辱刑是世界各国历史上普遍存在过的刑罚类型。古巴比伦有髡刑,^[1]英国有戴枷示众的刑罚,^[2]而烙印刑在古印度以及中世纪的英格兰、法国、日本都被广泛地使用过。^[3]英国还有一种用口钳来处罚骂人妇女的法外刑,在一个铁头盔里面装上一个铁片,铁片伸进口内压住舌头。犯罪的妇女头戴这种东西游街,或者带着锁链穿过市场,任过路人嘲笑。^[4]中世纪,教会的“宗规法”对那些背离天主教会教理的异教徒,规定了多种多样的刑罚:其中有一种刑罚是穿忏悔衣,就是须穿着特别的服装。中国古代法律中也不例外地出现过耻辱刑,如割鼻子、脸上刺字等。

对耻辱刑的研究也是由来已久。在世界范围内,18世纪末法国大革命时期的罗伯斯庇尔和意大利的贝卡里亚,可以算是研究耻辱刑的先行者。罗伯斯庇尔在《论羞辱性刑罚》^[5]一文中,首次对耻辱刑进行了专门的研究,后世将耻辱刑又称为“羞辱刑”,当是滥觞于此。贝卡里亚的《论犯罪和刑罚》在“耻辱”与“侮辱”两节中讨论了耻辱刑问题。^[6]在中国,清朝沈家本的《刺字集序》最早对耻辱刑中的刺字刑,作过专门探究。当代学者陈兴良在《刑种通论》中专节讨论了耻辱刑问题,^[7]遗憾的是,由于文章的研究重点不在此,故也只是浅尝辄止。更多的情况是学者们在研究其他刑罚问题时偶有

* 贵州大学法学院副教授。

[1] 参见《世界著名法典汉译丛书》之《汉穆拉比法典》,法律出版社2000年版。

[2] [英]戴维·M·沃克:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所组织翻译,光明日报出版社1989年版,第693页。

[3] 参见《世界著名法典汉译丛书》之《摩奴法典》,法律出版社2000年版;《牛津法律大辞典》第109页,“烙印”条;1810年《法国刑法典》第20条,日本《御成敗式目》第15条。

[4] 前引[2],《牛津法律大辞典》,第109页,“口钳”条。

[5] [法]罗伯斯庇尔:《革命法制和审判》,商务印书馆1986年版,第3页。

[6] [意]贝卡里亚:《论犯罪和刑罚》,中国大百科全书出版社1993年版。

[7] 陈兴良:《刑种通论》,人民法院出版社1993年版,第464页。

提及。^{〔8〕}如由嵘主编的《外国法制史》，张晋藩、王志刚的《剑与杠杆——中国古代法律简论》，张晋藩的《中国法律史》等。这种状况表明，对于中国古代历史上曾长期存在过的耻辱刑，法学界未给予足够重视，研究成果极少，更谈不上有什么质量。笔者不揣冒昧，根据从各种文献典籍和考古研究成果中所获得的各个朝代中关于耻辱刑的法律规定、相关案例及法学家论述等相关信息，尽可能详细而客观地展现耻辱刑的基本情况，以期为中国古代耻辱刑研究作一些最基础的准备工作，欢迎各位指正。

二、中国古代耻辱刑的种类

耻辱刑是指以犯罪人人格为主要毁损对象，使犯罪人感受到精神痛苦的刑罚总称。国家法律采用某种强制手段刻意将犯罪人的罪犯身份公之于众，以达到鼓励社会成员贬损罪犯人格，使其感受精神痛苦的目的。耻辱刑的对象是受刑者的人格而非其肉体、自由或财产，犯罪人在精神上感受到被社会唾弃的精神痛苦，这是耻辱刑区别于身体刑、自由刑、财产刑等刑罚的重要特征。各国法律对以何种手段对犯罪人施以耻辱的规定不尽相同，但总的来说不外有游街示众，将犯人捆绑在耻辱柱上，在面部烫上印记或者把人的丑态及罪恶用文字公诸于世等方法。按这样的标准去检索我国古代的刑罚，象刑、明刑、墨刑（包括后世的黥刑、刺字刑）、劓刑、髡刑、耐刑、枷号、弃市等等，应属于耻辱刑的范畴。这当中，象刑、明刑、髡刑、耐刑（完）、枷号是纯粹的耻辱刑^{〔9〕}；墨刑、劓刑既是肉刑，也是耻辱刑；弃市则既是死刑，也是耻辱刑。

（一）纯粹的耻辱刑：象刑、明刑、髡刑、耐刑、枷号刑

象刑是我国最早的耻辱刑。对于什么是象刑，历代论者说法不一，比较有代表性的观点认为象刑是通过强迫罪犯穿上特殊的服饰以示惩罚的象征性刑罚。《尚书大传》说：“唐虞之象刑，上刑赭衣不纯，中刑杂纁，下刑墨幘，以居州里，而民耻之。”《周礼·司圜》疏引《孝经》：“画象者上罪，墨冢赭衣杂纁。”《白虎通》：“犯黥者皂其衣，犯劓者丹其服，犯髡者墨其体，犯宫者锥其履，大辟之罪，则布其衣裾而无领缘。”荀子《正论》则说：“世俗之为说者曰：‘治古无肉刑，而有象刑。墨黥；草屨；共，艾毕；非，绀屨；杀，赭衣而不纯。治古如是。’虽然说法有些出入，但也大同小异：头戴黑巾表示应受墨刑；戴上用草作帽带的帽子（另一种说法是让其穿上赭色的衣服）表示应受劓刑；穿上麻鞋（另一种说法是在其腿上蒙上黑布）表明应受髡刑；割去犯人身前的护膝表明应受宫刑；穿上无领的布衣表明应受死刑。

一种刑罚是否是耻辱刑，首先得从它的刑罚目的来加以确认。那么象刑的刑罚目的是什么呢？如前所述，象刑是一种象征性刑罚，也就是说它是对五种肉刑的虚拟化。在象刑制度下，犯人可以说是毫发无损，他们只是穿上与普通人的有所区别的服饰，因而象刑剥夺的显然不是人的身体健康权，不是人的自由权，更不是人的生命权。受象刑处罚的犯人没有生命之忧，没有肉体之痛，也没有行动的不自由，那么象刑的惩罚体现在什么地方呢？让犯人穿上有别于普通人的服饰，使之有别于普通人，在这种区别中感受到被社会群体所抛弃的极度耻辱、孤独、恐惧。很显然，象刑对犯人的惩罚不是体现在肉体上而是体现在精神上的。象刑的这种刑罚目的古人是认识得很清楚的。《尚书大传》对象刑的注曰：“时人尚德义，犯刑但易之衣服，自为大耻。”这里“民耻之”是别人以之为耻，而“自为大耻”则是自以为耻。不管哪种情况，让犯罪人感到耻辱这一点是共同的。

再从象刑的刑罚方式来看。应该说，犯人穿上有别于普通人的特殊服饰，在最开始似乎并不具备丑化犯人的功能，而更多显现出辨别功能，即区别犯人与普通人。随着时间的推移，由于特殊服饰与

〔8〕 比如李光灿在《评〈寄谳文存〉》中把沈家本力主废除的第三种重刑——刺字归入耻辱刑中，但没有进行进一步的分析；邱兴隆在《等价刑的理性反思》一文中也提到了耻辱刑。《法学词典》（增订本）在“刑法”这一词条下介绍法国1810年刑法典时提到了“耻辱刑”。邹瑜、顾明主编的《法学大辞典》，虽然出现了“耻辱刑”，却是以“名誉刑”的别称的形式出现的。

〔9〕 关于髡、耐二刑，目前学界有不同认识。一说耐刑也叫完刑，因只剃去胡须而完好其发而得名；一说髡刑的别称才是完刑。本文取前一种说法。

犯人的固定联系,人们逐渐形成了这样一种条件反射:这种特殊服饰意味着犯罪。于是人们在对犯罪行为表示道德谴责的同时,审美心理自然将这些昭示犯罪的服饰视为丑陋的东西,在这种心理成为社会成员的共识并不自觉地远离这些服饰的时候,这些服饰已经被赋予了强烈的丑化功能。犯人在被迫穿上这些服饰的同时,人格尊严遭到了严重贬损。这意味着象征性服饰的惩罚功能已经具备。

象刑这种刑罚在中国很早就消亡了,但是以象刑为借鉴的刑罚方式,后代却时有出现。徐复《秦会要订补》卷二十二有秦刑徒服赭衣的记载。这一论断为《睡虎地秦墓竹简》中《司空》部分的记载所印证:“公士以下居赎刑罪、死罪者,居于城旦舂,毋赤其衣……”又云:“城旦舂衣赤衣,冒赤幘……”据此,有学者指出:“秦汉时属于髡钳城旦之类的罪人要衣赤衣、戴赤帽,仅是象刑消失后所留下的一点斑记。”^[10]另据唐人封演的《封氏闻见记》记载:“李封为延陵令,吏人有罪不加杖罚,但令里署头巾以辱之,随所犯轻重以日数为等级,日满乃释,吴人着此服出入州乡以为大耻,无敢僭违。”^[11]

西周时期的“明刑”是另一种纯粹的耻辱刑。《周礼·秋官·大司寇》云:“以圜土聚教罢民,凡害人者,置之圜土而施职事焉,以明刑耻之。”郑玄注“明刑”云:“书其罪恶于大方版,著其背。”这就是说在西周时期,对于那些为害乡里的害群之马,处置办法就是把他们投入狱城之中,罚他们服劳役,同时,惟恐人们还不清楚这些人的罪犯身份,特意把一个写有罪犯姓名和罪状的大方板,挂在他们背后。示众的目的就是要让他们接受了解其罪犯身份后的社会成员对他们的否定性评价,从而感受到精神的痛苦。一个“耻”字,清楚地揭示了明刑的耻辱刑性质。

髡刑、耐(完)刑不损伤肉体,而只是将头发、胡须剃掉。它之所以成为一种刑罚,与古代人们的文化传统有关。《左传》昭公三年:“齐侯田于菖,卢蒲癸见,泣,且请曰:‘余发如此种种,余奚能为?’公曰:‘诺,吾告二子。’归而告之。子尾欲复之,子雅不可,曰:‘彼其发短而心甚长,其惑寝处我矣。’九月子雅放卢蒲癸于北燕。”这里,卢蒲癸以发短自证精力衰竭,不能再为乱了。《魏书·灵徵志》:“太和元年五月,有狐魅截人发。熙平二年自春,京师有狐魅截人发,人相惊恐。至六月,灵太后诏诸截发者,鞭之于千秋门外。”这说明古人认为须发乃是人身精气之所在,一旦丧失,就有性命之尤。如果发须落入仇人或妖魔鬼怪之手,也是很令人恐怖的事,因为担心自己的意志、寿命及健康会被别人控制。另外,中国传统文化对孝道是非常重视的,所谓“百善孝为先”。自己的身体包括发须都是父母所给,因而应当珍视,不能毁损,这是孝的要求。所以《孝经》说“身体发肤,受之于父母,不敢毁伤,孝之始也。”凡此种种,促成了古人对发须的迷信观念。在这样的观念背景下,被剃去须发从某种意义上就好比被剥夺了生命一般,受刑人会感受到身败名裂的痛苦。蓄发留须是中国古代男子的正常状态。髡刑、耐刑则反其道而行之,强行将罪犯的发须剃除,这无疑是使罪犯陷入一种非正常状态,而这种非正常状态又因为处于人的头部而异常醒目,使这种刑罚的示众特性十分强烈,就是要将此人做上一个被社会驱逐的标记,以此向世人昭示:这人是罪犯,让我们大家都来唾弃他、孤立他。因此,髡刑、耐(完)刑是绝对意义上的耻辱刑。

枷号刑是明太祖朱元璋创制的,首次出现在朱元璋御制采辑的《大诰峻令》中,包括“斩趾枷令”、“常枷号令”、“枷项游历”三种。不过“明祖虽用之而未尝著为常法,故《明史·刑法志》不详其制,惟《问刑条例》问拟枷号者凡五十三条;有一月、两月、三月、半年之别,皆不在常法之内。”^[12]

枷号刑的耻辱刑性质,更多是来自于“戴枷示众”。示众有两种方式,一种是在一个固定的地方戴枷示众,如《问刑条例》在“犯奸”条下规定:“僧尼不分有无度牒及尼僧女冠犯奸者,依律问罪,各于本寺观庵院门首,枷号一个月发落。”另一种是戴枷游街示众,如《大诰峻令》三编第四记载了常州府同知

[10] 吴荣曾:《试论先秦刑罚规范中保留的氏族制残余》,《先秦两汉史研究》,中华书局1995年版。

[11] 在世界范围内,用强迫罪犯穿特别的服饰以示羞辱和惩罚的也很多。像中世纪教会宗规法中的“穿杆悔衣”,以及美国19世纪小说家霍桑在《红字》中反映的,犯通奸罪的妇女要在刑台上站立三个小时当众受辱,并终身佩戴一个红色的字母“A”(英文通奸 Adultery 的第一个字母),其原理与象刑如出一辙。

[12] 沈家本:《历代刑法考》,中华书局1985年版,第317页。

王复春,青州知府陈希文下乡科敛,被枷项游历九州之邑的案例。示众的含义是明显的,那就是要让犯罪人过去的恶行和现在的丑态,在尽可能广的范围内传播,从而受到尽可能多的羞辱和痛苦。

(二) 墨、劓既是肉体刑又是耻辱刑

按照传统的法史学观点,墨、劓刑都是非常典型的肉体刑。这样的认识大致不错,不过我认为它还不够全面,应该说,墨、劓既是肉体刑,也是耻辱刑。

墨刑的刺刻部位一是在额头,一是在颧骨。这样的结果是可以想象的,那就是随着创口的愈合,脸上那一道道黑色的划痕将永远伴随此人的一生。就肉体所受到的痛苦而言,墨刑是五刑中最轻的一种,肉体的疼痛程度相对来说较轻,伤口的愈合时间相对来说也要短得多。但是,墨刑对犯人的惩罚重点并不在此,因为如果仅仅是为了让犯人感受一下轻微伤痛的话,为什么不选择人体的其他部位如大腿、背部、臀部、脚板行刑,偏偏要选人的面部、头部呢?众所周知,人的面部、头部是无法遮掩或不容易遮掩、容易被人发觉的部位,这些部位的任何一点点瑕疵都会落入别人的视线,更何况是刀疮墨迹。墨刑的制刑者在行刑部位上的选择是大有深意的,他们就是要让犯人的受刑痕迹暴露出来,就是要让犯人在别人异样的目光中感受耻辱。可以说,墨刑的行刑部位就已经表明了墨刑的耻辱刑性质。

再从墨刑对犯人肉体和精神两方面的折磨相比较来看,肉体的疼痛是短暂的,而精神的痛苦却将伴随此人一生。对此古人早有认识。辽代兴宗重熙二年,有司奏问对职事官、宰相、节度使世选之家的子孙,犯奸罪被处以徒刑的,是否还要受黥刑?兴宗谕告道:“犯罪而悔过自新者,亦有可用之人,一黥其面,终身为辱,朕甚悯焉。”^{〔13〕}从这个角度来讲,墨刑的耻辱刑特征似乎还更突出一点。

是不是所有的人都是墨刑的受刑对象呢?《春秋左氏襄公十九年传》有云:“妇人无刑。”对此的注释是“无黥,刖之刑。”汉代的贾谊也在他著名的《陈政事疏》中说:“廉耻节礼,以治君子,故有赐死而亡戮辱,是以黥劓之罪不及大夫,以其离主上不远也。”这也说明墨刑的受刑对象不包括妇女和士大夫,原因就是墨、劓之类的刑罚具有毁容的耻辱刑性质,对于妇女和有地位的士大夫来说,使用这样的刑罚是不妥当的,从反面证明了墨刑的耻辱刑特征。

刺字刑渊源于墨刑,是五代后晋兴起的一种刑罚。它是在人的面部、颈部、胳膊刺以图形、文字,用以标明犯罪人身份。跟墨刑有些不同的是,墨刑的刺刻部位是罪犯的面颊或额头,而刺字刑的刺刻部位除了面部而外,很多时候也刻在罪犯的颈部、手背和胳膊上,并规定刺胳膊的部位只能是腕之上,肘之下的显眼部位。刺字刑这种让受刑人的受刑记号暴露于众人的意图是十分清楚的,一是起到标志作用,便于追逃和对再犯罪者定罪量刑,就如沈家本在《刺字集序》说的那样:“其间或有逃亡,既可逐迹追捕;即日后别有干犯,诘究推问,亦易辨其等差。”另一个意图是要通过这种方式让受刑人感到人格的贬损、尊严的丧失和精神的痛苦。沈家本在《删除律例内重法折》中说,刺字“在立法之意,原欲使莠民知耻,庶几悔过而迁善。”在《刺字集序》中又说“夫刺字,亦国宪也。窃尝推原其旨:盖以凶蠹之徒,率多怙恶,特明著其罪状,俾不齿于齐民,冀其畏威而知耻,悔过而迁善。是所以启其愧心而戢其玩志者,意至深也。”从这些对刺字刑制刑目的的精彩论述中,不难看出刺字刑所具有的耻辱刑性质。

劓刑是割去鼻子的刑罚。鼻子在人的脸部居于正中、突出的部位,一旦被割去,就完全被毁容了。受过劓刑的人,还要被迫服附加的役刑,即如《周礼·秋官·掌戮》所说“劓者使守关。”对此,汉代郑玄注释道:“截鼻亦无妨,以貌丑远之。”秦国太子的师父公子虔曾被商鞅处以劓刑,刑后,他八年未曾出过门,可见这是怎样一种奇耻大辱。一张没有鼻子的脸是会怎样,无须多讲。重要的是这种残疾是令人怵目惊心而且无法掩饰的,选择它作为耻辱的标志,对于耻辱刑的制刑者来讲恐怕是最为理想的了。

(三) 兼具耻辱刑性质的死刑:弃市

在我国古代,有些死刑的执行并不是选择僻静无人的地方,而是选在闹市中进行,当众执行死刑

〔13〕《辽史·刑法志》

后还要陈尸示众,这种死刑叫弃市。“这种死刑是非常可耻辱的,所以通常亦名之曰戮,戮字原含有辱的意思,训作辱也,常与辱字刑字相连,曰戮辱,曰刑戮(见《广韵》)。”《周礼》,‘戮人’郑注云:‘戮犹辱也,既斩杀又辱之’。”^[14]弃市之所以成为耻辱刑,主要是由这种死刑的执行地点来决定的。在公共场所执行死刑,受刑者作为人的尊严,因为临刑前的绝望和恐惧、死后的狼藉和不体面被一览无余而消失殆尽,成为人们嘲笑、鄙夷的对象。他在临刑前不仅感受到死亡的恐惧,而且还要接受众人的唾弃,感受到耻辱。对于面临弃市的人来说,死亡已经不是最大的灾祸了,最大的灾祸是伴随着这种死刑而来的强烈的耻辱。正如罗伯斯庇尔所说:“人的愉快或悲哀的感觉的源泉,主要是他的精神方面。精神方面对于法律的严厉性提供最多的养料。”“死亡对于人来说并不总是最大的灾祸。他往往宁愿死亡,而不愿失去生活所必不可缺的宝贵优点。他宁愿死一千次,也不愿活着成为自己同胞的鄙视的对象。求生的欲望让位给自豪感这一人类最强烈的欲望。对于生活在社会中的人来说,最可怕的惩罚乃是侮辱,因为这是人们对他厌恶的无可辩驳的明证。”“在法律给犯罪人所规定的死刑之中最可怕的东西,乃是伴随死刑而来的可耻的外在属性。”^[15]

三、中国古代耻辱刑的沿革

(一) 夏以前的时期

这一时期的耻辱刑主要是象刑。

夏以前的时期被称为“传说时代”,刑罚开始产生。《尚书·舜典》中就有舜命令皋陶制刑的记载,具体的刑罚有“象以典刑,流宥五刑,鞭作官刑,扑作教刑,金作赎刑。”象刑正在其中。前引《尚书大传》对象刑作了记载。五代时的沈颜也说:“舜禹之代,象刑而人不敢犯。言象刑者,以赭以墨,染其衣冠,异其服色,凡为三等。”^[16]象刑形成于尧、舜时期的判断正是基于上述文献记载。

目前尚无这一时期象刑执行情况的文字记载。不过,前引《睡虎地秦墓竹简》的《司空》的史料(服城旦舂的犯人须身穿红色囚服,头盖红色毡巾等)可看出象刑的余绪,当能从旁证明象刑曾经存在的事实。

(二) 夏、商

此一时期的耻辱刑主要有墨、劓刑。

《左传·昭公六年》记载:“夏有乱政,而作禹刑。”《尚书大传》卷六说:“夏刑三千条”;《汉书·刑法志》也说:“禹承尧舜之后,自以德衰,而作肉刑。”虽然历代论者对“夏刑三千条”及“夏刑三千条”是否就是“禹刑”等颇有争议,但却基本认同夏时已有肉刑的出现。这些肉刑按郑玄的注释就是墨、劓、腓、宫几种。其中,墨、劓也是耻辱刑。遗憾的是至今没有相应的文物及可信的案例可以佐证这些刑罚的实际执行情况。

据古籍与甲骨文记载,商朝的刑罚有墨、劓、刖、宫四种,其中墨、劓、宫的执行方式与夏朝大致相同。墨刑在商朝时是一种官刑,以对犯“三风十愆”的官吏不加以匡正的臣下为适用对象。《尚书·伊训》记载:“制官刑,儆于有位。曰:敢有恒舞于宫、酣歌于室,时谓巫风;敢有殉于货色、恒于游畋,时谓淫风;敢有侮圣言、逆忠直、远耆德、比顽童,时谓乱风。惟兹三风十愆,卿士有一于身,家必丧,邦君有一于身,国必亡。臣下不匡,其刑墨,具训于蒙士。”另外,目前所见的商代甲骨文中已有一些刑罚之字。据考证,甲骨文“劓”字就是“劓”字的古体。从刀从自,象征割鼻之意。^[17]当可证实商朝确有劓

[14] 瞿同祖:《瞿同祖法学论著集·中国法律与中国社会》,中国政法大学出版社1998年版,第226页。

[15] [法]罗伯斯庇尔:《革命法制和审判》之《关于死刑》,商务印书馆1986年版,第71页。

[16] (五代)沈颜:《象刑解》。

[17] 参见曾宪义主编:《中国法制史》,中国人民大学出版社2000年版,第29页。

刑的存在。只是关于商朝劓刑的使用情况,目前还没有见诸史籍。

(三)西周、春秋、战国

西周时期,由于有文字材料及出土文物相佐证,关于耻辱刑的有关记载就比较清晰、详细和可信了。这一时期的耻辱刑主要有墨、劓和明刑。

关于西周的刑罚制度,《尚书·吕刑》有较详细的记载,其中反复提到的一个关键词就是“五刑”。在详解与“五刑”对应的赎刑制度时,有这样的记载:“墨辟疑赦,其罚百鍰,阅实其罪。劓辟疑赦,其罚惟倍,阅实其罪。辟疑赦,其罚倍差,阅实其罪。宫辟疑赦,其罚六百鍰,阅实其罪。大辟疑赦,其罚千鍰,阅实其罪。”可知西周五刑分别是墨、劓、剕、宫、大辟,其中墨、劓是耻辱刑。

西周墨刑的实施情况,得到一件重要出土文物的证实:1975年在陕西省岐山县出土了一件西周时期的青铜器,被称为“匜”。上面刻有13行铭文,共157字,^[18]上面记载了这样一起诉讼案:偃和其下属牧牛对五名奴隶的所有权进行诉讼,法官伯扬父审理案件并做出了判决。翻译成现代汉语是这样的:“周王三月甲申那一天,伯扬父定下了判词。判词说:牧牛!你应受到谴责。你竟敢把你的上司控告。你违背了先前的誓言。现在你已经又立了誓,依照法令到啬地去见偃,归还这五个奴隶,并再次起誓守约。最初的责罚,我本应鞭打你一千下,处黥^[19]刑,现在我赦了你,还应当鞭打你一千下,处你黜^[20]刑。现在大赦你,鞭打你五百下,罚铜三百鍰。”这篇铭文被称为《偃匜铭文》。据学者们考证,黥与黜都属于墨刑,前者指黥面后再在面部蒙黑巾以示羞辱,罚为罪隶的刑罚;后者是墨刑中较轻的一种,只黥面,罢官,不蒙黑巾,不罚为罪隶。^[21]《偃匜铭文》表明西周确实存在墨刑,并有黥与黜两个等次,而且它切实被运用于社会生活之中。

春秋战国时期,劓刑的使用应当也很多,但典籍中对何罪施以劓刑及相关案例的记载并不多。商鞅对太子的师傅公孙贾及公子虔分别施以黥刑和劓刑是其中最著名的案例。《史记·商君列传》记载:“于是太子犯法。卫鞅曰:‘法之不行,自上犯之。’将法太子。太子,君嗣也,不可施刑,刑其傅公子虔,黥其师公孙贾。”其后,“公子虔复犯约,劓之。”

明刑是这一时期中最纯粹的耻辱刑,不象墨、劓一样,既是肉刑,又是耻辱刑。前引《周礼·秋官·大司寇》的郑玄注“明刑”云:“书其罪恶于大方版,著其背。”说明明刑在西周时期主要适用对象是“罢民”,即郑玄在注中所说的“恶人不从化,为百姓所患苦,而未入五刑者也。”明刑的具体做法就是将犯人所犯罪状写在大木板上,让犯人背着公开示众。

(四)秦、汉

这段时期的耻辱刑主要包括黥、劓、髡、耐(完)、弃市几种,而劓刑自汉以后基本消亡。

墨刑在秦国时被改称为黥刑,但执行方式与墨刑无二。秦朝则沿袭了黥刑的名称并广泛使用。在1975年12月于湖北云梦城关睡虎地出土的《睡虎地秦墓竹简》,大多是商鞅变法后至秦王嬴政时期的法律文件,是研究秦朝法律的重要文物资料。其中《法律答问》有相当多关于黥刑的记载。如:“通一钱,黥为城旦”;“斗以箴、鉢、锥,若箴、鉢、锥伤人,各何论?斗,当笞二甲;贼,当黥为城旦”;“擅杀子,黥为城旦舂”;“殴大父母,黥为城旦舂”;“五人盗,赃一钱以上,斩左止,又黥以为城旦;不盈五人,盗过六百六十钱,黥劓以为城旦”;“女子甲去夫亡,男子亦阑亡,相夫妻,甲弗告情,居二岁,生子,乃告情,乙即弗弃,而得,论何也?当黥城旦舂。”“甲谋遣乙盗,一日,乙且往盗,未到,得,皆赎黥。”“完城旦,以黥城旦诬人,何论?当黥。”^[22]可见秦朝的黥刑有一个新的特点,就是多与其他刑罚如城旦、

[18] 铭文及相关解释,请参见胡留元、冯卓慧:《长安文物与古代法制》,法律出版社1989年版,第53页;汪世荣:《中国古代判词研究》,中国政法大学出版社1997年版,第25页。

[19] 黥:读作 mièwū,是古代墨刑的一种,就是黥面后,再在面部蒙盖黑巾以示羞辱的刑罚。

[20] 黜:墨刑中较轻的一种。只黥面,罢官,不蒙黑巾。

[21] 前引[18],胡留元等书,第16页。

[22] 《睡虎地秦墓竹简·法律答问》,文物出版社1978年版,第230、188、181、184、150、223、152、203页。

城旦舂并用。

劓刑在秦朝使用得也非常频繁,据桓宽《盐铁论·诏圣》记载:“(秦王时)劓鼻盈粟,断足盈车。”劓刑在秦律中大都与黥刑合并使用。除前述共盗中有黥劓并用之情形外,秦律还规定,诬告罪中有一种情况也应被判黥劓,即被判黥城旦的人以完城旦的罪名诬告他人者“当黥劓”。^[23]另外,《睡虎地秦墓竹简·封诊式》中有一份“爰书”,请求官府对家奴实行黥劓之刑,其内容为:“某里公士甲缚诣大女子丙,告曰:某里五大夫乙家吏。丙,乙妾也。乙使甲曰:丙悍,谒黥劓丙。”^[24]这是黥劓刑在秦朝社会生活中运用的实例。

秦代的髡、耐(完)大都是作为附加刑来使用的。如“髡为城旦”、“髡为城旦舂”、“耐为鬼薪”、“完为城旦”、“耐为隶臣”、“完为隶妾”、“耐为司寇”、“耐为候”等。从《睡虎地秦墓竹简·法律答问》来看,以耐为附加刑的,有这样一些情形:因斗殴撕裂他人耳朵、咬断他人鼻子或手指、咬伤他人嘴唇;盗窃后自首;罪犯诬告他人等。“妻悍,夫殴治之,决其耳,若折支指、肤体,问夫何论?当耐。”“司寇盗百一十钱,先自告,何论?当耐为隶臣,或曰赀二甲。”“当耐为司寇而以耐隶臣诬人,何论?当耐为隶臣。”^[25]

弃市的作法应该说在西周时就有了,不过作为正式的法律术语,却是出现在秦代。“士伍甲无子,其弟子以为后,与同居,而擅杀之,当弃市。”“同母异父相与奸,何论?弃市。”^[26]“有敢偶语诗、书者,弃市。”^[27]

据笔者对《睡虎地秦墓竹简》中与法律有关的《秦律杂抄》、《法律答问》、《封诊式》几部分的粗略统计,涉及黥、劓、髡、耐(完)、弃市几种耻辱刑的条文多达五十多条,可知秦朝耻辱刑的使用频率是非常高的。

汉朝前期,刑罚体制大体承袭秦制,耻辱刑也有黥、劓、髡、耐(完)、弃市几种。这一时间最值得注意的是“具五刑”这一特殊的刑罚。《汉书·刑法志》载,汉高祖有夷三族令。“令曰:‘当三族者,皆先黥、劓、斩左右止,笞杀之,枭其首,菹其骨肉于市。其诽谤骂詈者,又先断舌。’故谓之具五刑。彭越、韩信之属皆受此诛。”这里的“菹其骨肉于市”显然是弃市。在一次刑罚过程中合并使用黥、劓、弃市三种耻辱刑,这在中国法律史上是绝无仅有的。

汉文帝和景帝时进行了以废除肉刑为中心的刑罚改革,耻辱刑也随着整个刑罚制度的改变而有了很大的变化。以前朝代中被大量使用的劓刑,在此以后几近绝迹。黥刑较特殊,在汉以后明显用得少了(但从后晋以后,它又以刺配这一形态,长期存在于中国古代法制历史中,直至清末)。髡钳、完、弃市成为汉朝刑罚改革后主要的耻辱刑。

汉朝的髡刑包括髡和髡钳两种。如乐义侯“使人杀人,髡为城旦。”鲍宣犯死罪后,“上遂抵宣罪减死一等,髡钳。”^[28]

完为城旦、舂也很普遍。比如侯仲居嗣位后,于“元鼎三年,坐为太常收赤侧钱不收,完为城旦。”樊侯嗣位者蔡辟方“元鼎四年,坐搏拊,完为城旦。”^[29]

弃市在文景之后的汉朝历史中比比皆是。凡大臣及地方官犯有谋反、杀人、欺罔、大逆不道、诽谤、巫蛊及争功、畏懦、受赃枉法、阿党附益等严重的职务犯罪,大都处以弃市。而一般老百姓如犯阑入宫门、盗铸货币、盗宗庙园林御物、恐喝(近似现今之抢劫)、首匿、不孝、奸淫、略人妻等罪,也多以弃市论处。这当中最为轰动的一个案件是汉武帝元朔六年中,“王后徐来亦坐蛊杀前王后乘舒,及太子

[23] 前引[22]书,第203页。

[24] 同上书,第260页。

[25] 同上书,第185、154、202页。

[26] 同上书,第182、225页。

[27] 《史记·秦始皇本纪》

[28][29] 事见《汉书·高惠高后文功臣表》。

爽坐王后不孝,皆弃市。”^[30]这说明第一,弃市在汉朝使用广泛;第二,弃市适用的犯罪种类扩大,涉及了近二十种罪;第三,弃市的受刑对象中有相当数量的官员和皇室成员,突破了刑(尤其是耻辱刑)不上大夫的刑罚传统。这是很值得注意的现象。

(五)三国、两晋、南北朝

这一时期的耻辱刑主要包括黥、髡、耐(完)、弃市几种,同时髡、耐(完)也自北朝时期从中国古代耻辱刑历史中消亡了。这是一个动荡的年代,战争和政权的更迭成为社会生活的常态,法律显然已经不是最重要的了,所涉十多个王朝的法典大多亡佚。笔者从零星文献资料中,检校出以下各条:

魏国的耻辱刑有髡、完。《晋书·刑法志》记载:魏国《新律》十八篇“改汉旧律不行于魏者皆除之,更依古义制为五刑。其死刑有三,髡刑有四,完刑、作刑各三……。”

蜀国的耻辱刑有弃市。《三国志·蜀志·刘琰传》记载:“琰妻胡氏入贺太后,太后令特留胡氏,经月乃出。胡氏有美色,琰疑其与后主有私,呼(卒)五百挝胡,至于以履搏面,而后弃遣。胡具以告言琰,琰坐下狱。有司议曰:卒非挝妻之人,面非受履之地。琰竟弃市。”

晋律中的耻辱刑有黥、弃市、髡、耐几种。汉朝废除肉刑后,黥刑并未在以后的朝代中消失。如《酉阳杂俎》八记载:“《晋令》:奴婢亡,加铜青,若墨黥两眼。后再亡,黥两颊上。三亡,横黥目下,皆长一寸五分,广五分。”又据《唐六典》记载:“晋刑名之制:大辟之刑有三,一曰梟,二曰斩,三曰弃市。髡刑有四,一曰髡钳,五岁刑……。弃市以上为死罪,二岁刑以上为耐罪,罚金一两以上为赎罪。”

宋律中的耻辱刑为黥、弃市。《南史·宋明帝纪》:“泰始四年,诏定黥刑之制。有司奏曰:‘自今凡劫窃执官仗、拒战逻司、攻剽亭寺及伤害吏人,并监司将吏自为劫,皆不限人数,悉依旧制斩刑。若遇赦,黥及两颊‘劫’字,断去两脚筋,徙付交、梁、宁州。五人以下止相逼夺者,亦依黥作‘劫’字,断去两脚筋,徙付远州。若遇赦,原断徒,犹黥面,依旧补治士……。’及帝崩,其例乃寝。”关于弃市刑,《册府元龟》六百一十五上载有一例:宋时,“安陆应城民张江陵与妻吴共骂母黄令死,黄忿自缢。《律》:‘子贼杀殴父母,梟首;骂,弃市;谋杀夫之父母,亦弃市。’值赦,免刑,补冶。”

梁律有弃市、耐两种。《隋书·刑法志》记载“梁律:其制刑为十五等之差:弃市已上为死罪,大罪梟其首,其次弃市。刑二岁已上为耐罪,言各随伎能而任使之也。”

北齐有髡刑。《隋书·刑法志》记载:“北齐流刑,鞭笞各一百,髡之。刑罪,并锁输左校而不髡。”沈家本认为,“北齐流罪髡而刑罪不髡,与古制异。完之名,晋以后无明文,当已废除。到北周以后,并无髡之名,盖亦废之矣。”^[31]至此,北朝完全废除了完刑、髡刑。

(六)隋、唐、五代、宋

此一时期的耻辱刑主要有刺配刑。

隋朝时新的五刑(即笞、杖、徒、流、死)制正式确立,但仍有大臣主张使用黥刑。据《隋书·李世谦传》:“今之赃重者死,是酷而不愆也。……小盗宜黥,又犯则落其所用三指,又不悛下其腕,无不止也。……博奕淫游,盗之萌也。禁而不止,黥之则可。”这样的建议显然没有被隋朝立法者所采纳。在隋朝的律典中,已经没有了耻辱刑的踪迹。不过,隋文帝晚年时“喜怒不恒”,在处理法律事务时,时常违背自己制定《开皇律》时的“宽简”原则,“用法益峻”。在开皇十七年,下诏允许法外用刑,甚至有“盗一钱以上皆弃市”的规定。可见法律的条文规定与实际执行情况并不总是吻合的。

唐朝官方的法律文件中,没有关于耻辱刑的条文。而且从目前的史料来看,也没有见到关于法外使用耻辱刑的实例。这在中国古代法制史上是很特殊的。

五代各王朝国运都十分短暂,制订的法律也早已散失。从其他史料来看,各王朝的法典编纂基本上沿袭唐律,唯有后晋一朝在耻辱刑的历史中占据了重要地位,不可不书。

[30] 事见《史记·淮南衡山列传》。

[31] 沈家本:《历代刑法考》,中华书局1985年版,第301页。

五代后晋天福年间,兴起了一种刑罚,即对罪犯先行刺面,然后再施以流刑。《文献通考·刑考七》载:“流配旧制,止于远徙,不刺。而晋天福中,始创刺面之法,遂为戢奸重典。宋因其法。”刺面之法古已有之,即古之墨或黥,为何《文献通考》说是后晋“始创”的呢?其实,这里所谓始创的不是刺面之法,而是流刑附加刺面之法。流刑与墨刑这两种刑种古已有之,但把二者结合起来使用,则始自后晋,“始创”二字当不是虚言。后晋刺配的出现,实际上又是黥刑复活的标志。刺配对后世的影响很大,远远不止一个宋朝,实际上,自此以后直到清朝的大多数朝代几乎都援用了刺配之刑。

宋初,太祖以“一洗五代之苛”,“务存仁恕”相标榜,推行“刺配之法”,即对赦免死罪的案犯处以“决杖、流配、刺面”三种合用的刑罚,后来刺配的范围不只限于赦免死罪的案犯,而是扩大到了罪情严重的流刑罪犯;太宗时期,诏令凡民犯窃盗“赃满五贯者,决杖黥面配役”,表明刺配的使用已经不以罪情严重为限了;自此以后,刺配刑渐为宋朝常法。据《宋史·刑法志》统计:“南渡后,诸配隶,《祥符编敕》止四十六条,庆历中,增至百七十余条。至于淳熙,又增至五百七十条,则四倍于庆历矣。配法既多,犯者日众,黥配之人,所至充斥。”

宋朝刺配刑的适用对象包括以下几种:一是各类犯罪中免死刑的或罪行严重尚不至死的罪犯。《宋史·刑法志》曾记载了这样一个案例:“元丰元年,青州民王贇父为人殴死,贇幼,未能复仇。几冠,刺仇,断首祭父墓,自首。论当斩。帝以杀仇祭父,又自归罪,其情可矜,诏贷死,刺配邻州。”二是犯窃盗、强盗且案值达一定量者。“（雍熙）二年,令窃盗满十者,奏裁;七贯,决杖、黥面、隶牢城;五贯,配役三年;三贯,二年;一贯,一年。”^[32]三是窃盗主人财物的僮仆。僮仆窃盗主人财物,不论已得还是未得;已得,也不论多少,只要有窃盗行为,就要受刺配之刑。可见,窃盗罪是刺配刑的处罚重点。由此形成了一个先例,即刺配刑主要用于惩治盗窃犯罪。以后的朝代几乎也都是遵循这种先例来使用刺配刑的。

需要指出的是,朝庭命官不在刺配这种耻辱刑的受刑对象之列,即使符合刺配条件的朝庭命官都得免受杖、黥刑。这一规定肇始于《宋史·刑法志》记载的一个案件:“熙宁二年,比部郎中、知房州张仲宣尝檄巡检体究金州金阡,无甚利。土人惮兴作,以金八两求仲宣不差官。及事觉,法官坐仲宣枉法赃应绞,援前比贷死,杖脊、黥配海岛。知审刑院苏颂言:‘仲宣所犯,可比恐喝条。且古者刑不上大夫,仲宣官五品,有罪得乘车,今刑为徒隶,其人虽无足矜,恐污辱衣冠尔。’遂免杖、黥,流贺州。自是命官无杖、黥法。”

刺配刑发展到宋代,已经比较成熟了。法律对刑罚对象、刺字的部位、形状等都作了规定:如熙宁六年规定“凡犯盗,刺环于耳后:徒、流,方;杖,圆;三犯杖,移于面。径不过五分。”^[33]除了图形而外,也有刺字的。如绍兴十九年对捕获的沿海劫盗就是刺的字,“其配字欲以配州府屯驻军重役字为文”;^[34]淳熙八年:“诏自今强盗抵死特贷命之人并于额上刺‘强盗’二字,余字分刺两颊。”^[35]

需要注意的是,刺配并未在《宋刑统》中正式加以规定,而是在编敕,如前述《大中祥符编敕》中,大量出现。此外,文学作品《水浒传》中的林冲、武松和宋江等人的故事,也从一个侧面反映了宋朝刺配刑的使用情形。

(七)辽、金、西夏

此一时期的耻辱刑主要是刺配刑。

辽代“有黥刺之法”。这里所说的黥刺之法实际就是刺配法。辽初,黥刺刑的适用对象是分官民贵贱的,官吏及世家子孙犯罪得免黥面,但统和二十九年,情况发生了改变。圣宗下诏:“以旧法,宰相、节度使世选之家子孙犯罪,徒杖如齐民,惟免黥面,诏自今但犯罪当黥,即准法同科。”后又对黥刑作了具体规定:“诏自今三犯窃盗者,黥额、徒三年;四则黥面、徒五年;至于五则处死。”兴宗重熙二年,

[32][33] 《宋史·刑法志》

[34][35] 《通考》卷一百六十八。

黥刑又有反复,“有司奏:‘元年诏曰,犯重罪徒终身者,加以捶楚,而又黥面。是犯一罪而具三刑,宜免黥。其职事官及宰相、节度使世选之家子孙,犯奸罪至徒者,未审黥否?’上谕曰‘犯罪而悔过自新者,亦可用之人,一黥其面,终身为辱,朕甚悯焉’。后犯终身徒者,止刺颈。奴婢犯逃,若盗其主物,主无得擅黥其面,刺臂及颈者听。犯窃盗者,初刺右臂,再刺左,三刺颈之右,四刺左,至于五则处死。”^[36]辽代黥刺刑的适用对象从一开始的只适用于民,不适用于官及世选之家子孙;到圣宗时不分官民贵贱,一体适用,说明辽代黥刺刑适用对象的范围较宋代扩大了。黥刺部位则从黥面变化到刺颈、再到刺臂,说明辽代对黥刑的功能有了理性的认识,并自觉地将这种功能限制在制刑者认为合理的限度内。

金朝也有刺配刑。据《金史·刑法志》记载:“太宗天会七年,诏凡窃盗,但得物徒三年,十贯以上徒五年,刺字充下军,三十贯以上徒终身,仍以赃满尽命刺字于面,五十贯以上死。”

西夏王朝的法典《天盛改旧新定律令》在卷二中规定了“黥法”共八条,内容最为详尽。^[37]除罪犯依律当黥而外,应黥不黥的“局分”(执法人员),以及帮助有黥字人去掉黥字的人,都在受处罚之列。这是西夏刺配刑中很有特色的地方。律文还规定了一般应如何黥刺、何时得去除黥字、如何去除黥字等严格程序,并对黥刺的部位、字数作了明确规定。应该说《天盛改旧新定律令》是规定黥刑最为详细的一部法典,并因此而成为中国古代耻辱刑历史上引人注目的一页。

(八)元、明、清

这一时期的耻辱刑有刺配和枷号刑,这两种最后的耻辱刑于清朝末年被彻底废除。

元朝的耻辱刑依然是刺字和刺配刑。《元史·刑法志》记载了很多这方面的案例:“诸仓庾官吏与府州司县官吏人等,以百姓合纳税粮,通同揽纳,接受折价飞钞者,十石以上,各刺面,杖一百七。”“诸海道运粮船户,盗巢官粮,诈称遭风覆没者,计赃刺断,虽会赦,仍刺之。”“诸南北兵马司,罪囚八十七以下,决遣;应刺配者,就刺配之。”除上面几种而外,元朝的刺配刑集中在窃盗中,几乎所有属于窃盗(包括窃盗与强盗)类的各种犯罪,都有适用刺字或刺配的规定。如《元史·刑法志》载:“诸为人子孙,为首同他盗发掘祖宗坟墓,盗取财物者,以恶逆论,虽遇大赦原免,仍刺字徙远方屯种。”“诸军人为盗,刺断,免充警迹人。”“诸僧道为盗,同常盗,刺断,征倍赃,还俗充警迹人。”这说明元朝的刺字、刺配刑不仅用于惩罚窃盗犯罪,而且也用于对职务犯罪的惩罚。

黥刺的部位为“诸窃盗初犯,刺左臂,谓已得财者。再犯刺右臂,三犯刺项。强盗初犯刺项,并充警迹人,官司以法拘检关防之。其蒙古人有犯及妇人犯者,不在刺字之例。”另外还有些特殊的规定:“诸应刺左右臂,而臂有雕青者,随上下空歇之处刺之。诸盗贼窃盗已经刺臂,却遍文其身,覆盖元刺,再犯窃盗,于(手)背刺之。诸累犯窃盗,左右项臂刺遍,而再犯者,于项上空处刺之。”^[38]

不能适用刺字、刺配刑的包括以下几种人:一是蒙古人、色目人。“诸审囚官强愎自用,辄将蒙古人刺字者杖七十七,除名,将已刺字去之。”“诸色目人犯盗,免刺。”二是妇女。“诸妇人为盗,断罪,免刺配及充警迹人,免征倍赃。”三是幼小、老疾之人。对于幼小、老疾之人为盗,元律规定:“其所当罪,听赎,仍免刺字。”^[39]

除了刺配刑而外,元朝在后期还一度出现过劓刑。为了重惩盗窃犯罪,顺帝于至元二年颁诏,除了规定对窃盗使用黥刑的情形而外,还规定了使用劓刑的情形:“强盗皆死,盗牛马者劓,盗骡驴者黥额,再犯劓,盗羊豕者墨项,再犯黥,三犯劓,劓后再犯者死,盗诸物者,倍价偿之。”^[40]不过,劓刑在元朝出现的时间不长,影响不大。

[36] 以上均见《辽史·刑法志》。

[37] 史金波、聂鸿音、白滨:《中华传世法典》之《天盛改旧新定律令》,法律出版社2000年版,第152页。

[38][39] 《元史·刑法志》

[40] 《新元史·刑法志》

明朝承前制,依然沿用刺字、刺配刑。不过,《大明律》中明文规定要施行刺字、刺配的除了逆党家属而外,就只有犯抢夺、窃盗罪的罪犯。如“凡盗京城门钥,皆杖一百,流三千里;盗府、州、县、镇城关门钥,皆杖一百,徒三年;盗仓库门等钥,皆杖一百。并刺字。”“监守自盗仓库钱粮条:凡监临主守,自盗仓库钱粮等物,不分首从,并赃论罪。并于右小臂膊上刺盗官粮钱物三字。”《问刑条例》对本条规定所刺三字的规格大小作了明确规定:“每字各方一寸五分,每画各阔一分五厘,上不过肘,下不过腕。”对于抢夺罪和窃盗罪,《大明律》规定:“凡白昼抢夺人财物者,……,并于右小臂膊上,刺‘抢夺’二字。”“凡窃盗已行而不得财,笞五十,免刺。但得财者,……初犯并于右小臂膊上刺‘窃盗’二字,再犯刺左小臂膊,三犯者,绞。”洪武三十年,朱元璋在御制《大明律序》不长的文字中,专门谈到了刺字刑:“合黥刺者,除党逆家属并律该载外,其余有犯,俱不黥刺。”

刺字、刺配刑是明朝承袭前代而使用的一种传统的耻辱刑,而在《大明律》之外,有一种耻辱刑则是明朝创制的,那就是枷号刑。

枷号刑并没有被列入《大明律》中,而是出现在明太祖朱元璋的《大诰峻令》中。在《大诰峻令》中,有三种枷号方式,即斩趾枷、常枷号、枷项游历。所谓斩趾枷,就是先斩趾,再行枷;所谓的常枷号,就是永远枷号的意思;所谓枷项游历,就是让犯人戴枷游历示众。在《大诰峻令》记载“上元、江宁两县民刘二等、军丁王九儿等十四名,暗出京师百里地名边湖,称为牙行,恃强阻客。常枷号令,至死而后已。”沈家本的按语是:“私充牙行律止杖罪,此以其违《诰》也,为后来永远枷号之始。”所谓枷项游历,就是让犯人戴枷游历示众。据《大诰峻令》记载:“常州府同知王复春,先任宜兴县主簿,诉府官下乡扰民,命礼部贡谕酒醴以劳,即升常州府同知;不半年,亲自下乡临民科扰。青州府知府陈希文,先任怀宁县丞,深知指挥毕寅广侵民地,闻民已告,赴县,意在嘱托,府官代寅嘱,希文执大义以责之,遣使劳励,即升青州府知府;不逾年,差早隶并令临朐等三县需索糯米等物。阳为君子,阴为小人,所以枷项,诸衙门封记,差人互递有司,遍历九州之邑。”沈家本的按语是:“此以示辱也,真法外之法。”

由此看来,枷号的受刑对象既有官吏又有平民。受枷令的官员,除了上面列举的黔阳安江驿丞李添奇、常州府同知王复春、青州府知府陈希文等而外,还有《明史·刑法志》中记载的职位更高的官员,如御史、尚书、侍郎、祭酒等:“宣德三年,怒御史严皞、方鼎、何杰等沉湎酒色,久不朝参,命枷以徇。自此言官有荷校者。至正统中,王振擅权,尚书刘中敷,侍郎吴玺、陈璘,祭酒李时勉率受此辱。”对于让官员受枷号这种耻辱刑,沈家本颇不以为然。他说:“枷令之法,太祖创之,乃致辱及大臣,作法于凉,其敝至此,可为好用重法者戒。”

清朝的耻辱刑沿袭刺字与枷号。

刺字刑也大多适用于盗窃罪犯。后来适用面有所扩大,正如《清史稿·刑法志》所说:“刺字,古肉刑之一,律第严于贼盗。乃其后条例滋多。刺缘坐,刺凶犯,刺逃军、逃流,刺外遣、改遣、改发。”黥刺的内容包括:“有刺事由者,有刺地方者,并有分刺满、汉文字者。”《大清律例增修统纂集成》卷五引嘉庆十七年刑部咨记载得更为详细:“刺字,旗人刺臂,奴仆刺面,徒罪以上刺面,杖罪以下刺臂;再犯者亦刺面;刺面在鬓之下,颊之上;刺臂在腕之上,肘之下,逃犯刺左,余犯刺右;初犯刺左者,累犯刺右;初犯刺右者,累犯刺左;罪名刺左者,地名刺右;罪名刺右者,地名刺左(谓遣犯应刺所遣地方);字方一寸五分,画阔一分有半,并不得过限。”

在《大清律例》中,关于刺字有“律多刺臂,例多刺面”^[41]这样一个规律。就是说,律文中规定的刺字多半是刺臂,而条例中规定的刺字多半是刺面。相比来说,条例规定的刺字要比律文的重。比如,“窃盗”条下,律文规定:“凡窃盗,已行而不得财,笞十,免刺;但得财,……初犯,并于右小臂膊上刺‘窃盗’二字。再犯,刺左小臂膊。三犯者,绞。”条例则规定:“凡窃盗停其臂膊刺字,应明刺面上。”又如,在“白昼抢夺”条下,律文规定:“凡白昼抢夺人财物者,杖一百、徒三年。计赃重者,加窃盗罪二等。

[41] 《清史稿·刑法志》

伤人者,斩;为从,各减一等,并于右小臂膊上刺‘抢夺’二字。”条例则规定:“凡白昼抢夺伤人者,……下手为从者,……俱仍照例面上刺‘凶犯’二字。”

光绪三十一年,在刺字刑创制近二千年以后,终于有一个人站出来对这种古老的刑种发难了,这个人就是沈家本。他在《删除律例内重法折》中提出的刑罚改革建议,得到了清王朝的肯定,下谕:“凌迟、枭首、戮尸三项,著即永远删除……其刺字等项,亦着概行革除。”至此,中国古代耻辱刑中使用寿命最长的墨刑(或曰黥刑、刺字刑),终于被永久地废除了。

清初,枷号对旗人来说是一种具有优待性质的替代刑,就是说如果旗人犯罪被判充军、流刑、徒刑的,就以枷号刑替代。《大清律例》“犯罪免发遣”条下规定:“凡旗人犯罪,笞、杖,各照数鞭责。军、流、徒,免发遣,分别枷号。徒一年者,枷号二十日,每等递加五日。……流二千里者,枷号五十日,……充军附近者,枷号七十日;边卫者,七十五日;边远、沿海、边外者,八十日;极边、烟瘴者,九十日。”^[42]后来,枷号刑的适用范围扩大了,不仅适用于汉人也适用于旗人,而且适用的罪的范围也扩大了,几乎所有的犯罪都可使用枷号刑,以至“窃盗再犯加枷,初犯再犯计次加枷,犯奸加枷,赌博加枷,逃军逃流加枷,及一切败检踰闲、不顾行止者酌量加枷,则初无旗、民之别。”枷号的期限也渐次延长,“其初不过一月、二月、三月,后竟有论年或永远枷号者。”^[43]宣统二年,清王朝针对《大清律例》已经不能适应社会发展需要的情况,颁布了过渡性的刑律《大清现行刑律》。在该刑律中,刑名发生了很大的变化,原来的笞、杖、徒、流、死刑改为了罚金、徒刑、流刑、遣刑、死刑。除了正刑的变化而外,“枷号亦一概芟削”。^[44]至此,枷号刑在明太祖创制以后,历经五百多年,终于寿终正寝了。枷号刑的废除,标志着中国古代耻辱刑历史的结束。

四、对耻辱刑的思考

耻辱刑在中外法律制度史上已经消亡很久了,但最近,它似乎又有抬头的迹象。美国一些地方法官开始采用羞辱犯人的惩罚手段。^[45]我国台湾地区颁布的《儿童及少年性交易防治条例》增加了羞辱刑(公布嫖客姓名、照片等),以重惩儿童性侵害犯罪。^[46]2002年7月,我国广州市洗村村委会和洗村街派出所将抓获的卖淫嫖娼者在村内张榜公布,公布的内容包括抓嫖现场照片、卖淫嫖娼者真实姓名等。这项“土政策”还不乏赞成者,理由是“公示嫖娼”这种“耻辱刑”对于根治屡禁不止的黄毒“效果好”,因而有了“在立法方面,应该引进‘耻辱刑’(如新加坡等国家),以公德治缺德”的呼声。^[47]

上述事例中,耻辱刑的“回潮”和人们对它的法律效能的推崇是很值得法学家及立法、司法工作者思考的。笔者在此提出几点思考,希望与大家一起探讨:

1. 耻辱刑是刑罚不文明、不人道的标志吗?耻辱刑在现代法制背景下具有正当性吗?耻辱刑最为现代人所诟病的应该是它以罪犯的人格为刑罚对象,认为这是不文明不人道的刑罚。也许可以这样反问:自由、生命难道不是与人格一样都是天赋人权吗?现代刑法体系中的徒刑是以限制罪犯的自由为惩罚,死刑是以剥夺罪犯的生命为惩罚,那为什么罪犯的人格就不能成为刑罚的对象呢?

[42] 田涛、郑秦:《中华传世法典》之《大清律例》,法律出版社1999年版,第91页。

[43][44] 《清史稿·刑法志》

[45] 例如《人民法院报》2001年6月23日发表的清溪《美国再兴羞辱刑》一文报道,美国一法官判处犯人在家门口或附近的公路旁悬挂“注意!这里住着一个暴徒,过路人须加倍小心”的警示牌,向公众展示若干月,甚至让受害人在公众场合羞辱犯人等。另据《新民晚报》2001年6月29日报道,齐默尔曼女士第四次行窃时被捕,由于她正在戒毒,主审法官作出这样的裁决:齐默尔曼在未来一年内,每到超级市场、商场,都必须佩戴一枚写有“盗窃犯”的徽章,否则她将服刑一年。法官说,此举是提醒店主对她“另眼相看”。

[46] 转引自王宝来:《海峡两岸淫秽犯罪新论》,《法律科学》2000年第2期。

[47] 参见成彪:《“国法”与“土法”,谁的尴尬》,《中国青年报》2002年8月2日。

2. 强调德治,注重全民道德水平提高的当今社会,是否为耻辱刑提供了一个再生的土壤?耻辱刑与道德有紧密联系,道德水平的高低直接决定着耻辱刑的效力。这里的道德水平是指全社会成员的道德水平,不仅包括未受刑者,而且尤其应当包括受刑者在内。因为他的道德水平或者说他有没有羞耻心直接关系到对他实施的刑罚是否有惩罚、威慑的效力。道德水平高,耻辱刑就能发挥刑罚的惩罚、威慑甚至改造作用。而全社会道德水平的提高必须在稳定的社会环境下才能做到。不能想象一个动荡的、道德沦丧的社会,耻辱刑能发挥其应有的作用。在我国目前努力提高人们道德水平的背景下,如果耻辱刑的实施,能使社会成员在一定程度上做到“有耻且格”的话,耻辱刑能否重新作为一种现行刑罚的制度选择?

3. 刑罚的经济性是制刑者无法回避的问题。耻辱刑具有经济性,其社会成本显然比监禁刑、死刑要低。面对犯罪率居高不下,监狱人满为患的情况,耻辱刑的经济性及有效性能否使其成为当今刑罚体系的一个补充?

当然,耻辱刑有其特殊性,不能广泛适用,只能针对某种特殊犯罪,比如“侮辱罪”等。正如贝卡里亚所说:“有些犯罪出于妄自尊大,它们从痛苦中获取荣耀和精神给养,对这类犯罪不适用痛苦的身体刑;相反,讥笑和耻辱却是行之有效的,这种刑罚用观众的高傲约束狂热者的妄自尊大……。用力量对付力量,用舆论对付舆论……。”“人身侮辱有损于人的名誉,也就是说,有损于一个公民有权从他人那里取得的那份正当的敬重。对于这种侮辱行为,应该处以耻辱刑。”^[48]

耻辱刑也不适宜经常适用于一大批人,这会导致其效力的削弱或消失。对此中外学者都有一致的认识:“夫九人冠而一人髻,则髻者慕而冠者胜。九人髻而一人冠,则冠者慕而髻者胜。民不知冠之髻之为胜,但见众而为慕矣。今免者多而刑者少,人尚慕其多矣,及刑者多而免者少焉,以少为胜乎?”^[49]“如果大家都耻辱,就成了谁都不耻辱了。”^[50] 笔者的观点也许是不成熟的,但是希望能为当代的刑罚体系建设作有益思考的热忱是不容置疑的。

Abstract: The humiliating punishments are penalties that destroy the personality of the criminals and impose psychological pains on them. Ancient China had many kinds of humiliating punishments in its long history. Ancient literatures and achievements of archaeology record abundant contents. Reviewing the history will give us a better understanding of the facts that humiliating punishments revive in some countries.

Key word: Chinese legal history, humiliating punishments

[48] [意]贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,中国大百科全书出版社2003年版,第54、75页。

[49] (五代)沈颜:《象刑解》。

[50] 前引[48],贝卡里亚书,第54页。