图书在版编目（CIP）数据

五刑六典：刑罚与法制 / 郭建著. —长春：长春出版社，2004.1
（制度文明与中国社会 / 葛剑雄主编）
ISBN 7—80664—622—1

Ⅰ. 五... Ⅱ. 郭... Ⅲ. 法制史—中国 Ⅳ. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2003）第 101720 号

责任编辑：张　樱　　封面设计：王国擎

长春出版社出版
(www.cccbs.net)
（长春市建设街 1377 号）
（邮编 130061　电话 8569938）
长春大图视听文化艺术传播中心设计制作
沈阳新华印刷厂印刷
新华书店经销
787×1092 毫米　16 开本　14.25 印张　226 千字
2004 年 1 月第 1 版　2004 年 1 月第 1 次印刷
印数：1—4 000 册　定价：30.00 元

需要全本请访问 www.ertongbook.com

制度文明与中国社会

五刑六典

WU XING LIU DIAN

刑罚与法制

主编　葛剑雄 ● 郭　建　著

长春出版社

前　言

Qian yan

中国古代的法律历经了至少三千年长期发展，有着独立发展、脉络清晰而自成体系的传统，和中国古代的政治军事、文化艺术曾称雄乃至征服整个东亚地区一样，中国古代的法律也曾成为邻近的东亚地区国家立法蓝本或楷模，和印度法系、罗马法系、伊斯兰法系、普通法系并列为世界上最为宏大的“五大法系”之一。

本书所叙述的是中国历代法律中一些最基本的制度。向读者介绍古代法律是依照什么原则以及是如何制定的，法律最基本的内容是什么，法律是依靠怎样的系统，以及如何被实施的。

就如“王法”这个词所表明的那样，中国古代的法律都是由统治者发布的。虽然历代皇帝们发布法律时总会宣称这是依照上天的意志来制定的，但和其他文明古国有很大差别的是，中国至晚到战国时期已完全排除法律中的神明因素，法律并不与任何宗教观念紧密联系。思想家以及政治家们已全然将法律视为一种君主施行统治的手段。而君主统治国家的主要手段是暴力手段，直接的、大规模的、无限制的暴力手段是军事武力，间接的、低度的、有一定程序规则的暴力手段就是刑法。中国古代的法律先是被称之为“刑”，刑既可以作为一个动词，指对人施用刑罚，也可作为一个名词，指国家的刑法或法律，很清楚的就表明了法律和暴力的关系。因此中国古代的法律一直是以刑法为主体的。

中国很早就建立起中央集权的君主专制政权，为维持大一统的帝国行政事务的正常运转，需要健全的文官体制来代表皇帝施行统治，而为了制约监督这个庞大的官僚系统，又需要有一套严

密的制度，中国古代将这种制度总称为典章制度，也是中国古代法律最重要的组成部分。

从现在的眼光来看，中国古人对于法律性质的认定是相当科学的，远远领先于世界其他古老文化。这是中华法律文化的一个突出的特点。然而在人们还普遍相信神灵的时代，这种超前的思想也是一把双刃的剑，既为皇帝的专制集权统治找到了合适的工具，同时也就因为法律完全摆脱了神灵性而使得普通民众逐渐对法律失去了兴趣。对于法律的遵守除了商鞅、韩非所说的赏罚导致的贪婪和恐惧之外，几乎也就没有其他的道义上的或宗教上的禁忌作为法律的后盾。法律逐渐成为一种外在的强加于人的因素存在于社会，畏惧刑罚的心理使得人们总是试图与法律保持距离，尽量设法逃避法律的规范。人们的社会生活主要依靠的是伦理、道德、习惯的调整，而不是法律。即使是皇帝也总是将自己的以暴力为核心的法律包裹上伦理道德、“礼教”的外衣，并宣称自己颁布的法律是训导百姓的经典，号为“德主刑辅”。

“五”由于是满掌之数，中国远古时代就以其象征“圆满”、“具备”，所以全部刑罚体系也就号为“五刑”，并且也可以用来泛指全部的法律。另外上、下、前、后、左、右的六大方位也给“六”这个数字带来神秘色彩，因此也往往用来泛指整套的制度，儒家经典鼓吹西周时有“六典”，朝廷有“六官”，影响到北朝后的“六部”，以及《大唐六典》等典章汇编。本书即以“五刑六典”为整个中国古代法制的统称。

目 录

第 1 部分 起源与原则

一、“国之大事” 3
二、为了“救世” 6
三、不得恍惚的原则 9
四、“德主刑辅” 11
五、“君子读书不读律” 17

第 2 部分 形式与体系

一、“律以正罪名” 25
二、“令以存事制” 33
三、由“权宜”到“永制” 35

第 3 部分 威慑与预防

一、五刑的体系 41
二、疏而不失的法网 48
三、“三赦”之法 51
四、重在“诛心” 53
五、法不责众 59

需要全本请访问 www.ertongbook.com

六、“坦白从宽” 61
七、“十恶不赦” 65
八、“杀人者死，伤人者刑” 70
九、王政的急务 76

第 4 部分 等级与阶梯

一、特权阶层 83
二、平民阶层 88
三、贱民阶层 90
四、等级待遇 94

第 5 部分 亲亲与尊尊

一、为了祖宗的结合 101
二、天壤之别 104
三、五服的圈圈 107
四、“株连九族” 112
五、家庭的大锅饭 116

第 6 部分 整饬与肃贪

一、“明主治官不治民” 125
二、严防奸党 127
三、严惩贪官 128
四、“私罪不可有，公罪不可无” 131

第 7 部分 有度与均衡

一、“溥天之下，莫非王土” 137

二、“路不拾遗”的理想 141
三、宝藏的归宿 145
四、“官有政法，人从私契” 149
五、“一本一利” 155
六、“卖身为奴” 157
七、交易关系中的“第三者” 160
八、“损人一目，家产平分” 164

第 8 部分 裁判与监督

一、集中与分权 171
二、耳目到手足 177
三、无讼和息讼 180
四、勘验“洗冤” 188
五、“审不厌诈” 190
六、敬鬼神而用之 196
七、“人是苦虫，不打不招” 198
八、“天理、人情、国法” 202
九、“宽猛相济” 209
十、裁判的终极目标 211

主要参考书目 216

第1部分

起源与原则

◆一、“国之大事”

◆二、为了“救世”

◆三、不得恍惚的原则

◆四、“德主刑辅”

◆五、“君子读书不读律”

一个动物群体总有一定的行为规范，而人类的行为规范大多依靠后天的学习才能掌握，不像一般的动物主要依靠遗传基因中包含的行为模式。人类这种行为规范起初就是原始社会的习惯，以后进入文明社会后发展为法律，并打上了阶级的烙印。随着社会的进一步发展，开始出现由统治者进行的立法活动。这些立法不断累积发展，形成了正式的法典，组成了法律体系。这种法律体系是由统治者创设的，因此自然受到统治者施行统治的一些指导原则的影响。

一、“国之大事”

中国现存的最早的编年史《左传》里说“国之大事，在祀与戎”。祀，就是祭祀神祇；戎，就是出兵打仗。祭祀与战争这两件事在很长的时间里一直被当做国家的头等大事，古人以为祭祀神祇，就会得到神祇的保佑，才可以维持部族的生存；出兵打仗，才可以保证部族不被吞并。而打胜仗也是要靠神祇保佑的，所以这两件事中又是以祭祀神祇更为重要。原始社会的习惯中最早开始向法律演变的也正是这两方面的习惯规范。



载有法律内容的甲骨

原始社会习惯向文明社会法律的发展，主要的动力当然是社会生产力的发展所导致的社会分化和阶级对立，然而在这过程中祭祀活动也具有重要作用。由于主持祭祀的是部落的头领，掌握着人与神沟通的能力，使得这些人逐步披上神秘的色彩，得以成为特权阶层，巩固了他们的权力，逐渐成为部落的统治者。传说中

夏、商统治者都自称“率民以事神”，就是这种情况的概括。尤其是中国古代一些主要的部族如商族、周族都以祖先神为主要崇拜对象，首领的祖先成为部落供奉的最高神，更是加强了部落首领的权力。氏族血缘关系在祖先崇拜的背景下得以强化，首领的亲属也成为部族的贵族，按照血缘的亲疏而排列出次序，形成氏族血缘贵族势力。

在原始社会习惯向文明社会法律的发展过程中，战争也起一种加速器的作用。传说中在中华民族早期有很多重大战争，比如蚩尤部落和共工部落的“涿鹿大战”，黄帝部落和蚩尤部落在“冀州之野”的大战，以及炎帝部落和黄帝部落的“阪泉大战”，黄帝部落在这次大战胜利后又“五十二战而天下咸服”。在这种频繁的战争中，部族首领在战场上的专断指挥权力成为统治者专制权力的直接来源之一，而指挥官发布并直接实施的战时军纪也成为首领直接处罚部族普通民众的法律来源之一。战利品的掳获和分配权力也是首领权力的组成部分，对于部族的两极分化也有直接的推动。对于战俘的虐待和奴役，产生了奴隶制度。为了防范反抗对于战俘进行的断肢、毁容等等的残害，被称之为“刑”（特定的伤痕样式，在金文里大多作“井”字），成为后世刑罚以及刑法的直接来源。古人说“师出以律”，“刑起于兵”就是这个意思。

一个部族的行为规范中最重要、最神圣的内容莫过于祭祀神祇的仪式。所谓祭祀就是给神祇供奉食物的意思。这在中国古代称之为“礼”。甲骨文里礼字的写法是“”，是两只手恭恭敬敬地捧着一个装有祭品的盛器的象形，是表示祭祀的仪式。以后转变为“禮”，依然是牌位“礻”前面放置盛放祭品的盛器“豊”的象形。“祭”字本身也是手持肉放置在祭台上的象形。由于早期人类是靠集体的力量来获取食物的，必须要经过分配才能使整个群体得以维持生命，这种分配食物的习惯也就是人类早期最重要的行为规则，长时间的积累使这种分配行为习惯仪式化，被神秘

需要全本请访问 www.ertongbook.com

化为供奉神祇的仪式。因此实际上这种仪式只是人类自身活动的一种投影。古代思想家已经注意到这一点，儒家的荀况就说："礼，始诸饮食。"

由于这种仪式的无比神圣性，"礼"字后来被用来泛指所有的部族主要行为规范，到了阶级社会的商、周等朝代，"礼"就逐渐成为整个部族习惯法的统称，是中国历史上最早的法律。按儒家的说法就是："道德仁义，非礼不成；教训正俗，非礼不备；分争辩讼，非礼不决；君臣上下，父子兄弟，非礼不定；宦学事师，非礼不亲；班朝治军，莅官行法，非礼威严不行；祷祠祭祀，供给鬼神，非礼不诚不庄。"政治活动、社会生活无一能离开"礼"的规范。具体来说，"礼"有吉（祭祀祖先）、凶（丧葬）、军（打仗）、嘉（婚姻以及成年仪式）、宾（接待相见）这样"五礼"。从今天的眼光来看，其中的大部分都算不上是法律，而应该归类为宗教、伦理规范或生活习惯，但是世界各文明古国早期法律都是这样一种混合的规范，不能说这不是法律。

礼经过长久的演变成为法律的统称，以后又经过长期的演变，变得越来越有包容性。比如周朝打败商朝建立对中原各族的领导地位后，传说摄政的周公（姬旦）曾经"制礼"，将周族的"礼"进行一次修整，以利于周族对中原地区的统治。

春秋战国时期随着传统部族社会的解体，出现"礼崩乐坏"的局面，各个部族的习惯法都迅速在退出社会生活，而以孔子为代表的儒家则力图将原来包罗万象的"礼"改造为一种伦理道德体系，重新加以发扬，来起到一种指导社会政治的作用。儒家孜孜不倦地整理原来占统治地位的周族的"礼"，把原来的行为规则称之为"文"（外在的礼仪规则）；而按照自己的理想，并从中归纳出一套"亲亲尊尊"的大道理，称之为"本"，用来教育人们，并作为其"德治"、"礼治"政治主张的具体内容。所以儒家的"礼"是一种"礼教"，或者叫"名教"，是一种基于伦理道德的政治学说。它由原来的"礼"发展而来，但并不等于原来的"礼"。

二、为了“救世”

有文字的历史在人类历史上只是一个不长的阶段，在人类活动区域狭小、社会交际简单的时代，人们只要凭借着口头的语言、形体动作、面部表情等就足以传达必要的信息，凭借着记忆力就足以掌握本部落的习惯规则和历史。《说文解字》称：“古，故也。从十口，识前言者也。”梁启超曾说“十口相传谓之古”，就是这个意思。为了能够记住本部落的大事，往往把大事编成韵文，编成琅琅上口的歌曲，一代代传唱下去，这就是所谓的“史诗”。

文字和口头语言不同，开始时是人们为了和难以交流的鬼神进行交流而逐渐创造出来的。由于人类没有办法和鬼神直接用口头语言交流，巫师、祭司常常要用一些特别的符号来表示和鬼神的交流，传达鬼神的信息，这大概是语言转换为文字的重要的原因之一。中国文字最早的字体是巫师们使用的、预卜吉凶的“甲骨文”，以后又出现用于祭祀祖先礼器的“金文”，最后才出现官吏和平民使用的“大篆”、“小篆”和“隶书”。当人们的交流范围突破了原来部族界限、交流越来越频繁的时候，才会需要在日常的人与人的交流中使用文字，来记载人们交往的信息，文字在这时才会被社会的普通人掌握。

古代一个部落最重要的规则，也是依靠口头来传播、来记忆的。据说孔子编的《尚书》里编入的古代帝王发布的法令，都称之为“诰”、“训”、“誓”，也都从“言”，显然原来是一种“口头号令”。君主的“君”字，象形为一只持权杖的右手和一张发号施令的嘴，更是形象地表现了“口头约束号令”的遗迹。早期的法庭也全然是口头的，中国古代一直将审判称之为“听讼”，审判的场所称之为“厅”，厅和听原来就是一回事，在过去的繁体汉字里，“聽”和“廳”是同源的，只是“廳”多了一个屋顶而已。诉和讼也都从言，据《周礼》注，讼的意思就是“言之于公”。法官作出的裁决称之为“论”，向上级请示复审称之为“谳”

（yàn），也是口头诉讼审判的遗迹。

早期的法律完全依靠人们的记忆力来保存。孔子曾说：“夏礼，吾能言之，杞（周代夏族聚居的城邦国家）不足征也；殷礼，吾能言之，宋（周代商族聚居的城邦国家）不足征也；文献不足故也，足，则吾能言之矣！”文献的不足不仅仅是因为战乱的破坏，而是因为有很多的古礼根本就是不成文的，各族有各族的礼，对于本族人而言，礼是自己耳熟能详的习惯和规则，而对于身处异乡的外族人来说，要了解所在地区的礼就很困难。在“礼崩乐坏”的春秋时代，很多原先夏族及商族的古礼都散失了，被活动范围大大扩大了的人们所遗忘。就是周族的礼也有很多并不是靠文献来记载的。到了春秋时期人们活动范围扩大，古礼也有很多已经散失，“信而好古”的孔子到处采访询问也只能复原一小部分而已。

由于法律是部族性的，所以各部族法律不同。当发生各部族混居现象的时候，非统治部族的外来人民就难以了解法律，而本部族如何处理外来人民的纠纷也成为难题。据说西周时，“临事制刑，不预为法”，每当发生扰乱正常秩序的刑事案件，是由统治部族的贵族们商议判决，其刑罚的决定方式是不公开的。

春秋初年，周王的朝廷东迁洛阳，原来位于关中地区的郑国，也迁到了今河南中部地区。迁徙后不久，郑国的国君郑桓公就和商人们盟誓：“尔无我叛，我无强贾”，可见郑国在迁徙并重新建国时，商人势力比较强大，而且商人对于郑国也是尽力效忠。公元前 627 年秦国派出一支军队企图袭击郑国，半路上遇见郑国商人弦高的商队，弦高猜测出秦军的使节，就故意向秦军将领宣称自己是郑国国君特意派来慰问秦军的使节，还杀了几头自己的牛，说是国君犒劳秦军的礼物。秦军将领认为突袭企图已被郑国识破，于是掉头而去，郑国得以躲过一场战乱。

不过商人大多是各地来的“盲流”，外来人很多，对于郑国的旧有法律并不熟悉，要受到被贵族控制、自己所不熟悉的法律

的处罚，自然于心不甘。到了春秋中期，郑国夹在南方楚国和北方诸强国之间，频频被大国欺负，迫切需要得到商人阶层的支持。于是公元前 536 年，郑国的执政子产毅然把刑事法律铸在铜鼎上，让过往的民众都能看到，使人们能够了解刑事处罚的规则，并表示法律明文规定之后，不再会轻易更改。


司母戊方鼎

这件事在当时影响很大，远在晋国的一位当时的名士叔向写信批评子产，说：远古圣明的国王都是“议事以制”，不公开法律，而是以“礼”为原则进行引导教化，就是惟恐平民有“争心”。你现在将法律公布，平民知道法律，就会对法官的审判进行争论，不再尊敬贵族。而且过去凡是混乱的时期才会改变法令，你现在执掌郑国这样做，不等你死郑国就会发生混乱。子产对于这些批评却只是回信说：我没有才能，顾不上将来的事，我只是“救世”。可见当时郑国社会确实存在着要求公布法律的社会压力。他公布法律正是顺应社会要求，以防止社会的分裂。

这个事件在历史上被称为“铸刑书”，一般都认为这是中国古代公布成文法的开端。公元前 513 年，在批评者叔向的晋国，也实行了“铸刑鼎”，将法律铸在一个铁鼎上加以公布。这件事以后也遭到孔子的批评，说晋国这样做是使上下贵贱没有区别，要遵循同样的规则，“贵贱无序，何以为国？”可是孔子这种事后的批评在当时几乎无人理睬。在这以后的几十年中，中原各国都先后公布了新的、全体臣民都要遵守的法律，中国法律就此进入了公开的成文法时代。

中国古代法律在公布成文法后的发展极为迅速，还出现了像

“法家”那样以施行成文法统治为主要政治诉求的思潮和学派。至晚到了战国时代，不仅各项法律都已完全成文化，而且诉讼审判也文字化、书面化了。在湖北云梦出土的秦国竹简，有《封诊式》一类，详细例举了各类陈述笔录的做法。无论什么口头的起诉、报案、传讯，以及勘查、检验等等司法程序，都要“传爰书”，做成详细的、规格化的笔录，然后开始审理程序。

三、不得恍惚的原则

春秋战国时期成文法律的迅猛发展，不仅很快淘汰了原来的习惯法，也造就了一个号称为“法家”的学派，而且法家的主张反过来也对各国的“变法”以及新公布的大量成文法发生重大影响。尤其是秦国以法家思想指导变法，制定法律，成为最强大的国家，得以逐一并吞各国。

法家以主张彻底的法治为标志，主张所有的君主都应该依靠法律施行统治，君主的判断裁决以及决策都要“一断于法”。在法家看来，法是客观的准则，是天下之公器，因此适用法律必须严格。对任何人的行为，都应用法这个客观标准来衡量，不能因人而异。中心思想就是取消旧贵族在法律上所享受的一切特权，要求“自卿相将军以至大夫庶人，有不从王令、犯过禁、乱上制者，罪死不赦”。韩非曾进一步把这一原则概括为“法不阿贵”、“绳不挠曲”。实际上强调的是对那些有身份、有地位、有功劳、有善行的尊贵者的违法行为也要依律断罪，不宥不赦。不过需要注意的是，这主要是指适用法律的原则。法律本身就有维护等级制度、下不僭上的规定。比如我们从湖北云梦出土的秦竹简所保留的秦律可以得知，当时许多条款也反映了对等级、地位高的人的优待。如《传食律》规定有爵者与无爵者的饭食供应标准就有高低之别，对爵位高者与爵位低者供应的品种、数量也有差别。

韩非对法的定义是：“法者，编著之图籍，设之于官府，而布之于百姓也。”所谓“编著之图籍”，就是制定成文法；“布之

于百姓”，就是必须向百姓公布所制定的成文法，使民众知晓，让他们“知所避就”，以便在实践中按法律的要求行事；同时各级官吏也不敢违法办事。以后的秦始皇根据法制实践也总结出：君主“作制名法”可以使“臣下修饰”，使“职臣遵分，各知所行，事无嫌疑”；也可以使“黔首改化”、“欢欣奉教”；并且使百姓“咸知所避”，不误犯法律，危害君主的利益。因此他在统一全国后巡视各地，注意将在当地发布的法令刻石公布。在这一思想指导下，立法越发细密，法律调整的范围也越来越广。正如秦始皇泰山刻石所记：“治道运行，诸产得宜，皆有法式。”

法家的商鞅强调“行刑，重其轻者”。所谓“重其轻者”，就是指在执行刑罚时，应对轻罪予以重罚，这是重刑主义理论在法制中的体现。商鞅认为：“行刑，重其轻者，轻者不生，则重者无从至矣。”即加重刑于轻罪的刑罚，轻罪就不致产生；轻罪不存在，重罪也就不可能出现；重罪不出现，也就不可能有刑罚加身。因为“重刑连其罪，则民不敢试。民不敢试，故无刑也”，从而达到“以刑去刑，刑去事成”的目的，即通过轻罪重刑的手段达到预防犯罪的目的。这一立法的指导思想主要是针对民众的。商鞅说：“禁奸止过，莫若重刑。”韩非也曾说过：“民不以小利蒙大罪”，“重一奸之罪，而止境内之邪。……重罚者当贼，而悼惧者良民也。”比如商鞅在秦国主持变法时，曾规定在道路上倒垃圾的都要处以“断手”酷刑，认为这样可以防止民间的争斗，有利于维持统治秩序。

法家所主张的法律主要内容不外乎“赏”、“罚”这样两件事。有功的按照法律赏，有罪的按照法律罚。照韩非的说法这是君主的“二柄”，也就是现在所说的两个“抓手”。“刑过不避大臣，赏善不遗匹夫”，赏罚完全应该“一刀切”，丝毫不考虑其他因素。《韩非子》为说明问题还特意列举这样几件事例：韩昭侯在宫中饮酒，醉醺醺的就在食宫里睡着了，宫中替国君管理冠冕的“典冠”在旁见了怕他着凉，给他盖上了一件衣服。韩昭侯醒来见有

需要全本请访问 www.ertongbook.com