

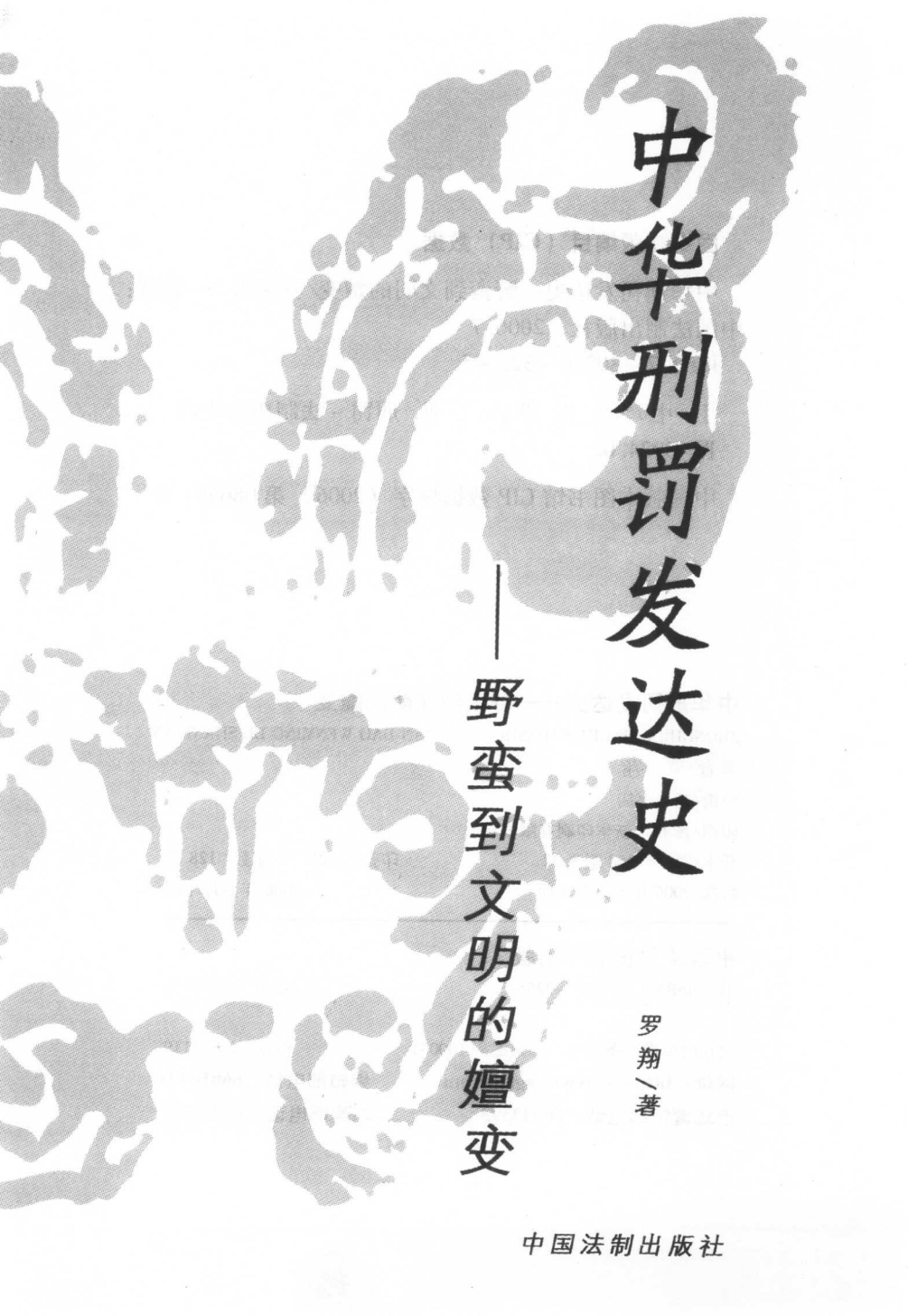
中华刑罚发达史

罗翔著

——野蛮到文明的嬗变

□ 中国古代的法律以刑法为基础，其主要的法律后果就是刑罚，它轻则剥夺人之财产、自由，重则危及生命，是一种以国家强制力为后盾的最严厉的惩罚措施。这种可怕的惩罚措施缘何而生？为何存于人类社会？它经历了怎样一种发展阶段？带着这些疑问，我们试图展开刑罚的历史……

中国法制出版社



中华刑罚发达史

罗翔／著

——野蛮到文明的嬗变

中国法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中华刑罚发达史：野蛮到文明的嬗变/罗翔著. —北京：
中国法制出版社，2006. 7

ISBN 7 - 80226 - 325 - 5

I. 中... II. 罗... III. 刑罚 - 法制史 - 中国
IV. D924. 02

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 086391 号

中华刑罚发达史——野蛮到文明的嬗变

ZHONGHUA XINGFA FADASHI——YEMAN DAO WENMING DE SHANBIAN

著者/罗 翔

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/850 × 1168 毫米 32

印张/ 7. 25 字数/ 128 千

版次/2006 年 8 月第 1 版

2006 年 8 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7 - 80226 - 325 - 5

定价：15.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfsz.com>

编辑部电话：66010403

市场营销部电话：66033393

邮购部电话：66033288

目 录

第一章 追本溯源：刑罚的起源与发展	1
一、关于刑罚起源的几种假说	1
二、政治经济发展的需要：刑罚产生的本质根源	10
三、回溯与前瞻	13
第二章 反反复复的肉刑兴废	20
一、肉刑纵览	21
二、肉刑的存废	49
第三章 并不轻松的笞杖之刑	59
一、用刑的数量	63
二、用刑的部位	65
三、刑具的规格	66
四、赎免规定	69
五、作为他刑的附加刑和替代刑	70
六、刑讯及廷杖	72
第四章 生离死别的流刑	78
一、先秦的流放故事	79
二、流刑的萌芽——迁徙刑	84

三、流刑的形成	88
四、流刑的光大	92
五、折杖法和刺配法	96
六、南人发北，北人发南	102
七、流刑的变异——口外为民和充军	104
八、最后的流刑——发遣	109
第五章 徒刑之苦	114
一、徒刑概说	114
二、徒刑的新发展	124
三、徒刑的意义	128
第六章 形形色色的死刑	130
一、死刑纵览	130
二、死刑发展的三大趋势	179
第七章 以钱赎刑	188
一、赎刑的演进	188
二、赎刑利弊议	198
第八章 株 连	202
一、族株	202
二、连坐	218
参考文献	222

第一章 追本溯源：刑罚的起源与发展

中国古代的法律以刑法为基础，其主要的法律后果就是刑罚。刑罚轻则剥夺人之财产、自由，重则危及生命，是一种以国家强制力为后盾的最严厉的惩罚措施。这种可怕的惩罚措施缘何而生？为何存于人类社会？它经历了怎样一种发展阶段？带着这些疑问，我们试图展开刑罚的历史。

一、关于刑罚起源的几种假说

对于刑罚的起源，古今中外，人们提出过无数假说，至今仍未定论，可谓众说纷纭，仁者见仁，智者见智。择其要者，大体有如下学说：

1. 罚源神授：“天”说

刑罚起源于“天”，也称“神授说”。该说是人类历史上最为古老的对刑罚起源的解释。无论是东方还是西方，该说都以君权神授理论为基础。

古人将“天”作为万物的起源，认为自然界、社会的一切都起源于“天”，君主之权力也出自天授，故称“天子”，

作为君主权力的重要体现——刑罚权，自然也来源于天。古代统治者都试图用此理论将刑罚神秘化、权威化，将统治者对被统治者的刑事镇压，说成是履行“天”的意志，统治者不过是代天行罚，刑罚缘自“圣人因天讨而作五刑”。

《尚书·皋陶谟》有云：“天讨有罪，五刑五用哉。”《甘誓》载夏启攻伐有扈氏檄文曰：“天用剿绝其命，令予恭行天罚”；《汤誓》记载商汤征讨夏桀，也说“有夏多罪，天命殛之……尔尚辅予一人致天之罪。”《唐律疏义》更是用法律形式表明这一立场：“《左传》云‘天反时为灾，人反德为乱’。然王者居宸极之至尊，奉上天之宝命，同二仪之覆载，作兆庶之父母。为子为臣，惟忠惟孝。乃敢包藏凶慝，将起逆心，规反天常，悖逆人理，故曰‘谋反’。”^①

西方古人亦深信此说，如奥古斯丁就认为一切权力都来自上帝，刑罚权也自然为上帝所赋予。圣保罗更是明确指出：“我们再也不用去思索刑罚权的渊源，这无非是神的代理人根据保障社会的必要，以惩罚作恶者的一种权利……人类的法律也只有根据神的法度才能发生强制力，假如政府否认神，那就无异于否认他自己。”^② 柏拉图也曾指出，“根据哲学和世界的本来意义，习惯上被认为必要的神圣的制度应属于神的规则。刑罚就是这样的制度……犯罪扰乱了宇宙的和谐，

① [唐]长孙无忌等撰，刘俊文点校：《唐律疏议》，中华书局1983年版，第6-7页。

② 参见马克昌：《刑罚通论》，武汉大学出版社1999年版，第20-21页。

而这种和谐必须得到恢复……”^①

2. 罚源武力：“兵”说

此说认为，刑罚起源于兵，来源于武力。相传黄帝战蚩尤于涿鹿，“以兵定天下，此刑之大者”，^②后世将此军事讨伐称为“大刑”，《汉书·刑法志》曰：“大刑用甲兵，其次用斧钺；中刑用刀锯，其次用钻凿；薄刑用鞭扑。大者陈诸原野，小者致之市朝，其所繇来者上矣。”

古代不少学者认为，刑罚的产生与战争密不可分，“自黄帝有涿鹿之战以定火灾，颛顼有共工之陈以定水害。……夏有甘虐之誓，殷、周以兵定天下矣。”“刑起于兵”、“兵刑同一”，最初的刑罚就是对在氏族战争中的战败者、叛乱者和违反军纪者的处罚。远古时期，兵刑并为严格区分，奴隶主用甲兵征讨异族，用刑罚来统治已被征服的氏族，兵与刑的区别是“刑外”与“刑内”的关系，如司马迁在《史记·律书》中就说：“故教答不可废于家，刑罚不可捐于国，诛伐不可偃于天下”，刑罚刑内，诛伐（兵）刑外。司马迁在《律书》的前几章讲的就全是有关军事的问题，可以说《律书》就是《兵书》。在《史记·律书》开篇，他即表示：“王者制事、立法、物度、轨则，壹乘于六律，六律为万事根本焉，其于兵械尤所重。”

^① Carl Ludwig, Von Bar: : A History of Continental Criminal Law, Rothman Reprints Inc. South Hackensack, New Jersey; New York, 1968, p383.

^② 《汉书·刑法志》。

3. 罚源契约：“契约”说

此说认为刑罚起源于人们缔结的契约。该观点最初由希腊哲学家吕科弗隆首倡，他认为“法律只是一种互相保证正义的协定，它理应成公民为善和正义的工具”，后经伊壁鸠鲁发展，及至17、18世纪为欧洲自然法学派发扬光大，其中尤以卢梭、贝卡利亚为此说之集大成者。社会契约论认为，国家与法的形成，起源于早期人们为了获得生存的社会保障而自愿转让本属于个人的一些自然权利而缔结的社会契约，为了保障自己的利益，缔约者同意如果自己侵犯了公众的利益，就应当接受惩罚，卢梭指出：“正是为了不至于成为凶手的牺牲品，所以人们才同意，假如自己做了凶手的话，自己也得死。”^① 贝卡利亚则更是明确阐明了刑罚权的起源，他说：在人类历史的某个阶段，为了争夺利益，人们相互残杀，朝不保夕，他们非常需要有种东西来“阻止个人专横的心灵把社会的法律重新沦入古时的混乱之中”，“正是这种需要迫使人们割让自己的一部分自由，而且，无疑每个人都希望交给公共保存的那份自由尽量少些，只要足以让别人保护自己就行了。这一份份最少量自由的结晶形成惩罚权。”^②

4. 罚源目的：“定分止争”说

此说试图从刑罚的目的来阐明其起源。该说认为，规定

① [法] 卢梭：《社会契约论》，商务印书馆1980年版，第46页。

② [意] 贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，中国大百科全书出版社1993年版，第8-9页。

刑罚的法律是为了定分止争，“定分”指确定名分，即确定所有权；“止争”指禁止争夺。由于中国古代民刑不分，习惯用刑法调整财产权利，因此“定分止争”的唯一方法也就是规定刑罚的刑法。

《荀子·礼论》从人欲出发阐释了法律（主要是刑法）调整的重要性：“礼起于何也？曰：人生而有欲，欲而不得，则不能无求。求而无度量分界，则不能不争。争则乱，乱则穷。先王恶其乱也，故制礼义以分之，以养人之欲，给人之求，使欲不穷乎物，物必不屈于欲，两者相持而长，是礼之起也。故礼者，养也。”“礼”，即礼法，亦习惯法也。正因为人之欲望无限，资源有限，因此必须通过法律定分止争，而法律直接后果就是刑罚。需要说明的是，“定分止争”说的前提是人性本恶，其实也就是“人欲”，每个人都有自己的欲望，因此，也就必须有礼义规范约束人性之恶。所以《荀子·性恶》说：“故古者圣人以人之性恶，以为偏险而不正，悖乱而不治，故无之立君上之势以临之，明礼义以化之，起法正以治之，重刑罚以禁之，使天下皆出于治，合于善也。是圣王之治而礼义之化也。”

荀子的学生韩非更是用人口增殖而财富不增的理论，表明了以“刑”“定分止争”的必要性。《韩非子·五蠹》曰：“古者，丈夫不耕，草木之实足食也；妇人不织，禽兽之皮足衣也。不事力而养足，人民少而财有余，故民不争。是以厚赏不行，重罚不用，而民自治。今人有五子不多，子又有

五子，大父未死而有二十五孙，是以人民众而财货寡；事力劳而养供薄，故民争；虽倍赏累罚而不免于乱。……是以古之易财，非仁也，财多也；今之争夺，非鄙也，财寡也。轻辞天子，非高也，势薄也；重净土囊，非下也，权重也。故圣人议多少，论厚薄，为之政。故罚薄不为慈，诛严不为戾，称俗而行也。”韩非还举例说：一只兔子在野外奔跑，一群人都去追赶；而将一百只兔子关在市场的笼子中，或把一头牛拴在路边，却无人去牵动。这是为什么？就是因为兔子的名分未定，谁追着就是谁的；而市场上的兔或牛的名分已定，谁再擅自牵拿，即有可能被定为“盗”，要受到刑罚。

5. 罚源正义：“正义”说

这派学说认为：刑罚的产生是因为正义的要求。此说为德国著名哲学家康德、黑格尔所主张。“其要领略谓吾人有正义之观念，要求对不正加以相当之责而赎罪。故社会对犯罪科处刑罚系因此正义之要求。”^① 康德指出：“如果你诽谤了别人，你就是诽谤了自己；如果你偷了别人的东西，你就是偷了你自己的东西；如果你打了别人，你就是打了自己；如果你杀了别人，你就是杀了你自己。”因此国家处罚犯罪人，就是满足犯罪人“报复的权利”，而这样做正是对犯罪人人格的尊重。换言之，国家有义务对犯罪人施以刑罚，

^① [日] 久礼田益喜：《日本刑法总论》，转引自马克昌：《刑罚通论》，武汉大学出版社1999年版，第23页。

“如果不这样做，……是对正义的公开违犯。”^① 黑格尔更是认为：犯罪是对法的否定，刑罚是对犯罪的否定，所以刑罚不过是否定之否定，刑罚具有自在自为的正义，加于犯罪人的刑罚不但是自在地正义的，因为这种刑罚同时是他自在地存在的意志，是他的自由的定在，是它的法，所以是正义的；不仅如此，而且它是在犯人自身中立定的法，处罚他，正是尊敬他是理性的存在。如果国家不对犯罪人处以刑罚，他就得不到这种尊重。^②

6. 罚源防卫：“社会防卫”说

此说认为刑罚之所以产生，是为了防卫社会免受犯罪的侵害。这种观点最初由刑事实证学派所倡导。如刑事实证学派创始人龙勃罗梭认为：“野兽食人，不必问其生性使然，抑故尔作恶；吾人遇之，必毙之而已。禁錮疯犯，亦同此自卫原理。……刑罚必从自卫论，方可无反对之地。”他以进化论作为自己理论的依据，认为社会是一种客观存在之物，受着进化理论的支配，因此，为了社会自身进化起见，对于侵害其生存的犯罪人，有打击与抑制的必要，而国家的刑罚权正是从这种必要性中产生的。英国功利主义法学家吉米·边沁也持此说，他认为：社会秩序，完全依靠国家维持，从维

① [德] 康德：《法的形而上学原理》，商务印书馆 1991 年版，第 165 - 167 页。

② [德] 黑格尔：《法哲学原理》，商务印书馆 1961 年版，第 103 页。

持国家秩序的需要来看，国家有行使刑罚权之必要。^①

7. 罚源异族：“苗民”说

这是一种关于中国刑罚起源的特有说法。

我国古代的刑罚，产生在文字起源之前。传说周穆王时，命吕侯（也称甫侯）作刑，制定了一部有“五刑之属三千”的《吕刑》。《尚书·吕刑》中说：“苗民弗用灵，制以刑。惟作五虐之刑，曰法，杀戮无辜。爰始淫为劓、刵、椓、黥。”劓即割鼻之刑，刵是割耳之罚，椓即宫刑，黥即墨刑，吕侯把造刑视为一种残暴、犯罪。

吕侯造刑缘自何处？《吕刑》认为来源苗民。苗民也称三苗，在尧、舜时代一直臣服于黄帝。在古人看来，三皇五帝皆为仁圣之君，善于教化臣民，平怨息争，天下太平，和平兴旺。这些圣王是不会用残暴手段对待臣民的。但为什么三皇五帝的后人所生活的年代会出现刑罚呢？为给当时广泛使用的肉刑找到出处，吕侯他们便把这些刑罚归咎于苗民，认为刑罚起源于苗民。由于“今不如古”，禹以后的帝王仁德不如五帝，故援用了苗民的刑罚。但是由于这些帝王较之野蛮的苗民还是要宽仁得多，于是他们不断对苗民的刑罚进行修改，使之由重变轻，最后发展成了周时使用的五刑，而周穆王又定“赎法”，使受刑者得以金赎（刑），这当然也就更仁义无比了。

^① 王觐：《中华刑法观》，中华书局1933年版，第3-4页。

为了突出三皇五帝的仁德，先人们还向我们描述了历史上的一个黄金时代。在这个时代，不存在死刑和肉刑。《路史·前纪》说祝诵氏：“刑罚未施而民化”；《路史·后纪》说神农氏：“刑罚不施于人而俗善。”《商君书·画策》也说：“神农之世，刑政不用而治”。桓谭《新论》总结道：“无刑罚谓之皇。”没有刑罚，正是三皇所以被称为皇的缘故。^①人们又说，当时的华夏大地只有象刑，而无肉刑。象刑者，顾名思义，只是一种象征性的刑罚。《尚书大传》说：“唐虞之象刑，上刑赭衣不纯，中刑杂屨，下刑墨幪，以居州里，而民耻之。”《慎子》亦曰：“有虞之诛，以幪巾当墨，以草纓当劓，以菲履当别，以艾毕当宫，布衣无领当大辟。”《白虎通》则干脆把象刑说成画像：“五帝画像者，其衣服像五刑也。犯墨者蒙巾，犯劓者赭其衣，犯腓者以墨幪其腓处而画之，犯宫者履杂屨，犯大辟者布衣无领。”但对“五帝画像、三皇肉刑”的说法，早在战国时期就有人提出非议。如荀况就认为“象刑殆非生于治古，并起于乱今也”，^②古无肉刑也就不可能有象刑，只是先人们为了维护三皇五帝仁德圣明的形象，一直不承认历史的真实，久久地沉浸在对实行象刑的治世的仰慕、向往之中。^③

① 蔡枢衡：《中国刑法史》，中国法制出版社2005年版，第59页。

② 《荀子·正论》。

③ 徐进：《古代刑罚与刑具》，山东教育出版社1989年版，第6-7页。

二、政治经济发展的需要：刑罚产生的本质根源

上述诸多学说，虽然在今人看来，有些不乏荒诞，但它们毕竟是人类在特定时候的一种认识，以大历史的眼光，至少具有历史合理性。罚源“天”说与当时君权神授的观念密不可分，在普遍敬畏天道的古代社会，这种学说显然能为刑罚的正当性提供最强有力的辩护，有助于在短时间内统一社会认识，维护社会的秩序，同时它还能够在某种意义上约束统治者行为，让其恪守天道，毋要过分滥施刑罚，否则将遭天谴；罚源“苗民”说虽将当时的残暴刑罚归咎苗民，于实际似有不符，但其正是希望从远古寻找刑罚轻缓的根据，借助“今不如古”的逻辑改革当时残暴的刑罚制度，有意思的是，中国古代、近代的历次政治改革皆因循此种逻辑；罚源“契约”说更是具有重大的启蒙意义，正是这种理论开启了人类废除酷刑、限制刑罚权的大潮，刑罚人道主义开始深入人心。但是契约论并不符合国家初始状态的实质，它更多的带有理想主义的色彩，是以现代观点解说古代社会，“国家根本不是一个契约，保护和保证作为单个人的个人的生命财产也未必说是国家实体性的本质，反之，国家是比个人更高的东西，它甚至有权对这种生命财产提出要求，并要求其为国牺牲。”^①

^① [德] 黑格尔：《法哲学原理》，商务印书馆 1961 年版，第 103 页。

至于其他学说，也并非完全错误，它们至少在表象上解释了刑罚的起源：刑罚与刑罚的产生与战争密不可分，正是因为战争才有最初的军律；刑罚当然要定分止争，否则人类社会无法正常运作；刑罚更要符合正义的要求，否则它就不可能常行于世；刑罚当然也要防卫社会，保证社会的基本秩序。

然而表象并非实质，透过表象，我们应该窥见更深的本质。刑罚当然不是谁创造的，所谓甫侯作刑，只是古人的一种攀附之说，即使史上存有其事，甫侯也不过是将以前的经验总结提炼。刑罚是一种自生自发的东西，它和道德、宗教、语言、书写、货币、市场以及整个秩序，都是“人之行动而非人之设计的结果”，^① 刑罚是一种进化的结果，在进化过程中，它渐次满足了战争的需要，实现了定分止争的目的，符合正义的要求，维护社会的秩序，最后逐渐为统治阶层总结定型。

这种进化是伴随着一定社会政治经济的发展才逐渐成型的，马克思在《政治经济学批判》一书中指出：“法的关系正像国家的形式一样，既不能从它们本身来理解，也不能从所谓人类精神的一般发展来理解，相反，它们根源于物质生活关系，”^② 恩格斯也曾指出：“曾经有过不需要国家、而且

① [英] 哈耶克：《自由秩序原理（上）》，三联书店1997年版，第19页。

② 《马克思恩格斯全集》第13卷，人民出版社1960年版，第7页。

根本不知国家和国家权力为何物的社会。在经济发展到一定阶段而必然使社会分裂为阶级时，国家就由于这种分裂而成为必要了。”^①刑罚作为一种最重要的国家权力，它和国家当是同时产生的，它们皆是一定政治经济发展的结果。恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》中指出：国家是社会在一定发展阶段上的产物；国家表示这个社会陷入了不可解决的自我矛盾，分裂为不可调和的对立面而又无力摆脱这些对立面。而为了使这些对立面，这些经济利益互相冲突的阶级，不致在无谓的斗争中把自己和社会消灭，就需要有一种表面上驾于社会之上的力量，这种力量应当缓和冲突，把冲突保持在“秩序”的范围以内；这种从社会中产生但又自居于社会之上并且日益同社会脱离的力量，就是国家。^②刑罚从产生起，就成为统治阶层维持其统治，协调不同阶层利益冲突的重要方法。因此，刑罚的真正起源缘于社会政治经济发展的需要，随着社会政治经济的发展，国家随之产生，统治阶级以其意志为标准，依据当时社会物质生活的需要，总结即往的习惯法则，增删、变更各种惩罚形式，并将其系统化，才形成了真正意义上的刑罚。

① 黎国智主编：《马克思主义法学论著选读》，中国政法大学出版社1993年版，第19页。

② 《马恩选集》第4卷，人民出版社1995年版，第161页。