

“十一五”国家重点图书出版规划
教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目资助

法

总主编 曾宪义

中国传统法律文化研究

第二卷

罪与罚： 中国传统刑事法律形态

● 本卷主编 赵晓耕

 中国人民大学出版社

“十一五”国家重点图书出版规划
教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目资助

法

……总主编 曾宪义……

中国传统法律文化研究

第二卷

罪与罚： 中国传统刑事法律形态

• 本卷主编 赵晓耕

撰稿人 (按撰写章节顺序)

赵晓耕	肖洪泳	李 哲
崔永东	李 力	王寅谋
郑颖慧	王平原	史永丽
柴 荣	苏亦工	吴永明
余钊飞	韩秀桃	李玉生
胡兴东	李宜霞	

中国人民大学出版社

• 北京 •

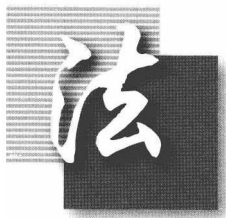
《中国传统法律文化研究》（十卷本） 秘书处

负责人：庞朝骥 冯 勇 蒋家棣

成 员：（按姓氏笔画排列）

马慧玥 王祎茗 吴 江 张玲玉

袁 辉 郭 萍 黄东海



中国人民大学法律文化研究中心 组织编写
曾宪义法学教育与法律文化基金会

目 录

第一编 罪刑观念的形成与发展

第一章 复仇与罪刑观念的形成	3
第一节 先民社会的复仇形态	4
第二节 复仇观念对后世罪罚关系的影响	13
第三节 中国传统刑法的人性基础	23
第二章 “罪”与“刑”及其观念的发展	38
第一节 “罪”与“刑”的考辨	38
第二节 传统法律视野中的“罪”与“刑”	52

第二编 罪名体系及其法典化

第三章 “以刑统罪”的罪名体系	65
第一节 从《禹刑》到《汤刑》	65
第二节 《九刑》、《吕刑》与“以刑统罪”	72
第四章 以“盗贼”为中心的罪名体系	82
第一节 春秋战国时期的罪名体系及其法典化	82

第二节	秦汉时期的罪名与法典	88
第五章	以“十恶”为中心的罪名体系	143
第一节	“十恶”在法典中的核心化	145
第二节	罪名体系的稳定与传承	161
第六章	以“六部”为统辖的罪名体系	194
第一节	明清时期刑法制度的转变	194
第二节	明清之际罪名体系的转变	199
第三节	传统中国罪名体系的终极发展	201
第七章	律例关系	205
第一节	律典的主导地位	205
第二节	明清两代的修例	218
第三节	条例的性质和作用	228
第四节	律例关系辨析	246

第三编 定罪与科刑

第八章	中央与地方的刑事司法权	257
第一节	皇帝的刑事司法权	258
第二节	中央政权的刑事司法权	265
第三节	地方政权的刑事司法权	266
第九章	宽免与赦宥	290
第一节	特权思想与古代刑罚	290
第二节	八议制度	299
第三节	官当、上请和例减	314
第四节	赦宥制度	322
第十章	定罪科刑的一般原则	334
第一节	故意与过失犯罪	334
第二节	老、幼及妇女犯罪	340
第三节	自首制度	348

第四节	存留养亲制度	354
第五节	赎刑制度	363
第六节	数罪并罚制度	372
第七节	累犯制度	377
第十一章	定罪科刑的特殊裁量	383
第一节	政治性犯罪：加重倾向	384
第二节	亲属伦理犯罪：依伦理而轻重其刑	397
第三节	官吏犯罪：公罪与私罪	406
第十二章	法定刑的演变	415
第一节	古代刑罚体系的流变及其特征	415
第二节	夏商周刑罚及其体系	435
第三节	秦汉魏晋时期的刑罚体制	439
第四节	隋唐以后的五刑体制	462
第十三章	死刑的演变	492
第一节	传统中国的死刑制度	492
第二节	死刑执行方式演变	553
第三节	凌迟刑	558
第四节	枭首刑	590
第五节	戮尸刑	598
后 记		607

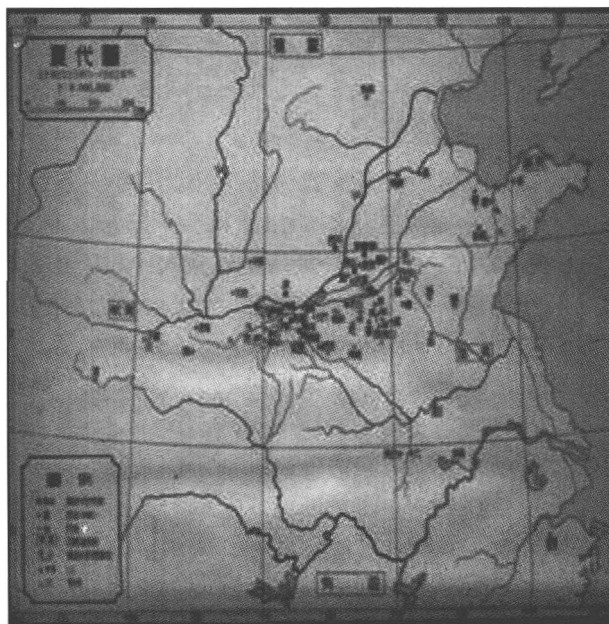
第一编

罪刑观念的形成与发展

第一章

复仇与罪刑观念的形成

按照马克思主义的法学理论，法律不是从来就有的，也不会是永恒存在的。它同其他的社会现象一样，都有产生、发展、繁荣以及消亡的历史规律，法律亦不例外。与阶级、国家的产生一样，法律产生于奴隶社会。从我国的考古发现以及历史资料的相互印证来看，夏代是中国历史上有文献记载的第一个奴隶制国家。既然国家是作为一种阶级统治的机器出现的，这就必然需要一部体现统治阶级意志的法律来维护这部机器的正常运转，因此，在夏代也产生了中国最早的法律。《左传·昭公六年》记载：“夏有乱政，而作禹刑；商有乱政，而作汤刑；周有乱政，而作九刑。”虽然现在关于夏代法律的研究缺乏史料，但《禹刑》的存在却从一定意义上说明了夏代法律的存在。



夏朝形势图

但是，任何事物的产生都不是一蹴而就的，在其产生之前总有一个孕育萌芽

阶段。就法律的产生而言，虽然是与阶级、国家等事物相伴而生的，但在其产生之前的原始社会却为法的产生孕育了前提条件。从中国古代奴隶社会法的内容来看，其中主要是刑罚。例如，《禹刑》的性质相当于现代的刑法典。到了商代，刑罚制度已经初具规模，《荀子·正名》载：“刑名从商”。西周的《吕刑》更加体现了刑法的发达。由此可见，中国的奴隶制社会的法律是以刑法为主要内容的。因此，要考察罪罚关系的衍生义及其法哲学意义，早期社会的复仇观念是必须研究的。

第一节 先民社会的复仇形态

犯罪与刑罚产生于阶级社会，但是却孕育于原始社会的复仇习惯。马克思讲道：死刑是往古的以血还血、同态复仇习惯的表现。

人类最古老的行为之一，就是复仇。复仇的出现，要比刑罚早的多。在刑罚出现之前，复仇就已经存在了相当一个时期。那是个复仇的时代。引起复仇的事由之多，复仇规模之大，冲突之频繁，某些情况下的后果之严重，都是绝无仅有的。^①

对于刑罚起源的一般规律，可以概括为以下三句话：孕育于公有制的解体，分娩于阶级的出现，脱胎于复仇的习惯。^②

由此，原始社会的侵害与复仇的关系便成为阶级社会罪罚关系的前期形态，关于复仇的习惯便衍生为阶级社会的罪罚制度。中国的原始社会，起自大约 170 万年前的元谋人，止于公元前 21 世纪夏王朝的建立。原始社会经历了原始人群和氏族公社两个时期。氏族公社又经历了母系氏族公社和父系氏族公社两个阶段。元谋人是已知的中国境内最早的人类。北京人是原始人群时期的典型。山顶洞人已经过着氏族公社的生活。长江流域的河姆渡氏族和黄河流域的半坡氏族是母系氏族公社的繁荣时期。大汶口文化的中晚期反映了父系氏族公社的情况。

根据近代以来考古发掘以及文献资料的分析发现，在人类历史发展的早期阶段，即以生产资料公有制为基础的原始社会下，实行的是以血缘为基础的氏族组织，人与人之间的关系是平等的，没有国家，没有阶级，因而也就没有法律。由于生产工具落后，原始人类改变自然的能力还非常差，单个的人是很难独立生存的，这就需要相互之间的协调、配合以征服自然力，由此产生了群体之间的共同利益。“因而，在原始人之间，既无弱肉强食，

① 霍存福：《复仇报复刑报应说：中国人法律观念的文化解说》，19 页，长春，吉林人民出版社，2005。

② 樊凤林：《刑罚通论》，50 页，北京，中国政法大学出版社，1994。

又无相互攻伐，所以，也就没有犯罪，当然也就用不着刑罚。同时，在原始人要付出巨大努力才能获得必需的生活资料来维持其简陋的原始生活时，也就没有而且也不可能有分化出来专门实行管理统治社会上其余一切人的特殊集团。因此，也就没有国家和法律。”^① 依照马克思主义的观点，国家是社会发展到一定阶段的产物，是“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”^② 的反应，因此，在原始社会中不可能存在法律，但是由于人类活动的存在，势必要求一定的行为规范来调整人们的行为，这就是氏族习惯。从一定意义上讲，法律的起源，实质上是由氏族习惯向奴隶制法的质变过程。

一、罪罚关系的起源

中国黄河流域是世界文明的发源地之一，我们祖先早在一百多万年以前，就已劳动、生息、繁衍在这片富饶辽阔的土地上。经过八九十万年的进化，早期的人类开始由原始人类步入母系氏族社会，这一转变具有重要意义。它标志着我们的先民向着文明社会跨越了一大步。在这一历史时期，伴随着生产工具的不断改进，人类认识自然、改造自然的能力不断提高，生产领域也在不断地扩大。在母系氏族时期，妇女在生产生活中起着主导作用。历史上传说的炎帝、黄帝的时代，大体相当于母系氏族社会的早期。距今六七千年以前的仰韶文化时期，则是母系氏族社会的繁荣时期。母系氏族社会时期较之原始人群时期更趋于社会化，产生了社会分工，生产力有了一定的发展，这就需要调整社会关系的共同规范——氏族习惯。

产生在原始公有制基础上的氏族习惯，是协调社会纠纷、约束人们共同劳动以及平均分配的共同准则。^③

正如恩格斯所指出的：

一切争端和纠纷，都由当事人的全体即氏族或部落来解决，或者由各个氏族相互解决……^④

由于在这个时期还没有剩余产品的产生，也就没有私有观念，因此在当时也就不可能有调整私有财产关系与阶级关系内容的习惯，并且由于受到以采集和渔猎为主的低下生产力水平的制约，这种氏族习惯是简单幼稚的。

伴随着生产力的发展，生产的社会化进一步加大，农业、手工业等社会分工的出现，使得男子在控制自然的能力方面比女子有更大的优势，在生产上占有更大的优势。再加上婚姻制度由族外群婚到对偶婚姻的变化，家庭关系逐步固定下来，子女继承父亲的财富。由此带来了人类社会的又一大变革，人类进入了父系氏族社会。

这一变革所带来的直接社会后果，是一夫一妻制婚姻家庭关系的确立。这里我们

① 周密：《中国刑法史》，17页，北京，群众出版社，1985。

② 《马克思恩格斯选集》，2版，第4卷，170页，北京，人民出版社，1995。

③ 曾宪义主编：《中国法制史》，18页，北京，北京大学出版社，2000。

④ 《马克思恩格斯选集》，2版，第4卷，95页，北京，人民出版社，1995。

应当认识到，只有在一夫一妻制的婚姻关系确立以后，才能建立起牢固地、成为社会基本细胞的个体家庭。也正由于这种婚姻家庭关系的确立，性犯罪才成为可能。^①

在这一时期，生产工具进一步改进，极大地促进了生产的发展，有了剩余产品，这为私有制的产生奠定了物质基础。由于家庭关系的固定，这种剩余产品是与个体的家庭紧密相连的，而不再是氏族的共有财产。

在原始社会后期的一段时间内，它们（生产资料）还属父系氏族公社集体所公有，只是由于基本生产单位的变化，而采取定期分配给各个家庭的办法去经营。最初一年重新分配一次，以后三、五年才重新分配一次，最后就索性不分了。于是乎土地也逐渐变成了私有财产。^②

随着父系氏族社会的发展，商品交换与个人财富的聚集日益增强，最终导致了私有制的产生与阶级的分化。原本没有私有观念的原始人类，在观念上发生了重大的变化，常常为了争夺财产而发生冲突，出现了你争我夺的社会现象，从而打破了社会的稳定，被文明社会称为犯罪的“偷盗”、“抢窃”、“杀人”等行为充斥着原始人的生活。而“争夺中的胜利者，为了防止自己的既得利益得而复失，产生了以强有力的手段保护自身利益的要求，法律的产生成为历史的必然”^③。

与此相适应，氏族习惯也发生了很大的变化。例如，确立了保护私有财产的习惯，个人所猎获的动物归自己所有，氏族首领可以多分得财物份额；确立了有关处罚的习惯，原始社会的舜禹统治时期，特别是大禹统治的时代，氏族公社制度已经走到了尽头，不单部落联盟制、军事民主制发展到高峰，有关处罚的习惯也发展到顶点。《尚书·舜典》载有“流宥五刑。鞭作官刑，扑作教刑，金作赎刑。眚灾肆赦，怙终贼刑。”《竹书纪年》说：“帝舜三年命皋陶作刑”。《新语·道基》说：“皋陶乃立狱制罪，悬赏设罚，异是非，明好恶，检奸邪，消佚乱，民知畏法。”另据《左传·昭公十四年》引《夏书》说：“昏（劫掠）、墨（贪赃）、贼（杀人不忌）杀，皋陶之刑也。”

当然，犯罪与刑罚也经历了一个逐渐演变的过程，并不是一蹴而就的。

在社会发展某个很早的阶段，产生了这样的一种需要：把每天重复的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来，设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯，后来变成了法律。^④

二、血亲复仇与同态复仇

（一）复仇的产生

“报复刑之作为人类历史上第一种刑罚体制而存在，有其特定的社会进化背景，且有历

① 周密：《中国刑法史》，18页，北京，群众出版社，1985。

② 周密：《中国刑法史》，19页，北京，群众出版社，1985。

③ 邱兴隆：《刑罚的哲理与法理》，35页，北京，法律出版社，2003。

④ 《马克思恩格斯全集》，第18卷，309页，北京，人民出版社，1964。

史的必然性，是原始公有制解体与原始习惯进化的必然结果。”^① 在古代社会及原始社会中，为族中血亲复仇不但是一种权利，而且是一种义务，甚至是“神圣的义务”^②。复仇的观念和习惯，在原始社会甚至后世社会极为普遍，复仇是一种“以血还血”的习惯。历史上如希腊人、希伯来人、阿拉伯人、印度人也都允许复仇，《摩奴法典》和《古兰经》都认为复仇是被允许的。

古代日本人在法律上许可复仇，并有若干限制。英国在 10 世纪时，意大利一直到十六七世纪时还有此风。在原始社会中，更是不胜枚举，爱斯基摩人、东非洲土人、非洲的 Congoren 人、澳洲西部土人、美拉尼西亚人，英属新几内亚的印第安人，以及美洲的印第安人都有这种习惯。^③

在原始社会，为了弥补个体自卫能力的不足，形成了以血缘为基础的人类原始社会组织——氏族。在以血缘为纽带的氏族成员之间便形成了密不可分的关系，即利益的统一体。由于原始社会生产力低下，氏族之间的争斗在所难免，因此，凡是对氏族成员的伤害，便认为是对整个氏族的伤害，基于氏族成员之间的这种血缘关系的存在，便产生了氏族成员对于该种伤害的报复义务。经过长期的发展，这种风俗便被固定下来，并逐渐形成成为一种习惯。

假使一个氏族成员被外族人杀害了，那么被害者的全氏族就有义务实行血族复仇。^④

在氏族制度的初始阶段，氏族成员遭到外族伤害都被视为对该氏族成员所在氏族的凌辱，受害的氏族因而对加害的氏族实行集体杀戮。^⑤

后来，伴随着私有制的发展，由于受到婚姻制度的影响，群婚制度开始瓦解。

在母系氏族社会里，实行族外群婚。后来随着氏族的繁衍，亲族关系的范围增大，亲族之间禁止结婚的规矩也越来越严，于是就自然而然地出现了一男一女暂时结合的对偶婚制，即对偶家庭。^⑥

伴随着氏族的瓦解，氏族成员之间的血缘关系日益松弛，复仇的对象也就逐渐地演变为以家庭为核心的复仇制度。“我们今日的死刑，只是这种复仇的文明形式”^⑦。

（二）复仇的形态

在原始社会，由于受到生产力发展水平的制约，人们认识自然、控制自然的能力有限，受到原始的公平、正义观念的影响，在氏族血缘关系中就产生了全体氏族成员所绝对认可的复仇的义务，复仇也就成为原始人类的一种自助救济行为。

随着生产力的发展和社会的进步，原始复仇分别经历了血族复仇、血亲复仇、同态复

① 邱兴隆：《刑罚的哲理与法理》，34 页，北京，法律出版社，2003。

② 瞿同祖：《瞿同祖法学论著集》，75 页，北京，中国政法大学出版社，1998。

③ 参见瞿同祖：《瞿同祖法学论著集》，83 页，北京，中国政法大学出版社，1998。

④ 《马克思恩格斯选集》，2 版，第 4 卷，85 页，北京，人民出版社，1995。

⑤ 樊凤林：《刑罚通论》，52 页，北京，中国政法大学出版社，1994。

⑥ 周密：《中国刑法史》，18 页，北京，群众出版社，1985。

⑦ 《马克思恩格斯选集》，2 版，第 4 卷，95 页，北京，人民出版社，1995。

仇和交纳赎罪金几个阶段。但是，

无论是血族复仇、血亲复仇、同态复仇还是交纳赎罪金，它们都表现出人类求得公平、讨回公道的正义本能和作为恶害行为的公正报应的基本要求。刑罚的报应功能是刑罚存在的原动力，是一种最原始、最基本的本能情感。^①

复仇之风，初皆起于部落之相报，虽非天下为公之义，犹有亲亲之道存焉。^②

原始社会的复仇基本经历了三个阶段，首先是以氏族为单位的血族复仇，如果在不同的氏族部落间发生冲突，则用战争来解决。当本氏族成员被外族人杀害时，全氏族成员都必须为其复仇，此即“血族复仇”的习惯。其次是以家庭为单位的血亲复仇，最后是以报复手段与损害相对应的同态复仇。在氏族制度上建立了国家以后，刑罚权产生，并代替了同态报复。

1. 血亲复仇

血亲复仇，它是人类解决冲突、寻求冲突的利益或权利补偿的原始形式，其本质是受到伤害的一方凭借一定的暴力手段，使自己的某种利益得以实现或补偿，并使对方得到制裁和惩罚。应该说，就复仇是对侵害行为的一种报复而言，它具有一定的正当性，但复仇又是漫无节制的。

一般认为，血亲复仇来源于血族复仇，血族复仇是古代复仇的最初形态，表现为被害者氏族的全体成员共同对侵害者所属的氏族成员实行复仇。这种复仇毫无程度上的限制，往往引起氏族间的不停征战，复仇循环不止，更有甚者可能导致整个氏族的毁灭。伴随着生产力的进一步发展，婚姻家庭关系逐步确立和稳定，进而取代了以氏族为单位的生产生活方式，氏族成员之间的集体观念逐步淡漠，以血缘为纽带的家庭关系也变得逐步重要起来，反映在复仇观念上，便是血亲复仇的产生。血亲复仇是继血族复仇之后的一种古代复仇形态。血亲复仇是原始社会的一种非常普遍的社会现象。这种报复常常表现为一种血腥的大规模的原始战争，具有集体性、野蛮性和残酷性的特点。大量历史资料证明，世界各民族处于氏族社会这一历史时期时都曾经经历过血亲复仇，并且带有一定的相似性。并且，血亲复仇的观念也影响了后世的道德观念和刑法理念。

与血族复仇不同，血亲复仇不再是全氏族的事，而是转归于被害者近亲属的责任，这种复仇形态将复仇的责任主体由整个氏族转缩小为被害者的家庭成员，这无疑是历史的一个巨大进步，这种变化的出现是与原始社会以血缘为中心的家庭关系的产生紧密相连的。无论是血族复仇，还是血亲复仇，都是以一定的血缘关系为单位进行的一种复仇，在复仇的程度上并没有限定和节制，往往导致死亡的发生，正如恩格斯讲道的：我们今日的死刑，只是这种复仇的文明形式。另外，从报复的对象上来看，往往并不仅仅针对施害者本人，还有可能是与施害者有血缘关系的氏族或者是家庭。二者之间的区别只是血亲复仇的范围要比血族复仇的范围要窄，即从氏族缩小到了家庭，二者之间的差异只是量上的差异，与后来的同态复仇有着本质的区别。

这种原始的复仇观念在今天看来是难以接受的。但是，却是当时的历史条件所决定的

① 钟安惠：《西方刑罚功能论》，12页，北京，中国方正出版社，2001。

② 吕思勉：《吕思勉读史札记》，382页，上海，上海古籍出版社，1982。

必然现象。在人类产生以后的原始社会,人们的活动从来是表现为一种群体的活动,劳作、休息、争斗。究其根本,是由于生产力的落后导致的个体无法脱离群体而生存,离开了群体便意味着死亡。这种群体就是以血缘关系为纽带而连接起来的氏族。“各个氏族或部落有自己的宗教仪式,共同的墓地,生产资料公有,族员地位平等,群体生死共存,每个氏族或部落自己选举领袖,遵守共同的传统和习俗。可见,在这样的社会结构中,人的生存不是靠个体,而是靠同一血缘的氏族成员的共同努力来保证亲族的同类个体的生存,同时也保证了氏族的存在,个体与群体达到了最大限度的融合。”^①对于个人而言,离开了群体是没有安全可言的,个人安全依靠他的氏族来保护。个体与群体的利益是一致的,氏族成员在保护氏族时就是保护了自己,而氏族在保护氏族成员时也就是保护了氏族自身。因此,当氏族或部落中某一个成员受到外族人伤害时,这势必危害到氏族的利益以及其他氏族成员的利益,就会被视为对整个氏族或部落的伤害,这必然引起整个氏族群体感到被侮辱与侵犯,而将这种愤怒发泄到侵害人或者其所属的氏族。因此,在复仇中,就将报复行为施于对方氏族的所有成员。这样,血亲复仇作为一种原始习惯便被固定和沿袭下来。

2. 同态复仇

同态复仇是原始社会的一种复仇形态,是受害人对于造成其伤害的施害人给予同等程度的伤害作为惩罚,以命抵命,以伤抵伤,也就是我们通常所讲的“以眼还眼、以牙还牙”。为了限制血亲复仇造成的“恶的无限性”,同态复仇应运而生。血亲复仇与同态复仇虽同为复仇,却已有了质的不同。血亲复仇具有强烈的主观性,同态复仇则具有了一定的客观性,尽管它没有完全脱离感性的控制,但是已经表现出了一种谨慎的理性,在复仇的后果上已有所节制。强调恶有恶报的因果报应,已具有一种原始的公正。尽管如此,由于受到当时生产力发展水平的限制,同态复仇作为矫正正义的形式仍然具有狭隘性。但是,正是这种复仇观念的变化,为后世的刑罚奠定了理论基础,经过后世的改造、发展,成为今天刑罚制度的胚胎。

在原始社会发展的后期,伴随着私有制的出现,由于血缘家庭关系日趋紧密,氏族制度便变得松散起来,相应的,氏族之间的排斥心理逐渐减弱,人们的生产生活由以氏族为单位转向以家庭为单位,氏族制度逐步瓦解。受此影响,一方面,氏族成员已经不再把氏族的利益放在至高无上的地位,而是将自身的利益放在了首位,于是,“民有所利,则有争心”。对氏族成员的侵害便不再被认为是对整个氏族的侵害与侮辱,而是一件与己无关的事情;另一方面,由于氏族成员变得涣散,整个氏族的战斗力也相应地下降,氏族已经无力向氏族成员提供保护。因此,在复仇对象上,由侵害者所在的氏族演变成了侵害者本人;复仇的主体由受害者所在的氏族演变为受害者的家庭成员,甚至是受害者本人。因此,当氏族成员遭到外来伤害时,侵害者所在的氏族则交出侵害人,由受害者的家庭成员或者受害者执行复仇。

而且,“由于生产力的进一步发展,劳动力的价值日显重要,以杀戮为唯一形式的血亲报复也成为生产力发展的阻碍,从而逐渐让位于报复的手段与损害的形态相对称的同态复仇”^②。在原始社会的后期,由于生产力的发展,对劳动力的需求也越来越多。再加之由狩

① 贺建平:《氏族社会与血亲复仇》,载《贵州社会科学》,1995(4)。

② 邱兴隆:《刑罚的哲理与法理》,36页,北京,法律出版社,2003。

猎采集等生产方式向以耕作为主的农业生产方式的转变,以种植业为主的劳动方式需要大量的劳动力,而由于受到当时生存条件的限制,人类的生存率低,死亡率高,并且人均寿命较短,因此,劳动力的价值凸显。这便与生产力的发展形成了矛盾。反映在复仇制度上,为了保留劳动力,人们便不再一概地以处死作为复仇的形式,而是有所区别,这也在一定程度上促进了同态复仇制度的产生。

在社会发展的任何时期,都有一套维持社会秩序的方法,也只有这样,社会才可以正常地向前发展。在有国家的社会,国家可以通过法律对侵害行为进行处罚与制裁,即由国家承担该责任。但是,在原始社会,没有国家,亦没有法律,但这并不表明没有维护社会秩序的手段。在原始社会,民智未开,人们认识自然的能力有限,只能局限于表面,对于许多自然现象无力解释其本质,生存在一种蒙昧与混沌的状态之中。对于难以解答及控制的自然现象便理解为神的意志,将自然界的现象理解为神意的体现,由此便产生了一套以“天命论”为基础的宗教迷信以及图腾崇拜活动。对于风雨雷电等自然现象以及洪水、地震等自然灾害造成的损害认为是神对人类的报应,是一种“天讨”、“天罚”。因此,产生了一种原始的、朴素的因果报应观念。在这种观念的主导下,对人与人之间的伤害便产生了有害必罚的思想。因此,在没有国家的原始社会,对于侵害行为进行惩罚的责任便落在了受害者身上。而这种报复便被认为是一种天经地义。因此,“对其犯罪的认识也只限于对其形诸于外的损害结果、表现形式等外在的特征的简单反映,而对犯罪动机、意识、意志及其对犯罪的形成的相对决定作用却难于认识。正是如此,对犯罪的评价才仅仅以其损害结果为基点,行为被视为导致损害的唯一作用力。”^① 损害结果的相当性便成为原始人类进行同态复仇的认识基础。从当时人类的认识水平来看,尚不能判断影响罪行关系的其他因素,例如人的精神状况、年龄、心理状态等等。因此,这便在原始人的思想观念中形成了一种简单的、朴素的正义与平等的观念。对于自己所受到的侵害予以相同程度的报复是公平的、正义的。在当时以私力救济为主的社会,这种观念和方式的产生是必然的。

虽然在今天看来,同态复仇并不符合文明社会的要求,但是,就当时的社会来讲,这已经比血亲复仇有了明显的进步和质的变化。与血亲复仇相比,这种进步表现在两个方面:一方面是复仇程度的变化,同态复仇强调报复的对等性,具有一定的客观性,而血亲复仇则强调复仇的无限性,具有很强的主观性;另一方面是复仇主体的变化,同态复仇的复仇主体是受害人自己及其家庭成员,而血亲复仇的复仇主体是受害人所属的氏族。

在此以后的社会形态中,尤其是紧接其后的奴隶社会,同态复仇制度在各国法律中的反映屡见不鲜。古巴比伦《汉谟拉比法典》和古罗马《十二铜表法》均有反映。但只有在等级相同的人之间适用,有明显的阶级性。

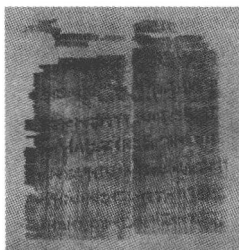
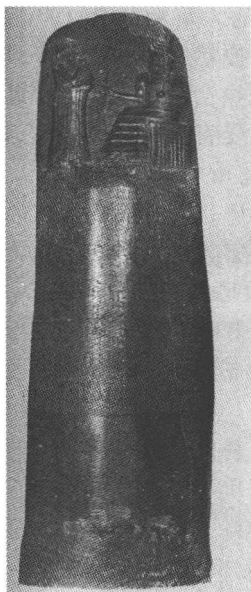
例如,《汉谟拉比法典》第一百九十六条规定:

倘自由民损毁任何自由民之眼,则应毁其眼。

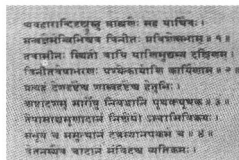
第一百九十七条规定:

倘彼折断自由民之骨,则应折其骨。

^① 邱兴隆:《刑罚的哲理与法理》,36页,北京,法律出版社,2003。



公元前25世纪的埃及审判记录



《摩奴法典》印度于约公元前2世纪~公元2世纪编成

《汉谟拉比法典》

公元前18世纪

巴比伦王国石柱法

古巴比伦石柱法、古埃及法与古印度法

《十二铜表法》第八表第二条规定：

如果故意伤人肢体，而又未与受害者和解者，则他本身亦应遭受同样的伤害。

三、复仇的法哲学意义

在研究原始社会的复仇问题时，我们不能用今天的标准去评判它，否则我们得出的结论就是野蛮与残忍。随着国家的建立、法律的设立，国家公权力在保护人的权益方面发挥了重要的作用，从而使得复仇制度逐渐淡出历史的舞台。但是，无可否认的是，原始社会的复仇制度为后世刑罚的发展奠定了制度与观念的基础，成为刑罚发展的渊源，虽几经变迁，仍然可以追寻到复仇的踪影。复仇所针对的是一种伤害，是对该种伤害所采取的一种带有敌意的回复性伤害，是一种对于侵害者的惩罚。而这正是刑罚的内在属性。从现代法律理论的视角来看，公平正义是法的终极追求目标，是一种理想的状态，而复仇制度也体现了一种原始的公平正义观念。因此，不能将原始社会的复仇制度与后世的刑罚割裂地看待，二者之间存在着内在的联系，而这种联系便使得复仇的法哲学意义凸现出来。

刑罚的重要功能之一就是惩罚犯罪行为，这是伴随着刑罚发展始终的，即使是在原始社会的复仇制度中，也隐含着惩罚的意义。惩罚与刑罚具有密不可分的关系，没有惩罚，也就无所谓刑罚。从本质上讲，刑罚是通过对于犯罪人的某种权益进行剥夺，从而使其承担一定的痛苦，这种痛苦包括生理上的和心理上的，从而实现刑罚的功能。如果说，所采取的刑罚措施没有带来这种痛苦，那么，这种刑罚则是没有意义的，或者不能称之为刑罚。从刑罚的形式上来看，包括生命刑、自由刑、财产刑以及资格刑。其中任意一项权益的丧失，都会带来痛苦，只是痛苦的程度不同。

刑罚在给犯罪人带来这种痛苦的同时，对于受害人来讲，则是一种抚慰和补偿的功能。