

中國刑法通史

第二分冊

第二分冊

责任编辑 万 全

尹良培

封面设计 安今生

封面题字 沈延毅

责任校对 寿 异

中 国 刑 法 通 史

李光灿 主编

第二分册

宁汉林 著

辽宁大学出版社出版

(沈阳市崇山西路3段4号)

辽宁省新华书店发行

丹 东 印 刷 厂 印 刷

开本: 850×1168 1/32 印张: 17.5

字数: 410千 插页: 2 印数: 1—3,000

1986年8月第1版

1986年8月第1次印刷

统一书号: 6429·018

定价: 5.50元

第二分册序言

对先秦时期刑法史的研究，还是一个有待开垦的处女地。秦始皇焚书之后，西汉儒学家对先秦以前的典籍，进行过整理。他们所作的“疏议”中有相当一部分是望文生义的解释。清代考据学者，只是考证有关典籍的真伪，在义理方面并未作什么探讨。民国时期的学者，也多沿用汉儒的解释，在学术上没有多大进展。

精通现代刑法学的蔡枢衡教授，对于文字学、声韵学和训诂学也有很深的造诣。一九五二年后，他对西周以前的刑法史，进行了潜心的研究，写了《中国刑法史》，并对《尚书》中的《洪范》、《吕刑》进行了新的解释。我在研究先秦时期刑法史时，遇有疑难问题，即向蔡先生请教。他的教诲，至今言犹在耳。当时我曾对蔡先生说：“我编写中国刑法史，将以先生的结论为基础”。他说：“学术研究事业是社会接力赛跑，前人的研究成果不能为后人研究提供基础，就失去其学术价值”。我对《尚书》中的《洪范》和《吕刑》所作的有关解释，就是以蔡先生的研究成果为基础的。因蔡先生已经逝世，研究中如有错误，应由我自己负责。

蔡先生对《尚书》中《洪范》、《吕刑》的考证，作出了自己的贡献，确实是开拓先秦时期刑法史这块处女地的先行者。我步先生后尘，对《尚书》中其他刑法史料和《周礼》中刑法史料，进行新的探索，颇觉志大才疏，力不从心。然而，

能够在这方面有所探新，也是先生教诲的结果。

研究西周以前的刑法史，只能以《尚书》和《周礼》为根据；研究春秋战国时期的刑法史，只能以《左传》、《战国策》以及《史记》中有关刑法史料为根据；研究秦王朝的刑法史，只能以《睡虎地秦墓竹简》和《史记》中有关刑法史料为根据。春秋战国时期，是我国社会历史急剧变化的时期。社会发展究竟往何处去，成为当时各个学派争论的中心。学说是在争论中发展的。在大争论中确实出现了不少可资借鉴的法律思想与法学理论。在刑法方面的争论中，以儒法两家为主。因此，分别探讨管仲、子产、叔向、孔丘、孟轲、商鞅、荀况、韩非等人的刑法思想，对研究我国古代刑法思想是十分重要的。

先秦时期，是我国奴隶制发生、发展、衰亡和封建制兴起时期。依据历史发展规律来探讨刑法制度和刑法原则的发生、发展和演变，对当前我国民主法制建设，都具有借鉴的意义。然而，我的初步研究，只是一种尝试。不足之处，尚有待于今后继续学习、研究和探讨。

本卷成书仓促，又受理论水平和专业水平的限制，错误是难免的，希望得到来自各方面的批评、指正。

宁汉林

一九八五年十月

目 录

第一章 序言	(1)
第一节 先秦时期刑法史研究的科学根据.....	(1)
第二节 先秦时期刑法史研究的历史分段.....	(8)
第三节 先秦刑法史产生的社会历史 条件及其特点.....	(16)
第四节 先秦刑法史研究的对象和内容.....	(21)
第二章 中国刑法的起源	(27)
第一节 中国国家的起源.....	(27)
第二节 中国原始社会的纪律是中国古代 刑法的最初渊源.....	(36)
第三节 犯罪的起源.....	(44)
第四节 刑罚的起源.....	(54)
第五节 先秦时期刑法名称的演变.....	(65)
第六节 刑事审判中罪与刑的关系.....	(75)
第三章 夏时期的刑法	(84)
第一节 概说.....	(84)
第二节 《洪范》是夏代的刑法.....	(102)
第三节 夏王朝的特别刑事法律.....	(160)
第四节 《洪范》在刑法通史中的地位.....	(166)
第五章 殷商时期的刑法	(173)
第一节 概说.....	(173)

第二节	殷商时期的“官刑”	(182)
第三节	殷商时期的特殊刑事法律	(188)
第五章	西周时期的刑法	(194)
第一节	概说	(194)
第二节	《周礼》中的西周刑法	(205)
第三节	《尚书》中的西周刑法	(251)
第四节	西周初期刑法在我国刑法史中 的地位	(279)
第六章	西周中后期的刑法	(285)
第一节	概说	(285)
第二节	罪刑的起源	(290)
第三节	上古时期刑事立法梗概	(304)
第四节	上古时期适用刑罚的一般原则	(316)
第五节	《吕刑》的制定和实施	(323)
第六节	《吕刑》的刑法制度和刑法原则	(327)
第七节	《尚书·吕刑》在我国刑法史 中的地位及其影响	(356)
第七章	春秋时期的刑法和刑法思想	(364)
第一节	概说	(364)
第二节	春秋时期的刑法史	(370)
第三节	管仲的刑法思想	(384)
第四节	子产的刑法思想	(401)
第五节	叔向的刑法思想	(404)
第六节	孔丘的刑法思想	(409)
第七节	春秋时期刑法在刑法史中的地位	(416)
第八章	战国时期的刑法	(418)
第一节	概说	(418)

第二节	战国时期各诸侯国的刑法·····	(423)
第三节	孟轲的刑法思想·····	(437)
第四节	商鞅的刑法思想·····	(441)
第五节	荀况的刑法思想·····	(458)
第六节	韩非的刑法思想·····	(474)
第七节	战国时期各家刑法思想的影响·····	(494)
第九章	秦王朝的刑法·····	(498)
第一节	概说·····	(498)
第二节	《秦墓竹简》中秦王朝的刑法·····	(500)
第三节	《史记·秦本纪》、《史记·秦始皇本纪》中的刑法·····	(536)
第四节	秦律在刑法史中的地位·····	(548)

第一章 序 言

第一节 先秦时期刑法史研究的科学根据

先秦时期的刑法史，是指秦王朝覆灭以前这段历史时期刑法的发展历史。而先秦以前的历史，经历了由无阶级的原始公社时期过渡到奴隶社会的过渡时期，奴隶社会的全过程，由奴隶社会过渡到封建社会的过渡时期和封建社会完成等不同的历史阶段。而刑法也和整个法律一样，是随着社会生产和交换的发展并从而必然导致私有制的出现而出现的。

研究先秦刑法史的科学根据，是马克思主义关于法律本质、起源的科学理论和中国从原始无阶级社会到奴隶制、封建制阶级社会发展的历史资料。经过系统深入地研究把这两者结合起来，就可以使先秦刑法史的研究变成先秦刑法历史科学。

关于马克思、恩格斯对法律本质和起源的论述，这里只援引两处：

一八四八年《共产党宣言》对资产阶级的法作了如下的揭示：

“你们的观念本身是资产阶级的生产关系和所有制关系的产物，正象你们的法不过是被奉为法律的你们这个阶级的意志一样，而这种意志的内容是由你们这个阶级的物质生活条件来

决定的。”^①

把握这段话的精神实质，用科学抽象方法对法律作一个概括，便成为：法律是由国家制定或认可，体现统治阶级意志，以国家强制力来保证其实施的行为规则的总和。这种意志的内容由统治阶级的物质生活条件所决定，并上升为国家的意志。

显然，这是从揭示资产阶级法律本质所得出的关于法律社会阶级本质的科学概括和经典立论。

过了二十五年即一八七三年恩格斯在《论住宅问题》中，对法律的社会共同属性又作了如下表述：

“在社会发展某个很早的阶段，产生了这样的一种需要：把每天重复着的生产、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，后来便成了法律。随着法律的产生，就必然产生出以维护法律为职责的机关——公共权力，即国家。”^②

显然，这是从法律的产生、发展、消亡的历史过程的总结中所得出的关于法律的又一属性——社会共同属性的科学概括和经典立论。

恩格斯这段名言揭示了从法律的社会共同属性来看，则是先有法律（即从生产、分配和交换行为中体现出来的规则），随着才有国家的。

上述两个引证表明：作为社会阶级本质的法律，是和国家同时出现的。作为社会共同属性的法律，是先于国家而出现的。法律从阶级社会出现以后到将来共产主义社会实现以前的长过程中，就是社会阶级本质和社会共同属性这样具有两重社会属性的矛盾统一体，这是法律的本来面目。只有这样的理

①《马克思恩格斯选集》第一卷，第268页。

②《马克思恩格斯选集》第二卷，第538页。

解，才是系统的完整的正确的理解。只有按照这样的理解去研究先秦刑法史关于法律的两重性质和法律的起源问题，才能给我们的研究事业奠定科学的基础。

我国先秦刑法史的法学研究者，对于涉及刑法起源而联系到先秦刑法史的起点问题，见解是分歧的。有的主张以商（殷）代作为起点，有的主张以夏代作为起点。这都是按照“夏代或商代是奴隶社会因此有了阶级和国家之后才有刑法”的传统观点的立论。

我国著名的刑法学者蔡枢衡先生，却主张从“五帝”时期开始作为研究先秦刑法史的起点。这个立论是正确的和赋有新意的。尽管蔡先生当时并不一定熟悉上述马、恩两段引证的内容和精神实质，但由于他本着实事求是的态度，正确对待关于我国刑法起源的实际资料，因此便自发地符合马克思主义法律观的基本要求，并且作出了马克思主义关于刑法起源的正确论断。

蔡枢衡先生正是在他所著《中国刑法史》一书中，清楚的论证了把“五帝”时期作为研究中国刑法史的起点。蔡枢衡先生以《尚书》为根据，运用训诂学、声韵学、文字学对我国古代社会进行了剖析，按照古代社会出现的所有制的形态，认为“五帝”时期不但出现了国家，而且也有了刑法，因而以“五帝”时期作为研究先秦时期刑法史的起点。蔡枢衡先生积三十多年的潜心研究，以摩尔根的《古代社会》为借鉴，得出这一结论，是有他独创见解的。

然而，也有主张以夏代作为先秦时期中国法制史或者中国刑法史的起点的，其主要根据是：在夏禹以前的君主是禅让制，不是世袭制，以此推断在夏禹以前没有出现私有制和象征私有制的世袭制，而是象征公有制的禅让制，因而没有形成以私有制为经济基础的奴隶主国家，因而也就不会出现具有国家

强制力的法律。基于此，他们便以夏禹时期作为研究先秦刑法史的起点。应当承认：由原始公社的公有制转变为奴隶社会的私有制，确实有一个长期演变的过程，尽管依据史书的记载，也不能以此为根据，来推论在夏禹时期以君主世袭制代替君主禅让制，就是私有制的唯一标志。根据恩格斯在《论住宅问题》中的观点，在君主禅让制时期，随着生产、分配、交换关系的发展，也会出现私有制，出现法律和国家。雅典在建立国家后，实行奴隶主贵族共和制，难道能够以此否定雅典没有出现私有制以及奴隶主国家吗？由此可见，那种以君主世袭制为根据，来确定研究先秦刑法史应当以夏禹时期为起点，既缺乏足够的史料，也不符合马克思主义法律思想。

还有，依据河南殷墟出土的历史文物，特别是对甲骨文的考证，来确定我国从殷商时期才进入奴隶社会，因而以殷商时期作为研究先秦时期刑法史的起点。然而，从出土的甲骨文进行考察，从文字的形状和寓意来看，确实发展到相当高的水平，现代的汉字有很多是从甲骨文字演变而来的，其中有的汉字还保留甲骨文字的痕迹。应当指出，已经发掘的甲骨文字达一千七百多个，这就充分证明当时的文化确实发展到相当高的水平。文化发展到这样高的水平，是长期积累的结果。当文字由钟鼎文发展为大篆，由大篆发展为小篆，由小篆发展为隶书，都经过了长时期的发展过程（由没有文字发展为有文字，并逐步形成甲骨文字，需要经过几千年的时间）。只是由于这些文字埋在地下没有发现，或者虽已发掘，因其历史悠久，也无法辨认。但是可以肯定，中国的文字在甲骨文字前，就有一个较长的发展过程，因此，不能依据甲骨文字所反映的社会情况，确定在殷商时期才出现了国家并有了刑法，不能以殷商时期作为研究先秦时期刑法史的起点。

然而，究竟应当如何确定先秦刑法史的起点呢？众所周知：人类社会的形成，确实有一个漫长的历史过程。当人类社会出现原始氏族社会时，都是按血缘关系形成一定的部落。在这样的部落中，最初是母系社会。随着生产力的发展，当一个男子凭借自己的劳动能够维持一个家庭的生活时，就形成男女的社会分工，由母系氏族社会进入到父系氏族社会，出现了家庭。从此以后，一个部落由此分成若干个小家庭。而在这个部落中由一个酋长率领。部落的酋长，是由部落的成员选举产生，是这个部落的领袖，对内组织生产，管理生活，对外负责指挥部落成员防止外来部落的侵略，与此同时，并扩张本部落的势力，侵占其他部落的领地，抢劫其他部落的人口和财物。由于部落之间互相吞并，在特定地区之间，逐步由其中一个较大的部落成为盟主，其他较小的部落依附于这一较大的部落。

依据中国史料所记载的上古传说，在黄帝时期，占据黄河流域上游的是以黄帝为首的部落，占据黄河下游的是以蚩尤为首的部落。蚩尤作五刑，以虐万民。这里所讲的五刑的五字，应当是×字，×与芟相通，犹如农民除掉杂草以保护禾苗成长一样，以刑罚惩治那些犯罪的人，也就是说以刑罚治理所属部落的成员。依据这一传说，可以推断在黄帝时期，以蚩尤为酋长的苗部落是比以黄帝为盟主的诸部落要先进一些。因此，黄帝率领其部落并联合黄河上游其他的部落攻打蚩尤的部落。在涿鹿一战中，击败了蚩尤，并将蚩尤的部落驱至南方。现在散居在川、湘、云、贵等省的苗族可能是蚩尤部落的后裔。涿鹿之战后，以黄帝为酋长的诸部落占据黄河流域，黄帝就成为黄河流域诸部落的共主。

在中国古代社会发展到黄帝时期，从生产工具来考察，正是由新石器时期向青铜器时期过渡，至殷商时期，完成了这种

过渡。生产工具进入到新石器时期，和旧石器时期相比，有了很大程度的提高，人类由狩猎或者采拾野生植物逐步过渡到畜牧或者耕种，作为取得生活资料的主要手段。由于在取得生活资料方面有这样重大的变化，人与人的关系相应地发生很大的变化。由原始公社的平等关系逐步转变成为两大对立的阶级关系，即奴隶主阶级和奴隶阶级的关系。这两大阶级的形成，主要是由于社会生产、分配、交换的发展，使原始公社氏族的解体，即其中有一部分人在经济生活方面逐渐上升为富裕阶层，而另一部分人需要向富裕阶层的人乞借度日，因而逐步形成对富裕阶层的依附关系，沦为奴隶，而富裕阶层的人，就逐渐上升为奴隶主。在部落与部落之间的战争所俘虏的战俘，只是作为奴隶的一个来源，奴隶最主要的来源，却是原始公社氏族社会内部的分化。在原始公社氏族中，一部分人基于饥饿而沦为富裕阶层的奴隶。原始公社氏族的解体，只是在以黄帝为首长的部落战胜以蚩尤为首长的部落，占领黄河流域，成为黄河流域诸部落的共主后，各个部落形成了对土地的依附关系，逐步完成由原始公社到奴隶社会的过渡。黄帝时期应当作为完成这种过渡的标志。

然而在黄帝时期，只是具有国家的雏形，黄帝只是黄河流域中下游各部落的共主，而各个部落却保留独立的自主权。据《左传》哀公七年记载：“禹合诸侯于涂山，执玉帛者万国。”这说明在夏禹时期，经过长时期的吞并，还有众多的部落，而在黄帝时期，则部落更多一些。如果认为黄帝时期我国就成为一个统一的国家，这是与历史事实不符合的。应当承认，在黄帝时期，只是以黄帝作为共主，调整各个部落之间的关系，包含着国家的因素，可以认为是国家的起源，而不是作为一个完整的中央集权的国家形式。而各个部落，即《尚书》

所称的“邦国”。在各个部落所统辖的“邦国”内，不仅有属于阶级的武装力量，而且有维护奴隶主阶级的法律和刑法。

在一个部落中，有协助酋长的“尹”和“巫”。在酋长的领导下，“尹”处理部落的狱讼案件，而“巫”处理有关外部落入侵的事物。《尚书·舜典》记载：“蛮夷猾夏，寇贼奸宄”。

“蛮夷猾夏”，是指外部落的入侵。对于入侵的外部落，究竟应如何处刑，由“巫”决断。《汉书·刑法志》所讲的“大刑用甲兵，其次用斧钺”，这是指在外部落以刀兵相侵时，就以兵车征讨，这是属于最大的刑罚。而对于外部落所实施的“寇贼奸宄”的罪行，则加以“斧、钺”的刑罚，即处死的刑罚，然而这是由“巫”来管理的。至于部落内部的犯罪，即所谓“邦民”的犯罪，最重刑为“斧、钺”，其中也包括《汉书·刑法志》所记载的“刀、凿、鞭、扑”等刑罚，是由“尹”来掌握。这就说明部落所形成的“邦国”，既有刑罚，又有适用刑罚的法官。这种“邦国”，具有国家的雏形，是在黄帝时期就已初步形成了的。由此可见，蔡枢衡先生在其所著《中国刑法史》一书中，通过训诂学、文字学和声韵学，对《尚书》及有关古书的考证，证明我国从黄帝时期开始就有了刑法，这一结论是可信的；研究先秦时期的刑法史，从黄帝时期开始，是符合我国古代社会发展规律的。当然，这一推断只是作为研究先秦时期刑法史的起点，至于中国刑法是否起源于黄帝时期或者更早一些，尚有待于进一步掌握马克思主义法律起源论和对地下古代文物的进一步发掘作为佐证。

《尚书》一书是记载我国法律制度最早的一部史书，从唐尧时期开始，至西周穆王时期为止这一时期内有关的法律制度。而在唐尧时期以前有关法律制度问题，从《尧典》、《舜典》、《皋陶谟》和《大禹谟》中可以窥见一斑。因此，在殷

商时期以前的刑法史，应当以《尚书》为根据。以《尚书》作为殷商时期以前刑法史的主要依据，这就涉及《尚书》中所记载的有关刑法史资料是否是信史的问题。应当承认，经过秦末农民起义后，先秦以前所遗留的史籍残存无几。西汉初年，由儒生伏生口述，抢救了一部分史稿，而《尚书》就是由伏生口授记录下来的。然而伏生年过八十，口授不甚清楚，加之记录又有脱漏之处。然而，以古文《尚书》和今文《尚书》互相参证，只是略有出入。以此断定《尚书》所记载的史料是信史，可以作为研究殷周前史的根据。以《周礼》和《礼记》两书和《尚书》互相参证，也可以从刑法制度中窥见其沿革，也足以证明《尚书》所记载的有关刑法史资料是可信的。基于此，依据《尚书》的记载，也应当确定研究先秦时期刑法史的起点是黄帝时期，也是有史料作根据的。

第二节 先秦时期刑法史研究的历史分段

确定研究先秦时期刑法的起点以后，应当进一步探讨先秦时期中国古代这段历史及其刑法史所经历的历史阶段。

先秦时期，经历了由原始公社的氏族社会过渡到奴隶社会的过渡阶段；奴隶社会的全过程；由奴隶社会过渡到封建社会的历史过渡阶段这三个不同的历史阶段。

现在，分别概述如下：

（一）由原始公社氏族社会过渡到奴隶社会的历史过渡阶段

这一历史阶段，从黄帝和蚩尤的涿鹿之战的结束即黄帝所

代表的部落战胜了蚩尤所代表的部落为标志，出现了国家的雏形，作为由原始公社过渡到奴隶社会的起点。然而在此以前，从历史传说来讲，是属于“三皇”时期，而在“三皇”时期内，从生产工具来考察，从旧石器时期逐步过渡到新石器时期。从婚姻关系来考察，是由群婚制逐步过渡到对偶婚制的婚姻制度。作为氏族细胞的家庭逐渐形成。基此，生产资料和生活资料由全氏族公有制逐步向私有制转变。基于这种社会关系的变化，在氏族社会中出现了一些不具有法律性质自我约束的纪律，对于性的侵犯、财物侵犯和人身侵犯给予纪律制裁。然而这种同态复仇是不具有刑罚的性质。黄帝战胜蚩尤后，成为黄河中下游各部落的共主后，就是这种过渡的开始。至夏禹时期，完成了这种过渡，不论是从经济基础还是从上层建筑，建立了完整的奴隶制的国家。孔丘讲过：“殷因于夏礼，周因于殷礼”，这就表明，在夏禹时期，通过对君主禅让制的改革，确定君主世袭制，也就是以所谓“家天下”代替了“公天下”，消除了部落共主的痕迹。

以君主的世袭制代替君主的禅让制，是生产力发展的必然结果。从黄帝时期开始，至夏禹时期为止，由于生产力低下，不论是君主的各部落的共主，还是部落“邦国”的首长，都是“茹辛含苦”，为各部落或者本部落以及本部落的人群组织生产和管理生活。韩非说过，古人轻君主而现世重县宰。这就反映在上古时期作为各部落的共主，即君主，没有韩非所处时期县宰的权威，而其操劳程度则远远超过了县宰，因而不愿意作各个部落的共主。但是到了夏禹时期，在生产工具方面逐步采用了青铜器，生产有了较为明显的提高，君主的权威提高了，物质生活较一般人优厚得更多一些，因而在人们心目中重视君主的地位，所以从夏禹起废除君主禅让制，代之君主世袭

制，这就完成原始公社到奴隶国家的过渡。

（二）奴隶社会的历史阶段（奴隶社会的全过程）

这一历史阶段，是从夏禹开始，经过商和西周时期。这是我国奴隶社会的全过程，而西周时期，是我国奴隶社会的全盛时期。武王伐纣取得胜利后，削弱了地方的部落势力，依据亲属关系及在伐纣时所建立的功绩，分封了屏藩周天子的诸侯，即同性诸侯和异性诸侯，从而建立了以周天子为共主的统一的奴隶制国家，并且废除了殷商时兄死弟继位的继承制度，确定嫡长子继承制度的宗法制度。依据这种宗法制度，王位由嫡长子继承，而嫡庶子及庶子分封为诸侯或者采邑。诸侯和卿大夫都是依据宗法制度形成了周天子为首的全国的奴隶主贵族世袭制的统治。

西周以前的夏、商两个时期，虽然都是奴隶主贵族的统治，据史书所载，也有所谓诸侯国，这些诸侯国，都是由部落形成的，享有完全的自主权，只是对于作为天下共主的夏王朝和殷王朝按时朝觐，参预盟会，他们在这些诸侯国中发展自己力量。孟子讲过：“汤以七十里王天下，文王以百里王天下。”这就说明汤王和文王都是以部落建立的诸侯国，逐步发展其力量，夺取了天下共主的地位，建立了各自的王朝。然而，在周武王伐纣取得胜利后，以武王的家族为中心众建诸侯国而藩屏周天子的天下共主的地位，从而出现了周王朝新的奴隶主贵族代替殷王朝旧的奴隶主贵族的统治。这个新的奴隶主贵族统治比以前的贵族的统治是前进了一步。

西周所建立的奴隶制新王朝，比以前奴隶制所建立的王朝