中國刑法
蔡楨
衡書

中国刑法史

蔡枢衡 著

广西人民出版社

中国刑法史

蔡枢衡　著

☆

广西人民出版社出版

（南宁市河堤路14号）

广西新华书店发行　广西民族印刷厂印刷

*

开本850×1168　1/32　印张7.375　插页2　字数182,000

1983年2月第1版　1983年2月第1次印刷

印　数1—11,700册

书号：6113·4　　定价：0.88元

G06 68 /2

序

开宗明义，需要阐述什么是刑法史？史是史学即历史科学的略词。历史是事物运动、变化和发展的经历或过程。在特定时间内，特定事物的过去和未来间，存在着承续和变化，亦即沿袭和改革。如实地反映事物的运动、变化、发展亦即沿和革的具体过程，从中发现事物历史发展的规律，组成一个完整的理性认识体系，为促进社会历史的发展服务，便是历史科学。

客观实际的历史，反映为主观意识，产生历史科学的观点，本质上是历史唯物主义和辩证唯物主义认识论的表现。古人所谓史，不是指事物本身的发展过程，而是指对于客观过程的认识及其文字记载。引申为职司记载事实的官吏也名史。《说文解字》："史，记事者也。从又持中。中，正也。"就是这种实际的概括和反映。"史"字由"又中"二字组成。毫无疑义，又是手的象形。训中为正，则失造字本意。因为在一方面，中正是不偏不倚，本身无影无形，不能用手执持；在另一方面，持中的中与中正的中并非一字，写法不同。足见"中，正也"三字显属后世好事者所妄增。持中的中，理应与《周礼·秋官·小司寇》的"断庶民讼狱之中"及《周礼·秋官·乡士》、《遂士》、《县士》中"士师受中"的中含义相同，实指简册。所以《说文古籀补》说史字"象手持简形"；《周礼疑义举要》认为中指簿书。《甲骨学文

字编》引王国维在释甲骨史字时，更进一步说明简册所以名中，是由于中乃盛筭（蒜）之具。然而盛筭之具何以名中，仍然是有待解答的疑问。其实，简册所以名中，不在盛简之具名中，而在中是笔（音忡）的省笔。笔是竹名，引申为简名，并省竹作中。所以写法不同于中正的中。手持简册，记载事实，就是史。显然是将史识看成史实了。现存的史料主要是古人的史识，很少是史实。因之了解客观世界的历史，多半需要通过前人的史识。辩证唯物主义认识论认为：只有符合客观实际的史识，才能成为产生历史科学著作的资料。只有符合实际的理性认识，才可成为历史科学。然而，只要符合历史实际，哪怕是史前传说，也有史料价值。还有一点，历史是不断发展的。科学对于客观世界及其历史的认识，理应也是无休止地日新月异。只有欢迎学术创见，不怕学术异端，才是科学的态度。一般存在于特殊之中。如实地认识中国刑法的历史，不论是对于研究中国通史或比较刑法史，都是有益的而不是有害的。

历史科学昭示我们：法制是社会经济基础的上层建筑，归根结柢决定于社会的生产资料所有制。这即是说：每一生产资料所有制，都有自己独特的上层建筑。随着所有制的变革，必然出现上层建筑的变化。法制没有自己独立不羁的历史。中国历史资料表明：自从原始共产主义所有制在神农氏末期开始崩溃以来，旧中国的生产资料所有制，经历了邦人私有制（五帝时代）、邦君私有制（三王时代）、家长私有制（春秋、战国至清末）和法制上的个人私有制（清末以后）等四次变革。反映于上层建筑刑罚史上也经历了五帝时代以死刑为中心的刑罚体系、三王时代以肉刑为中心的刑罚体系、隋唐至清以徒流体罚为中心的刑罚体系和清末以后以自由刑为中心的刑罚体系等四个刑罚体系，确凿地表明了历史唯物主义关于所有制决定上层建筑的真理。

历史科学还告诉我们：所有制的每次变革，都意味着生产力

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

和生产的进一步发展，进一步肯定劳动创造世界的巨大意义，以及进一步认识人的存在的价值。生产资料所有制变更的历史，也就是生产劳动和劳动者的地位不断上升的历史。这种情况，必然影响刑罚。刑罚本是一把双刃剑，既可用来预防犯罪，又可能削弱生产力。每逢改革所有制，既进一步发展生产力，同时也必须重视刑罚所带来的损害。随着知识的增进和人的价值的提高，自然是越来越不能忍受残酷的刑罚。死刑体系的出现和存在，本来是以原始社会氏族对外复仇为历史条件和社会条件的。氏族内部为禁止复仇而开始采用死刑，已经是化消极为积极。死刑体系不可避免地要随历史的发展而为肉刑体系所代替。后来徒、流代替肉刑，自由刑又代替徒、流，显示逐步趋轻的倾向，体现了上层建筑决定于所有制的规律。由此可见：刑罚的历史实是所有制的历史在上层建筑的反映。

刑法是为正确运用刑罚、预防犯罪服务的法规，也是统治者意志和利益的表现。当然，统治者的意志和利益不仅表现为刑法，同时还表现在政治体制、经济和社会制度、安宁秩序以及私人合法利益诸方面。统治者为了维护自己的利益和意志，对于积极违反行为加以禁止；对于消极违反行为则命其依法行事。有人否定这类命令或禁止，便成为犯罪。处罚犯罪，这种否定的否定亦即命令和禁止的再肯定。刑罚的意义和作用在于通过惩罚犯罪来预防再犯，藉以维护和巩固表现统治者意志和利益的政治体制、经济和社会制度、安宁秩序以及保护私人合法利益。先有禁止和命令，然后才有犯罪。有了犯罪，然后才有刑罚。有了刑罚，然后才有刑法。刑法是犯罪概念的属性(犯罪构成要件)、刑罚体系、罪刑联系以及有关运用刑罚的政策方针的具体表现和反映。

随着社会历史的发展，犯罪、刑罚和刑法的总体和局部不断改变各自的形式、内容和本质，形成各自的历史发展过程，不仅

是必然的，而且遵循着质量互变规律转化为自己的对立面，终于出现否定的否定，形成高次的发展，表明历史发展的辩证规律性。刑罚体系的发展有其独自的规律，显然为生产资料所有制所制约。刑法史学的任务，就在了解各个方面、各个问题各自运动、变化和发展的过程，亦即沿和革的具体过程，论证刑法、犯罪和刑罚历史发展的规律性，以便古为今用，为促进刑法及社会历史发展服务。为了便于和盘托出各个问题的历史发展过程及其辩证规律，使之一目了然，本书写作采取横切与纵剖相结合的方法：一方面，按照生产资料所有制的变革，划分刑罚体系历史的发展阶段，同时将全书内容分成若干问题分别叙述，用以探索各自的发展过程和规律性，以避免互相干扰，俾便充分地完成刑法史学的任务。

在历史上，中国刑法史是法制史的重心。除了刑法史的法制史，便觉空洞无物。在今日，中国刑法史仍然是中国法制史中的一种。不论是作为一种法学或史学，法制史一词显然都不是中国固有的，而是从东邻输入的外来语。日语“法制”一词有两方面意义：其一是写定法规或编纂法典。这在资本主义国家就是立法，相当于英语Legislation；另一是法律和法令的概括，相当于英语广义的Law。由于中日两国不仅同文，日本在历史上还曾继承过中国旧律和旧律意识。日语“法制”一词其所以有二义，是袭用汉文字义和旧律意识的结果。了解法制是写定法律，这个制字当是晰的省笔和借字。《集韵·祭韵》：“晰，明也。”《国语·晋语》注：“明，著也。”著是书写。法指法律。日语动词在下面。法晰就是写定法律，引申为编纂法典。在三权分立政制下，这就是立法，所以相当于英语Legislation。由于专制政治只有命令，没有法律。立宪政治则分法令为法律和命令两种。所以专制时代的法规相当于立宪体制下的法律和命令两者的概括。和英语广义的Law含义相同的法制，实际是法律和命令的概括词。

这个法字虽仍指法律，制字却以命令为内容。

概括法律和命令的法制概念，也是历史发展的产物。但和法制一词的最古含义几乎全不相干。《礼记·月令》："孟秋之月，命有司，修法制"（《吕氏春秋·月令》同）。这就是历史上关于法制唯一的记述。然在《管子·法法》篇中，已有法制概念。显然法制概念并非创自秦代，实有更古的渊源，只是不知起于何时。所可断言的是：法、制二字都是假借字。法（音度）、伐（音吠）音近，法借为伐。伐者攻也，击也。《管子·心术》："杀戮禁诛之谓法"，就是借法为伐的一例。制（音志）、筴（志舌二音）同音，制借为筴。筴是竹名，引申为筴竹简条也名筴，省作折，或借用制。法制实是伐筴，亦即处罚犯罪的简记或竹书，实际相当于后世判决的主文。这种简记，对于裁判以后发生的同类案件具有先例作用。在每年秋天开始裁判犯罪案件前，先将判例整理一番，可使裁判的进行更加顺利和正确。因此每年都要修订一次法制。只有判例需要年年整理。所以古义的法制就是判例。

以判例为内容的法制实和法度同义。《史记·秦始皇本纪》："端平法度。"又："一法度。"《说文解字》："度，法制也。"足见法制在秦代名法度。《说文解字》以法制训法度，足见法制概念古于法度。法度的法，和法制的法同样是伐的借字。度当是篧的省笔和借字。篧是竹名，引申为篧竹制简也名篧，省作度。秦代的判决主文用篧竹简书写，所以判例不名法制，而名法度。由此可见，制和度的古义都是竹书判词。传统的文史术语中所谓典章制度的典章指法令条文，制度指判决先例。条文和判例原是三代刑法的两种表现形式，就是《尚书·洪范》所谓"彝伦攸叙"的彝和伦，《吕刑》所谓"有伦有要"的伦和要。

以判词为内容的法制，又和古义的法律语异意同。《管子·七

臣七主》："法者，所以兴功惧暴也；律者，所以定分止争也；令者，所以令人知事也；法律政令者，吏民规轨绳墨也。"在法、伐二字中，具有兴功惧暴作用的是伐，即处罚，而决不是法。法是伐的借字。《盐铁论·诏圣》："法者，刑罚也，所以禁强暴也。"法也是伐的借字。律是篳的省笔。篳是筚的别体。筚是竹名，因亦简名。但非记载法条，而是记载判例。因为记载刑法条文的简册名为律，创始于战国。先是赵制国律，后来商鞅又制秦律。足见《管子》所谓律，非指记载刑法条文的简册。这是一方面。在另一方面，《尚书·吕刑》："刑罚世轻世重"，"惟齐非齐，有伦有要。"意思是说：由于犯罪形势时缓时紧，处罚因而时轻时重，所以处刑的准则，不是古老的刑法条文，而是当时有效的先例。可见《管子》所谓律，也决不是条文而是判例。伐篳就是处刑判决书，亦即裁判先例。由此可见，法制在春秋时代名法律；可见法制、法度和法律，词异而古义相同。

但是同时，法字又借为废。因之废字的含义渐成法字的含义。《国语·郑语》注："废，禁也。"废是禁止，所以法也意味着禁止。《后汉书·虞诩传》："法禁者，俗之堤防。"法禁连成一词，就是法以禁止为含义的一种表现。这是一方面。在另一方面，又因法、逼双声，逼变为法。《释名·释典艺》："法，逼也。人莫不欲从其志，逼正使有所限也。"《左传·襄公二年》注："逼，夺其权势。"《尔雅·释言》："逼，迫也。"夺其权势而又加以逼迫，自然就是强制服从，亦即命其采取一定行动。一方面是禁止，另一方面是命令，法字含义，从此包括命令和禁止两方面。于是凡以禁止或命令为内容的一切规章都是法。《管子·七法》："尺寸也，绳墨也，规矩也，衡石也，斗斛也，角量也，谓之法"。就是这种意识的表现。从此法是社会生活准则的总称，亦即统治者的意志一般的和概括的表现形式。至于统治者意志个别的具体的表现则名为制。《史记·秦始皇本纪》载

称：秦始皇规定皇帝的“命为制，令为诏。”蔡邕《独断》也说：汉天子“言曰制诏。”制是诏的内容；诏是制的形式。在秦、汉以后，法制已不再是判例，而是统治者一般意志的表现和特殊意志的表现二者的概括词，显与英语Law and order相当。法和制都是专制君王的意旨，所以法制又和拉丁语Lex的含义相当。日本明治维新，采用议会体制，将一切成文法规分为法律和命令二种：凡经议会通过，并由政府公布施行的法规名为法律；未经议会通过，仅由政府公布施行的法规名为命令。因此，法制成了法律和命令的概括词，相当于英语的广义Law。日语所谓法制史，实际是指法律和命令二者的历史。

据以了解历史发展具体情况和规律的史料，主要是指文字记载，包括具有科学意义的史前传说的记载。考古学上的成就还不够多，只能起到补充作用。解读文字记载的方法，基本上是望文生义，有时辅以考据。解读《尚书》的方法则与此相反。这是由于现传《尚书》既不是作者原稿的印刷，也不是从原著抄写而来，并且不是什么史册的转抄，而是一种听讲笔记，所用文字形和义都不正确的缘故。换句话说：原来的《尚书》本是由作者参照古史记载，用蝌蚪文字写成，后世称为《古文尚书》。但到汉代，这种《尚书》已经失传。现传《尚书》是由汉文帝时济南伏生口诵，伏女转传，晁错耳听手记，用古隶写成，后世称为《今文尚书》。后虽发现孔壁《古文尚书》，但因当时无人能识蝌蚪文字，无从据以校订《今文尚书》。《今文尚书》传到唐代，各种版本歧异文字已达七百以上。经过卫包整理，又改古隶为今隶（《汉书·艺文志、伏生传、孔安国传》、《唐书·经籍志》、《尚书·序》、《汉书艺文志考证》）。由此可见：《今文尚书》不仅字形不能保证和《古文尚书》相同，连字体也经一再改变，只有字音存在联系。然而同音异形文字甚多，形异则义亦随之不同。望文生义的解读方法，实际是据字形以求文义。《今文尚书》

字形既不可靠，便丧失了使用望文生义方法解读的根据。所以，望文生义解读方法不适用于《尚书》。必欲勉强使用，不可避免地要和传统的《尚书注疏》同样陷于主观上是阐明文义而客观上却是掩盖真义的苦境。康有为的“托古改制”说（否认《尚书》内容的真实性，认为《尚书》内容是孔子为改制而伪托）的出现和存在，实际是既忽略了《尚书》文字字形不可靠的事实，又对望文生义地解释《尚书》的错误作法执迷不悟的恶果。只有肯定《尚书》内容的真实性，否认望文生义解读方法，以及否认现传《尚书注疏》内容的正确性，才是合情合理的态度。古人在君主专制淫威下，不敢公然怀疑官定《尚书》经文和经解，自属情有可原。时至今日，无端疑古固不可；一味泥古，迷信字形不可靠的现传《尚书》经文和空洞无物的《尚书注疏》，也决不是科学态度。

问题还不只是字形不可靠，实际还要复杂得多。上述资料还告诉我们：当时伏生年逾九十，齿牙脱落，语音不清，记忆亦难十分正确。伏女与晁错都不懂《尚书》内容，欠缺辨别文字音义的能力。二人相互间又有济南口音与颍川口音的隔阂。写成后，并未经过伏生校正。晁错事后表示：所记文字，十之二三都是自己斟酌决定。即使这种估计正确，也是一个很大的比例。何况晁错自己不可能没有误听和误解，加上伏女误听和误解以及伏生记忆错误，失实文字的比例自必大大地超过晁错的估计。其中既不保证都是同音文字而无音近和音误，亦复难免存在字形错误文字。除此以外，根据双声迭韵而来的借字、传写错误、形近误认以及个别字的窜改，也都在所难免。在这种情形下，只有首先努力发现与《尚书》正文音同、音近而形义各异的适当文字、脱误文字和误认文字，然后根据上下文确定原文古义和真义，才是符合实际需要的解读《尚书》方法。当然，这种工作是非常艰苦的，但也确实是可能的。

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

我所用的解读《尚书》的方法，是力求排除望文生义法。因之，《尚书·舜典》："象以典刑，流宥五刑，鞭作官刑，扑作教刑，金作赎刑"五句的含义和《太平御览》卷六四五诛条所引《慎子》佚文："有虞氏之诛，以幪巾当墨，以草缨当劓，以菲屦当刖，以艾韠当宫，布衣无领当大辟"五句的含义，依照《尚书注疏》望文生义的解释，显属互不相干的风马牛（参看《尚书·舜典》有关上述五句的注和疏）；依照我的解读方法，却发现了二者词异义同（参看本书第五章）。我还将《吕刑》全文、《舜典》、《大禹谟》中"汝作士"以下一段和《皋陶谟》中"无教逸欲有邦，……达于上下"一段以及《洪范》全文，作了全新的解释，发现《洪范》是关于禹刑内容的介绍；《皋陶谟》中"无教逸欲有邦"以后一段实是《汉书·古今人名表》所谓"皋陶作士正五刑"及《五经异议》中郑康成驳议所谓"皋陶改臏为刖"的具体内容。除此以外，还曾广泛运用考订方法，对于上古、三代、秦、汉文献中有关刑法的史料，作了许多不同于传统观点的解释，纠正了经史古注许多谬说，恢复了古史资料的本来面目和精神，等于发现了大量新史料，因此也就使我这本《中国刑法史》几乎成了传统法制史意识的异端。好在我的拙见都是学术观点，是非可以等待历史去总结。只有这样，才能有益于历史科学的发展。

革新是艰苦的，能力是有限的，谬误是难免的。但愿读者指教批评。

最后，我能写成此书，显与全国人民代表大会常务委员会及其办公厅各级领导关怀照顾二十年如一日分不开。此书能与世人见面，学界贤达见义勇为，自动协力，起了很大作用。谨此致谢。

著　者

1982.4.15.

出 版 说 明

本书是前北大教授、著名法学家蔡枢衡老先生潜心研究二十年的结晶。它用辩证唯物主义和历史唯物主义的观点纵观中国刑法历史的发展，广采古史传说及考古学中的新资料，通过对婚姻、家庭、亲属、生产资料所有制和阶级、国家的发展历史的叙述与分析，阐明了从神权进到君权的变化，讲清了中国历史上出现过的四种所有制和四个刑罚体系的更迭情况。

作者精于音韵、训诂，对《尚书》和其他古籍原文含义有许多新发现，订正了长期以来人们的误解。因而此书不仅可供法学工作者和法律系师生用作教科书和参考书，它对于其他专业的社会科学工作者也是值得一读的好书。

中国刑法史目次

引　言 ……（1）
第一章　从血缘到地缘　从诸夏到中华
　　国和家……（4）
第二章　婚姻、姓氏、宗族和亲属……（14）
第三章　所有制及社会阶级的产生和变化……（27）
第四章　风习、制令和法令
　　神权、君权和民权……（39）
第五章　刑罚体系的产生和演变(上)……（55）
第六章　刑罚体系的产生和演变(下)……（73）
第七章　刑法名实的沿革……（96）
第八章　刑法的起源和发展……（116）
第九章　几种古老罪名及其处罚的变化(上)……（138）
第十章　几种古老罪名及其处罚的变化(下)……（156）
第十一章　犯罪概念和罪责的变化……（175）
第十二章　犯人身分、犯罪事实和犯人的
　　危险性　未遂和共犯的变化……（200）
尾　语 ……（218）

引　言

有社会生活，便会有生活制度。社会制度是对立的统一，也是一种肯定。有肯定，便会有否定。否定是统一的破裂。既有否定，便还会有否定的否定。否定的否定是对立统一破裂后的再统一，也是社会制度的重行肯定和高次发展。这就是说：社会制度→犯罪→刑罚，原来是个不以人们意志为转移的客观规律，也是社会历史发展的辩证法。古人通过总结历史经验，对于这个辩证法早已有所认识。《大戴礼·四代》："阳为德，阴为刑。阳德出礼，礼出刑。"就是这一认识的概括。

在古人意识中，阳和阴，德和刑，都是对立面。德、得同音，德借为得。《说文解字》："得，行有所得也。"得是利益，亦即阳。《管子·心术》："刑者，恶之末也"；《国语·越语》注："刑，害也。"刑是恶害，亦即损失，就是阴。阶级社会的礼俗，实际是社会制度、社会秩序的总体，本质上是统治阶级意志和利益的反映。因而对于统治者是阳是得；对于被统治者则是阴是刑。统治者的意志和利益表现为礼俗。所以说：阳德出礼。惩罚犯人是违反礼俗的后果。所以又说：礼出刑。统治者通过惩罚犯人，重行肯定阳德和礼俗，意味着阳德又出于阴害；礼又出于刑。阳和阴，德和刑，这种对立面的斗争和转化的意识，显属古人对于历史发展辩证规律认识的表现。

由于礼俗和犯罪在内容上有正反关系，古人因之产生了“礼之所去，刑之所取”（《论衡·谢短》）；“礼之所去，刑之所取：失礼则入刑，相为表里者也”（《后汉书·陈宠传》）；“失礼则入刑，礼刑一物也”（《大学衍义补》卷一百一引苏轼语）。礼俗和刑罚，作用有先后。古人因之又有“礼禁于未然之前，法施于已然之后”（法借为伐）的观点(《大戴礼·礼察》、《礼记经解》、《史记·太史公自序》、《汉书·贾谊传》)。礼先刑后，就是礼防刑治。

《大戴礼·盛德》：“刑法（法借为伐）者，所以威不行德法者也。”这即是说：刑罚具有威吓和损害作用。这种作用，可能督促和保证一般被统治者实践德、法。因之，成为德、法内容的社会制度如果具有进步意义，刑罚的历史作用便是督促前进；如果社会制度已经成为发展生产和生产力的桎梏，刑罚的历史作用便阻扰了前进。不过，刑罚不是万能的，督促和阻扰都有其限度。历代统治者从来不曾也不可能成功地单靠刑罚来维持统治地位，实是人所共知的显著事实。

有刑罚，又有礼俗，足见刑罚不过是统治工具之一。实际上，统治工具还不止这两种。《大戴礼·盛德》：“德法者，御民之衔勒也；吏者，辔也；刑者，策也；天子，御者；内史、太史，左右手也。古者，以德法为衔勒，以官为辔，以刑为策，以人(“人”当是“史”的误字）为手，故御天下数百年而不懈堕。善御马者：正衔勒，齐辔筴（音策），均马力，和马心，故口无声，手不摇，筴不用，而马为行也。善御民者，正其德法，饬其官，而均民力，和民心，故听言不出于口，刑不用而民治。”（“听”疑为“令”的借字）可见官吏也是重要的统治工具。体现刑事政策，运用刑罚惩罚犯人，全仗官吏忠于职守。如果官吏违法乱纪，统治者借以自保自卫的武器——刑罚——立即变成自戕自害的凶器，也早成了古人的经验教训。

《四库全书总目提要·政书类》按语："刑为盛世所不能废，而亦盛世所不尚。"实际是说：在有任何社会生活制度的时候，刑罚都是必要而不可或缺的；但也不可专靠或偏重刑罚。这就是中国刑法历史经验的总结。

任何社会制度都是一定人群的生活纪律。一定人群都居住于一定地区。我们的祖先，初由无数人群，发展为无数邦国，继由一民族分为多邦，发展为多民族合成一国。故第一章叙述从血缘到地缘，从诸夏到中华，以及国和家。人类绵延有赖于婚姻。有婚姻制度，就有姓氏和亲属。所以第二章叙述婚姻、姓氏、宗族和亲属。社会各有经济基础。不同的所有制，形成不同的经济基础和社会阶级关系。所以第三章叙述所有制和社会阶级的起源及发展。统治者是从无到有的。不同的阶级关系，产生不同的统治者。所以第四章叙述头变为君，神权、君权和民权，以及风习、制令和法令。刑罚是剥削压迫者镇压犯罪现象的武器，并且适应着所有制的变化而发展。所以第五、六两章叙述刑罚的萌芽和发展。刑法是统治者为贯彻自己意志、保护自己利益服务的。所以第七章叙述刑法名实的沿革，第八章叙述刑法的起源和发展。刑法的内容，主要是规定犯罪和刑罚的联系。罪名和处罚的变化，就是刑事政策发展的表现，所以九、十两章叙述几种古老罪名及其处罚的变化。犯罪概念的属性和罪责根据是随时变化的。所以第十一章叙述犯罪概念和罪责的变化。罪责的评价对象是从身分进到犯人，并且影响到未遂和共犯的概念。所以第十二章叙述犯人身分、犯罪事实和犯人的危险性以及未遂和共犯的变化，借以显示刑法发展的倾向。

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com