

西田太一郎著 段秋关译

中國刑法史研究

世京太字山版社

中国刑法史研究

西田太一郎 著

段秋关 译

北京大学出版社

中国刑法史研究

西田太一郎 著

段秋关 译

*

北京大学出版社出版

(北京大学校内)

北京大学印刷厂印刷

新华书店北京发行所发行 各地新华书店经售

*

787×1092毫米 32开本 6.75印张 150千字

1985年4月第一版 1985年4月第一次印刷

印数：00001—15,000册

统一书号：6209·39 定价：1.05元

中文译本序

中华法系，源远流长，独具一格，是人类文化宝库中的瑰宝，故而为世界各国学者所注目。

日本法学界和史学界很重视对中国法律史的研究。战后三、四十年来，有不少这方面的著作先后问世。但就其内容而言，其中绝大多数是关于中国法律制度史，尤其是关于秦汉律、魏晋律、唐律、明清律的研究成果，并且在这些领域成绩较为显著。相形之下，有关中国法律思想史方面的研究工作，则显得薄弱一些。在这种情况下，西田太一郎博士撰写的《中国刑法史研究》一书，便显得十分重要。

这本书的特点，是依据大量的律令和实际案例，对中国古代自先秦至隋唐的刑法制度，尤其是法律思想，进行了详细的分析论述。同时，对于一些主要的刑法原则及其思想渊源，进行了较有价值的探讨。因此，该书对学习和研究中国法律史的人，均有一定参考价值。

应当注意，西田太一郎所运用的通过律令、案例、法律制度来研究古代法律思想的方法，对我们仍不无借鉴之处。这种方法应当与依据历史人物、学派的著作来研究古代法律思想的方法并行不悖、相辅相成。

我们在研究中国法律史的过程中，应当随时注意和了解国外同行的研究动态和研究成果。这样才能做到扩大视野、

知彼知己、取长补短，不断提高我们的学术水准。段秋关同志利用教学工作的间隙时间翻译了这本专门著作，吴擷英同志对该书进行了认真的校订，我们应当向他们致以谢意。

张国华

一九八四年七月

译 者 的 话

《中国刑法史研究》是日本学者西田太一郎博士研究中国法律史的专门著作。

西田太一郎，生于一九一〇年，法学博士，国立京都大学名誉教授，公立京都外国语大学教授，东方学会会员，是一位颇有影响的中国古代刑法史研究家。他是第二次世界大战前后成长起来的日本汉学家。一九三五年毕业于京都帝国大学哲学科，同年受聘任同志社大学讲师。一九三八年参加编写平凡社《东洋历史大辞典》（九卷本），其后不久便回到母校——京都帝国大学任人文科学研究所助教、讲师。一九四八年任京都大学基础学部教授，专门从事“中国政治思想史”以及“汉语法”方面的研究工作。在五十年代及六十年代初期，曾先后参加平凡社《世界大百科事典》（33卷本）、《亚洲历史事典》（10卷本）的编写；著有《汉文法要说》（东门书店，1953年）、《汉文入门》（与小川环树合著，岩波书店，1957年初版，1972年再版）以及《明夷待访录》（平凡社，1964年）等。一九六二年被授予法学博士学位。一九六七年——一九七〇年担任京都大学基础部部长之职，一九七四年退休离职，获京都大学名誉教授，并任京都外国语大学教授。

《中国刑法史研究》，原系西田太一郎一九六一年提交京都大学法学部的法学博士学位论文。据作者自称，他写作的目的，在于探究中国古代的刑法、刑罚制度与儒家思想之间的关系。他认为，中国自从西汉武帝之后直到民国成立后

数年，即公元前二世纪中期至二十世纪二十年代，在整个思想领域里都是儒家思想占据优势。因此，儒家思想对于法律、刑罚的制定和实施，都有着不可否认的重要影响。为了具体认识和阐明儒家思想与刑法制度的关系，他用了十年的时间，广泛深入地收集、研究了从先秦到隋唐的历代律令及有关资料，并采辑史书中的具体案例和一些著名的政治家、思想家关于法律的适用、改废方面的论述，分析归纳，写成此书。

该书在取材上有两个重点：一是重视对于各代立法、司法基本原则的剖析，二是重视对于唐律有关规定的阐发。注重前者，在于说明律令制度的思想来源和理论基础；强调后者，则旨在证明唐律在中国刑法史以至亚洲古代法制史中的重要地位。作者认为，唐律是中国现存的古代法典中最完备、最有代表性的刑法典，甚至可以说规定了自上古时期直到民国初年中国社会秩序的基本准则。对于唐律中的刑法原则的研究，不仅应注意它与前代、后代律令之间的承继关系，而且应弄清其思想基础。具体地说，应该了解唐律诸原则与儒家刑法思想的关系，这是该书的基点和归宿。

在内容上，该书分为两大部分：

第一至四章，是对于儒家刑法思想形成过程的叙述和分析。其中，第一章阐述了孔丘、孟轲以及荀况的法律思想，相当于全书的绪言。第二章，主要评述《韩非子》一书所体现的君主专制主义的“法治”观点及其刑罚原则，说明儒、法两家对于法律地位问题的认识分歧和法家对于儒家法律观的修正与改造。第三章分析了由秦王朝到西汉初期法家思想地位的变化和儒家势力的再起，并对于汉初的黄老思想作了深入的说明。第四章是这一部分的中心，着重说明儒家刑罚

思想的确立及其主要内容，指出儒家对刑罚作用的认识经历了一个从极端轻视到十分重视的变化过程，刑罚在儒家思想中的地位是不断提高的。正因为如此，汉魏的儒者在刑罚的目的、律令的统一、刑罚的基本原则等问题上都有明确而集中的论述，并出现了一批以注释法律或专任司法的法律家。这也表明了两汉经学对法律思想或立法、司法的支配和影响。

第五至十一章，是关于复仇、过误、家族制、缘坐制、秋冬行刑、合并罪以及肉刑等具体的法律问题与儒家刑罚思想关系的分析。虽然在取材及体例上，这种排列与杨鸿烈的《中国法律思想史》比较相似，但从其内容上看，作者运用现代刑法理论进行了细致的对比分析，提出了一些很有价值的观点，尤其是运用各代律令以及实际案例进行说明，深入阐发唐律有关规定的来源和确切含义，使这方面的研究前进了一大步。例如，关于“复仇与刑罚”，作者从法典和经义两方面着眼，正确地指出，从两汉至魏晋南北朝，各代都明令禁止私人复仇杀人，但对实际上的复仇案例，则依“杀父之仇，不共戴天”的传统观念予以减免刑罚。因此到唐律，则不具体规定有关复仇的条款，既不提倡，也不禁止。这说明了儒家经义的实际地位高于法制原则。作者对于“过”、“误”的分析，深入精到，独辟蹊径。众所周知，中国古代很早就注意到区别犯罪的过失或故意，并且规定在律令之中。然而，由于晋代张斐的解释过于简单，唐律疏议亦语焉未详，因此在刑罚的实施中如何运用“过”、“误”，是中国法制史中的一个久而未决的争议问题。作者列举大量的史料，指出“过”、“误”、“失”在使用上有广义与狭义之分，但作为法律用语，则有其确定的内容。同时对于郑玄

《周礼》中的“不识”、“过失”与“遗忘”，唐律中的“过失”、“失”、“误”，张斐《晋律》表中的“失”与“过失”分别进行考释，明确其含义，并且说明了“过”、“误”从一般用语到刑法专用术语的渐变过程。在“关于合并罪”中，作者旁证博引，对《唐律·名例律》“诸二罪以上俱发”条作了独创性的研究。指出唐律的数罪并罚所采取的是从重科刑的原则，并从法思想角度考察了这一原则的由来。

总之，该书显示了作者在中国法律史尤其是唐律方面的深厚功底和造诣。因此，这本书一九七四年公开出版之后，很快为日本法学界所重视，被誉为从法思想方面研究中国刑法史的补白之作。由于该书的范围仅是先秦至唐代，故而可视为中国刑法史研究的上篇；关于唐以后至宋明时期儒家思想与法律制度的关系，作者正在撰著之中。我们期待着本书下篇早日出版并与我国读者见面！无疑，这是西田太一郎先生对中日文化交流所作的杰出贡献。

当然，和任何一本著作一样，完美无缺的完书是不存在的。依译者之见，该书尚有一些不足之处。例如，本书作者在论述法律制度或法律观点时，一般都无视当时的社会经济情况和某种思想的阶级本质；同时，对于正史中的记载，作者多是直录照引，坚信不疑，而缺乏必要的科学的分析，等等。这些，都是我们在阅读时应该注意的，尽管如此，该书仍不失为我们学习、研究中国法律史的可资参考的专门著作。

对本书的翻译，是在教学的空隙中陆续进行的；加之本人水平所限，草率、谬误一定不少，敬希读者不吝赐教。在翻译的过程中，曾得到北京大学张国华、饶鑫贤老师，以及

北京大学出版社有关同志的大力支持和帮助，北京大学吴擷英同志对全书进行了校订，在此一并致谢！

段秋关

一九八三年七月

目 录

中文译本序·····	(i)
译者的话·····	(I)
第一章 先秦儒家和刑罚·····	(1)
第二章 法家思想研究·····	(7)
第三章 秦汉时代的政治原理·····	(25)
第四章 儒家的刑罚思想·····	(47)
第五章 复仇与刑罚·····	(73)
第六章 关于过失、错误·····	(92)
第七章 家族制度与刑罚·····	(119)
第八章 关于缘坐制·····	(148)
第九章 阴阳、季节与刑罚·····	(164)
第十章 关于并合罪·····	(175)
第十一章 肉刑论所反映的刑罚思想·····	(191)

第一章 先秦儒家和刑罚

道德与刑罚作为政治手段，究竟哪个应该予以重视？对于这个问题，儒家和法家有着根本不同的看法。

儒家的始祖孔子，在实际政治中也没有理由全面否定刑罚。他担任鲁国司寇才七天就杀了少正卯^①，并且在参予鲁定公、齐景公的“夹谷”之会时看到出现宴席上的“优倡侏儒为戏”，就提出“匹夫而荧惑诸侯者，罪当诛”，主张交付“有司”处以“手足异处”的刑罚。^②但他的政治信念，却是力主为政者修德正身，以道德来感化人民的。如季康子问政于孔子，孔子答曰：“政者正也。子帅以正，孰敢不正？”^③季康子担心盗贼之事，问于孔子，孔子答曰：“苟子之不欲，虽赏之不窃。”^④孔子又曰：“其身正，不令而行。其身不正，虽令不从。”^⑤“能以礼让为国乎，何有。不能以礼让为国，如礼何？”^⑥“为政以德，譬如北辰居其所而众星拱之。”^⑦以及“道之以政，齐之以刑，民免而无耻。道之以德，齐之以礼，有耻且格。”^⑧等等。这些都说明他认为用德和礼来教导人民养成廉耻之心是必要的。

孔子还说过：“听讼，吾犹人也。必也使无讼乎！”^⑨也

- ① 《荀子·宥坐》。
- ② 《史记·孔子世家》。
- ③④ 《论语·颜渊》。
- ⑤ 《论语·子路》。
- ⑥ 《论语·里仁》。
- ⑦⑧ 《论语·为政》。
- ⑨ 《论语·颜渊》。

就是说比热衷于审判更主要的是，必须创造一个不需要审判的社会。后世的学者们屡次引用《论语》里的“刑罚不中，则民无所措手足”这句话作为主张刑罚适中的经典根据，然而这是在后世儒家思想中强调刑罚的时候，断章取义的引用，并不符合孔子论述的原意。其原文是这样的：

“子路曰：卫君持子而为政，子将奚先？子曰：必也正名乎。子路曰：有是哉，子之迂也，奚其正。子曰：野哉由也。君子尤其所不知，盖阙如也。名不正则言不顺，言不顺则事不成，事不成则礼乐不兴。礼乐不兴，则刑罚不中。刑罚不中，则民无所措手足。”^①可见孔子所主张的是必须“正”君臣、父子等大义名分，名不正时就会导致上述的结果。

孔子思想的继承者孟子也说：“民之为道也，有恒产者有恒心，无恒产者无恒心。苟无恒心，放僻邪侈，无不为已。及陷乎罪，然后从而刑之，是罔民也。”^②他把人民生活的安定与否放在首位，认为在人民生活不安定的政治统治下，实施刑罚是不合理的。孟子还说：“善政不如善教之得民也。善政民畏之，善教民爱之；善政得民财，善教得民心。”^③即认为无论制度和法令如何完备的政治，也不如好的教化更有效。他主张的王道，即是“以德行仁”的政治^④；所谓仁政，即为奉省刑薄赋，安定民生及孝悌忠信为根本。孟子力主性善论，确信只要行王道施仁政，人人“皆可以为尧舜”。^⑤

① 《论语·子路》。

② 《孟子·滕文公上》。

③ 《孟子·尽心上》。

④ 《孟子·公孙丑上》。

⑤ 《孟子·告子上》。

从上述儒家的政治原理中可看出，他们把犯罪的产生看成是为政者的责任。《国语》中曾引《尚书·汤誓》之语：“余一人有罪，无以万夫。万夫有罪，在余一人。”《论语·尧曰》也说：“百姓有过，在予一人。”这都表明了这一观点。

战国末期有重大影响的荀子，也和孔、孟同样立足于有德者的统治。他特别强调道德的等级制，重视维护这种等级制的“礼”。如果说孔子、孟子主要是对“礼”的精神方面进行论述，那么，荀子所着重阐发的是“礼”的具体内容和实际运用。

荀子从性恶论出发，认为人生而有欲，为欲必争，从而引起社会的混乱。为了调节人们的欲望和需求，于是便需要象度量分界一样的规矩准则。根据这种需要而制定出的度量准则，就是“礼”。因此，“礼”的实质有二：一是“养”，即使人们得以生活；二是“别”，即将贵贱、长幼、贫富差别区分开来，作到“有称”。^①所谓“有称”，即“德必称位，位必称禄，禄必称用”^②，也就是说，道德、地位、财产等等都要保持一致性。

荀子还认为：“分均则不偏，势齐则不壹，众齐则不使。有天有地，而上下有差。明王始立，而处国有制。夫两贵之不能相事，两贱之不能相使，是天数也。势位齐而欲恶同，物不能赡则必争，争则必乱，乱则穷矣。先王恶其乱也，故制礼义以分之，使有贫富、贵贱之等，足以相兼临者。是养天下之本也。”^③这就是说，在人们彼此平等，没有贫富贵贱之分的社会里，有限的物质满足不了“有欲”的人们的需要，统治与被统治关系也不会建立，社会就会发生

① 《荀子·礼论》。

② 《荀子·富国》。

③ 《荀子·王制》。

混乱。确立贫富贵贱的等级差别，建立与其相适应的社会生活，即从车马、衣服、饮食、娱乐等，从个人生活到公共生活的各方面都有“礼”的等级差别的规定。这种礼不是用德来感化，而是把它融化到社会中，使千千万万人遵守它。这就是荀子的主张。

那么，怎样才能使“礼”得到遵守呢？荀子认为，要用刑罚制裁。他说：“勉之以庆赏，惩之以刑罚。……以善至者，待之以礼；以不善至者，待之以刑。”^①“制号政令，欲严以威。庆赏刑罚，欲必以信。”^②“治之经，礼与刑。君子以修百姓宁。”^③“凡刑人之本，禁暴恶恶，且惩其末也。杀人者不死，而伤人者不刑，是谓惠暴而宽贼也，非恶恶也。”^④

并且，刑罚在平时还具有引导人们守礼、互爱、安分守己的作用：“有不由令者，然后俟之以刑。故刑一人而天下服。罪人不卹其上，知罪之在己也。是故刑罚省而威行如流，无他故焉，由其道故也。古者帝尧之治天下也，盖杀一人、刑二人而天下治。传曰：威厉而不试，刑错而不用。此之谓也。”^⑤认为这种威严的刑罚制度没有必要用；如果必须运用，那只要通过一、二个实例而使天下驯服。

荀子还说：“故赏庆刑罚势诈之为道者，佣徒粥卖之道也，不足以合大众，美国家，故古之人羞而不道也。故厚德音以先之，明礼义以道之，致忠信以爱之，尚贤使能以次之，爵服庆赏以申之，时其事，轻其任以调齐之，长养之，如保

① 《荀子·王制》。

② 《荀子·议兵》。

③ 《荀子·成相》。

④ 《荀子·正论》。

⑤ 《荀子·议兵》。

赤子。政令以定，风俗以一，有离俗不顺其上，则百姓莫不敦恶，莫不毒孽，若拔不祥，然后刑于是起矣。是大刑之所加也。”^①他认为不论为政者的政治如何正确，也总免不了有犯罪发生，所以刑罚虽不得已而用之，但却是少不了的。然而，刑罚在本质上只是所谓“佣徒粥卖之道”，不是引导教化人民晓以利害得失的正确途径。所以从根本上说，应该用“礼”治国：“礼者，治辩之极也，强固之本也，威行之道也，功名之急也。王公由之所以得天下也，不由所以陨社稷也。故坚甲利兵不足以为胜，高城深池不足以为国，严令繁刑不足以为威。由其道则行，不由其道则废。”^②这些都表明他对礼的重视。

正因为这种“礼治”主义不承认法令刑罚有绝对权威，强调道德规范的重要作用，所以对立法者和执行者来说，争得人心便必然成为至关重要的事情。荀子认为，符节、契卷之所以能发挥凭据的作用，度量权衡之所以能成为大家普遍使用的标准，都要依靠立法者和执法者的公平无私。治理国家也是这个道理。他因而提出了“有治人，无治法”的原则，认为“得其人则存，失其人则亡。法者，治之端也；君子者，法之原也。故有君子，则法虽省，足以遍矣；无君子，则法虽具，失先后之施，不能应事之变，足以乱矣。……故明主急得其人，而闇主急得其势。急得其人，则身佚而国治，功大而名美，上可以王，下可以霸。”^③“有良法而乱者有之矣，有君子而乱者，自古及今，未尝闻也。传曰：治生乎君子，乱生乎小人，此之谓也。”^④

①② 《荀子·议兵》。

③ 《荀子·君道》。

④ 《荀子·王制》。

就是说荀子在重视法令与刑罚的作用的同时，又始终认为与有德者政治的主张绝对不能分开。在这一点上，他与否定为政者的人格和道德，只承认法、刑具有绝对权威的法家正好相反。因此，荀子属于儒家。然而，荀子强调具有约束力的规范“礼”，又对刑罚进行了充分的肯定，从而使其弟子韩非、李斯在以后，具备了改变他的思想方向而成为法家思想家的可能性。

以上所述，是先秦儒家刑罚思想的主要观点。此外，儒家的经书也是值得重视的。儒家最早，也是最受崇尚的经典是《诗》、《书》，即后世所谓的《诗经》、《书经》，还有其成书年代存疑很多的《易经》。这些经典里也有关于刑罚原理的叙述。但是到孟子时，大约已经将经书里所记载的不符合儒家传统观念的内容都删掉了，所以，孟子谈到春秋时期的霸主，如齐桓公、晋文公等时说：“仲尼之徒，不道桓、文之事。”^①并认为：“尽信书则不如无书。吾于武、成，取二三策而已矣。仁人无敌于天下，以至仁伐至不仁，而何血之流杵也。”^②按照他的“仁政”学说，虽然《尚书》里记载的武王伐纣，是“救民于水火之中”的“革命”之举，但也不应该“血流漂杵”，杀死那么多人。所以，即使经书上有关于刑罚的论述，先秦的儒者们也并不重视。同时，当时的经书也并非由儒家独占，先秦诸子百家也都依据这些古典立说。这些经书成为儒家独占的经典，是汉代以后的事。由于汉代的儒者们重视刑罚，因而对经书里的刑罚观点加以利用和阐发。这便是本书以后各章的内容。

① 《孟子·梁惠王上》。

② 《孟子·尽心下》。