

制度文明与 中国社会

葛剑雄 / 主编

五刑六典 ——刑罚与法制

□ 郭建 著



制度文明与中国社会

葛剑雄 主编

五刑六典

——刑罚与法制

郭建 著



西安政院201 2 2155598 4



長 春 出 版 社

图书在版编目 (CIP) 数据

五刑六典：刑罚与法制 / 郭建著. — 长春：长春出版社，2004.1

(制度文明与中国社会 / 葛剑雄主编)

ISBN 7-80664-622-1

I. 五... II. 郭... III. 法制史—中国 IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 101720 号

责任编辑：张 樱 封面设计：王国擎

长春出版社出版

(www.cccbs.net)

(长春市建设街 1377 号)

(邮编 130061 电话 8569938)

长春大图视听文化艺术传播中心设计制作

沈阳新华印刷厂印刷

新华书店经销

787×1092 毫米 16 开本 14.5 印张 226 千字

2004 年 1 月第 1 版 2004 年 1 月第 1 次印刷

印数：1—4 000 册 定价：30.00 元

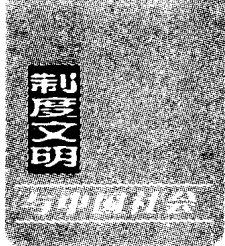
总 序

几年前，我和本丛书的一部分作者应长春出版社之约，撰写了一套《中国历代王朝兴衰启示录》的丛书，以断代的方式综述一个历史时期与治乱兴衰关系重大的史实，兼及该时期的事件、人物、制度及相关因素。由于那套丛书在注重学术质量的同时，兼顾普及性，通过简洁而明白的语言，选择基本而典型的内容，寓经验教训于史实之中，出版以后颇受读者欢迎。以后经修订增补，出版了题为《千秋兴亡》的新版，于 2001 年荣获“中国图书奖”。

这不仅是对出版社和全体作者的鼓励，也是对这种学术普及化方向的充分肯定。为此，出版社希望我能组织合适的作者，继续这样的努力方向，以适应新世纪的新要求，报答读者们的厚爱。因此，我找了几位原来的作者，并根据新选题的要求，约请了几位新的作者，做到每一种书的作者都是相关方面的专门家，或成绩卓著的青年学者。他们都有各自繁忙的科研和教学任务，有的身兼政府要职，有的是大学重点研究基地的负责人，有的正游学国外，但他们都尽心竭力，按时完成书稿，保证本丛书及时问世。

在出版之际，作为主编，我应该向读者们汇报一下，我们为什么要写这些书，这些书对各位有什么用。

所谓“制度”，是指在一定的条件下形成的法令、礼仪、习俗等规范。早在《周易》中就有这样的话：“天地节，而四时成。节以制度，不伤财，不害民。”根据孔颖达的解释：“王者以制度为节，使用之有道，役之有时，则不伤财，不害民也。”说明统



治者必须要依靠制度的制定和执行，才能保证对百姓的统治符合道的原则，徭役的征发适时，结果就能既不浪费钱财，也不加重百姓的负担。统治者是否能取得这样效果自当别论，但至少说明了统治者对制度的重视。

当然这还只是制度的一部分，实际上，从夏、商、周三代以降，特别是在公元前 221 年秦始皇建立起统一的中央集权制政权以后，大到国家的疆域、政区、职官、军事、财政、赋役、刑法、农田、水利、漕运、邮驿、工商、民族、藩属，小至婚丧嫁娶、衣食住行，没有哪一样离得开当时当地的制度，又没有哪一样不需要制度。有的制度只存在了很短的年代，或者只影响到很小的范围，但有些制度却在中国的绝大部分地区延续了千年以上，在形式上消亡以后往往还起着不可轻视的作用。有的制度还被周边国家学习模仿，甚至原封不动地移植过去，有的至今还在实行。

要了解中国历史，当然可以从具体的事件、人物、朝代入手，但比起纷纭复杂的事件、形形色色的人物和此兴彼衰的朝代来，制度无疑具有更普遍性的意义。从了解制度入手，就能抓住历史发展的脉络，提纲挈领，事半功倍。

本丛书所指的制度是广义的，即不仅包括政治、经济、军事、文化等方面关系国计民生的由政府或政治势力制订并执行的制度，也包括那些约定俗成、在民间起着实际作用的规范和习俗；不仅包括制度的成文的书面内容和官方理论上的解释，也包括不成文却实际起作用的，在实际执行中为官方认可、默许或无法禁止的惯例、成规、变通或瞒上不瞒下的做法；既包括中央的、汉族的、正式设置行政区域的地区，也包括地方的、少数民族的、尚未正式设置行政区域的地区。每种书选择一种或相近、相似的几种制度，概述其具体内容和来源、形成和发展过程、重大的人物和事件、对以往和现实的影响等。

需要说明的是，本丛书不是要写成一部中国制度史，而是要将制度或习俗放在中国历史的大范围中来写，全面反映一项或一

方面制度的理论和实际，特别要注意反映那些在实际上起着作用却不见于明文记载的制度，以及与此相关的人和事。但正如前面已经提到的，中国历史上的制度极其丰富，也相当复杂，有关的史料更浩如烟海，我们只能选择其中一小部分。而且由于受到作者的人选和他们的专业背景的影响，有的本来应该列入的选题只能暂付阙如。

为了便于阅读，作者们一致认为应该用明白流畅的语言、夹叙夹议的方法来撰写，除制度原文或十分必要的背景材料外，一般不用注释，必要的参考书目或文献可附于书后，或在后记中作简要交代。对一项或一方面的制度，不求面面俱到，可以在时间、地点、内容上有所取舍，有所详略。有可能的话还应配上相关的照片、图画、地图、表格等，但考虑到实际困难，不便强求一致。

我给主编规定的责任是确定和设计选题，协助出版社聘请作者，与作者商定内容提纲，提出书中应予以注意的问题，抽阅部分样稿。除样稿看得太少外，其他各项基本做到了。当然另一项是不可缺的，即为本丛书写一篇序言，于是有了上面的文字。

葛剑雄，2003年10月

前言

中国古代的法律历经了至少三千年长期发展,有着独立发展、脉络清晰而自成体系的传统,和中国古代的政治军事、文化艺术曾称雄乃至征服整个东亚地区一样,中国古代的法律也曾成为邻近的东亚地区国家立法蓝本或楷模,和印度法系、罗马法系、伊斯兰法系、普通法系并列为世界上最为宏大的“五大法系”之一。

本书所叙述的是中国历代法律中一些最基本的制度。向读者介绍古代法律是依照什么原则以及是如何制定的,法律最基本的内容是什么,法律是依靠怎样的系统,以及如何被实施的。

就如“王法”这个词所表明的那样,中国古代的法律都是由统治者发布的。虽然历代皇帝们发布法律时总会宣称这是依照上天的意志来制定的,但和其他文明古国有很大差别的是,中国至晚到战国时期已完全排除法律中的神明因素,法律并不与任何宗教观念紧密联系。思想家以及政治家们已全然将法律视为一种君主施行统治的手段。而君主统治国家的主要手段是暴力手段,直接的、大规模的、无限制的暴力手段是军事武力,间接的、低度的、有一定程序规则的暴力手段就是刑法。中国古代的法律先是被称之为“刑”,刑既可以作为一个动词,指对人施用刑罚,也可作为一个名词,指国家的刑法或法律,很清楚的就表明了法律和暴力的关系。因此中国古代的法律一直是以刑法为主体的。

中国很早就建立起中央集权的君主专制政权,为维持大一统的帝国行政事务的正常运转,需要健全的文官体制来代表皇帝施行统治,而为了制约监督这个庞大的官僚系统,又需要有一套严

前言

Qian yan

中国古代的法律历经了至少三千年长期发展,有着独立发展、脉络清晰而自成体系的传统,和中国古代的政治军事、文化艺术曾称雄乃至征服整个东亚地区一样,中国古代的法律也曾成为邻近的东亚地区国家立法蓝本或楷模,和印度法系、罗马法系、伊斯兰法系、普通法系并列为世界上最为宏大的“五大法系”之一。

本书所叙述的是中国历代法律中一些最基本的制度。向读者介绍古代法律是依照什么原则以及是如何制定的,法律最基本的内容是什么,法律是依靠怎样的系统,以及如何被实施的。

就如“王法”这个词所表明的那样,中国古代的法律都是由统治者发布的。虽然历代皇帝们发布法律时总会宣称这是依照上天的意志来制定的,但和其他文明古国有很大差别的是,中国至晚到战国时期已完全排除法律中的神明因素,法律并不与任何宗教观念紧密联系。思想家以及政治家们已全然将法律视为一种君主施行统治的手段。而君主统治国家的主要手段是暴力手段,直接的、大规模的、无限制的暴力手段是军事武力,间接的、低度的、有一定程序规则的暴力手段就是刑法。中国古代的法律先是被称之为“刑”,刑既可以作为一个动词,指对人施用刑罚,也可作为一个名词,指国家的刑法或法律,很清楚的就表明了法律和暴力的关系。因此中国古代的法律一直是以刑法为主体的。

中国很早就建立起中央集权的君主专制政权,为维持大一统的帝国行政事务的正常运转,需要健全的文官体制来代表皇帝施行统治,而为了制约监督这个庞大的官僚系统,又需要有一套严

目 录

第 1 部分 起源与原则

一、“国之大事”	3
二、为了“救世”	6
三、不得恍惚的原则	9
四、“德主刑辅”	11
五、“君子读书不读律”	17

第 2 部分 形式与体系

一、“律以正罪名”	25
二、“令以存事制”	33
三、由“权宜”到“永制”	35

第 3 部分 威慑与预防

一、五刑的体系	41
二、疏而不失的法网	48
三、“三赦”之法	51
四、重在“诛心”	53
五、法不责众	59

六、“坦白从宽”	61
七、“十恶不赦”	65
八、“杀人者死，伤人者刑”	70
九、王政的急务	76

第4部分 等级与阶梯

一、特权阶层	83
二、平民阶层	88
三、贱民阶层	90
四、等级待遇	94

第5部分 亲亲与尊尊

一、为了祖宗的结合	101
二、天壤之别	104
三、五服的圈圈	107
四、“株连九族”	112
五、家庭的大锅饭	116

第6部分 整饬与肃贪

一、“明主治官不治民”	125
二、严防奸党	127
三、严惩贪官	128
四、“私罪不可有，公罪不可无”	131

第7部分 有度与均衡

一、“溥天之下，莫非王土”	137
---------------	-----

二、“路不拾遗”的理想	141
三、宝藏的归宿	145
四、“官有政法，人从私契”	149
五、“一本一利”	155
六、“卖身为奴”	157
七、交易关系中的“第三者”	160
八、“损人一目，家产平分”	164

第8部分 裁判与监督

一、集中与分权	171
二、耳目到手足	177
三、无讼和息讼	180
四、勘验“洗冤”	188
五、“审不厌诈”	190
六、敬鬼神而用之	196
七、“人是苦虫，不打不招”	198
八、“天理、人情、国法”	202
九、“宽猛相济”	209
十、裁判的终极目标	211

主要参考书目	216
--------	-----

第1部分

起源与原则

- ◆一、“国之大事”
- ◆二、为了“救世”
- ◆三、不得恍惚的原则
- ◆四、“德主刑辅”
- ◆五、“君子读书不读律”

一个动物群体总有一定的行为规范，而人类的行为规范大多依靠后天的学习才能掌握，不像一般的动物主要依靠遗传基因中包含的行为模式。人类这种行为规范起初就是原始社会的习惯，以后进入文明社会后发展为法律，并打上了阶级的烙印。随着社会的进一步发展，开始出现由统治者进行的立法活动。这些立法不断累积发展，形成了正式的法典，组成了法律体系。这种法律体系是由统治者创设的，因此自然受到统治者施行统治的一些指导原则的影响。

一、“国之大事”

中国现存的最早的编年史《左传》里说“国之大事，在祀与戎”。祀，就是祭祀神祇；戎，就是出兵打仗。祭祀与战争这两件事在很长的时间里一直被当做国家的头等大事，古人以为祭祀神祇，就会得到神祇的保佑，才可以维持部族的生存；出兵打仗，才可以保证部族不被吞并。而打胜仗也是要靠神祇保佑的，所以

这两件事中又是以祭祀神祇更为重要。原始社会的习惯中最早开始向法律演变的也正是这两方面的习惯规范。

原始社会习惯向文明社会法律的发展，主要的动力当然是社会生产力的发展所导致的社会分化和阶级对立，然而在这过程中祭祀活动也具有重要作用。由于主持祭祀的是部落的头领，掌握着人与神沟通的能力，使得这些人逐步披上神秘的色彩，得以成为特权阶层，巩固了他们的权力，逐渐成为部落的统治者。传说中



载有法律内容的甲骨

夏、商统治者都自称“率民以事神”，就是这种情况的概括。尤其是中国古代一些主要的部族如商族、周族都以祖先神为主要崇拜对象，首领的祖先成为部落供奉的最高神，更是加强了部落首领的权力。氏族血缘关系在祖先崇拜的背景下得以强化，首领的亲属也成为部族的贵族，按照血缘的亲疏而排列出次序，形成氏族血缘贵族势力。

在原始社会习惯向文明社会法律的发展过程中，战争也起一种加速器的作用。传说中在中华民族早期有很多重大战争，比如蚩尤部落和共工部落的“涿鹿大战”，黄帝部落和蚩尤部落在“冀州之野”的大战，以及炎帝部落和黄帝部落的“阪泉大战”，黄帝部落在这次大战胜利后又“五十二战而天下咸服”。在这种频繁战争中，部族首领在战场上的专断指挥权力成为统治者专制权力的直接来源之一，而指挥官发布并直接实施的战时军纪也成为首领直接处罚部族普通民众的法律来源之一。战利品的掳获和分配权力也是首领权力的组成部分，对于部族的两极分化也有直接的推动。对于战俘的虐待和奴役，产生了奴隶制度。为了防范反抗对于战俘进行的断肢、毁容等等的残害，被称之为“刑”（特定的伤痕样式，在金文里大多作“井”字），成为后世刑罚以及刑法的直接来源。古人说“师出以律”，“刑起于兵”就是这个意思。

一个部族的行为规范中最重要、最神圣的内容莫过于祭祀神祇的仪式。所谓祭祀就是给神祇供奉食物的意思。这在中国古代称之为“礼”。甲骨文里礼字的写法是“𡇗”，是两只手恭恭敬敬地捧着一个装有祭品的盛器的象形，是表示祭祀的仪式。以后转变为“禮”，依然是牌位“祔”前面放置盛放祭品的盛器“豐”的象形。“祭”字本身也是手持肉放置在祭台上的象形。由于早期人类是靠集体的力量来获取食物的，必须要经过分配才能使整个群体得以维持生命，这种分配食物的习惯也就是人类早期最重要的行为规则，长时间的积累使这种分配行为习惯仪式化，被神秘

化为供奉神祇的仪式。因此实际上这种仪式只是人类自身活动的一种投影。古代思想家已经注意到这一点，儒家的荀况就说：“礼，始诸饮食。”

由于这种仪式的无比神圣性，“礼”字后来被用来泛指所有的部族主要行为规范，到了阶级社会的商、周等朝代，“礼”就逐渐成为整个部族习惯法的统称，是中国历史上最早的法律。按儒家的说法就是：“道德仁义，非礼不成；教训正俗，非礼不备；分争辩讼，非礼不决；君臣上下，父子兄弟，非礼不定；宦学事师，非礼不亲；班朝治军，莅官行法，非礼威严不行；祷祠祭祀，供给鬼神，非礼不诚不庄。”政治活动、社会生活无一能离开“礼”的规范。具体来说，“礼”有吉（祭祀祖先）、凶（丧葬）、军（打仗）、嘉（婚姻以及成年仪式）、宾（接待相见）这样“五礼”。从今天的眼光来看，其中的大部分都算不上是法律，而应该归类为宗教、伦理规范或生活习惯，但是世界各文明古国早期法律都是这样一种混合的规范，不能说这不是法律。

礼经过长久的演变成为法律的统称，以后又经过长期的演变，变得越来越有包容性。比如周朝打败商朝建立对中原各族的领导地位后，传说摄政的周公（姬旦）曾经“制礼”，将周族的“礼”进行一次修整，以利于周族对中原地区的统治。

春秋战国时期随着传统部族社会的解体，出现“礼崩乐坏”的局面，各个部族的习惯法都迅速在退出社会生活，而以孔子为代表的儒家则力图将原来包罗万象的“礼”改造为一种伦理道德体系，重新加以发扬，来起到一种指导社会政治的作用。儒家孜孜不倦地整理原来占统治地位的周族的“礼”，把原来的行为规则称之为“文”（外在的礼仪规则）；而按照自己的理想，并从中归纳出一套“亲亲尊尊”的大道理，称之为“本”，用来教育人们，并作为其“德治”、“礼治”政治主张的具体内容。所以儒家的“礼”是一种“礼教”，或者叫“名教”，是一种基于伦理道德的政治学说。它由原来的“礼”发展而来，但并不等于原来的“礼”。

二、为了“救世”

有文字的历史在人类历史上只是一个不长的阶段，在人类活动区域狭小、社会交际简单的时代，人们只要凭借着口头的语言、形体动作、面部表情等就足以传达必要的信息，凭借着记忆力就足以掌握本部落的习惯规则和历史。《说文解字》称：“古，故也。从十口，识前言者也。”梁启超曾说“十口相传谓之古”，就是这个意思。为了能够记住本部落的大事，往往把大事编成韵文，编成琅琅上口的歌曲，一代代传唱下去，这就是所谓的“史诗”。

文字和口头语言不同，开始时是人们为了和难以交流的鬼神进行交流而逐渐创造出来的。由于人类没有办法和鬼神直接用口头语言交流，巫师、祭司常常要用一些特别的符号来表示和鬼神的交流，传达鬼神的信息，这大概是语言转换为文字的重要原因之一。中国文字最早的字体是巫师们使用的、预卜吉凶的“甲骨文”，以后又出现用于祭祀祖先礼器的“金文”，最后才出现官吏和平民使用的“大篆”、“小篆”和“隶书”。当人们的交流范围突破了原来部族界限、交流越来越频繁的时候，才会需要在日常的人与人的交流中使用文字，来记载人们交往的信息，文字在这时才会被社会的普通人掌握。

古代一个部落最重要的规则，也是依靠口头来传播、来记忆的。据说孔子编的《尚书》里编入的古代帝王发布的法令，都称之为“诰”、“训”、“誓”，也都从“言”，显然原来是一种“口头号令”。君主的“君”字，象形为一只持权杖的右手和一张发号施令的嘴，更是形象地表现了“口头约束号令”的遗迹。早期的法庭也全然是口头的，中国古代一直将审判称之为“听讼”，审判的场所称之为“厅”，厅和听原来就是一回事，在过去的繁体汉字里，“聽”和“廳”是同源的，只是“廳”多了一个屋顶而已。诉和讼也都从言，据《周礼》注，讼的意思就是“言之于公”。法官作出的裁决称之为“论”，向上级请示复审称之为“谳”