



The History of  
Punishment and Torture

罗翔 编著

# 刑罚的 历史

 云南出版集团  
 云南人民出版社

# 刑罚的历史

罗翔  
编著

 云南出版集团  
 云南人民出版社

## 图书在版编目 ( CIP ) 数据

刑罚的历史 / 罗翔编著. -- 昆明 : 云南人民出版社, 2021.1

ISBN 978-7-222-19809-8

I. ①刑… II. ①罗… III. ①刑罚—研究—中国—古代 IV. ①D924.122

中国版本图书馆CIP数据核字 ( 2020 ) 第215320号

责任编辑: 刘娟

责任校对: 吴虹

责任印制: 马文杰

## 刑罚的历史

XINGFA DE LISHI

罗翔 编著

出版 云南出版集团 云南人民出版社

发行 云南人民出版社

社址 昆明市环城西路 609 号

邮编 650034

网址 [www.ynpph.com.cn](http://www.ynpph.com.cn)

E-mail [ynrms@sina.com](mailto:ynrms@sina.com)

开本 880mm×1230mm 1/32

印张 6.5

字数 151 千字

版次 2021 年 1 月第 1 版第 1 次印刷

印刷 北京盛通印刷股份有限公司

书号 ISBN 978-7-222-19809-8

定价 45.00 元

版权所有 侵权必究

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请联系 021-64386496 调换。

# 目 录

## 第一章 追本溯源：刑罚的起源与发展

一、关于刑罚起源的几种学说 …… 2

二、回溯与前瞻 …… 10

## 第二章 反反复复的肉刑兴废

一、肉刑纵览 …… 19

二、肉刑的存废 …… 42

## 第三章 并不轻松的笞杖之刑

一、用刑的数量 …… 55

二、用刑的部位 …… 56

三、刑具的规格 …… 57

- 四、赎免规定 ..... 59
- 五、作为他刑的附加刑和替代刑 ..... 60
- 六、刑讯手段 ..... 62

## 第四章 刑徒之苦

- 一、徒刑概说 ..... 68
- 二、徒刑的新发展 ..... 75
- 三、徒刑的意义 ..... 78

## 第五章 生离死别的流放

- 一、先秦的流放故事 ..... 83
- 二、流刑的萌芽——迁徙刑 ..... 87
- 三、流刑的形成 ..... 90
- 四、流刑的光大 ..... 94
- 五、折杖法和刺配法 ..... 97
- 六、南人发北，北人发南 ..... 102
- 七、流刑的变异——口外为民和充军 ..... 104
- 八、最后的流刑——发遣 ..... 107

## 第六章 形形色色的死刑

- 一、死刑纵览 …… 114
- 二、死刑发展的三大趋势 …… 151

## 第七章 以钱赎刑

- 一、赎刑的历史 …… 162
- 二、赎刑利弊议 …… 170

## 第八章 株连无辜

- 一、族诛 …… 176
- 二、连坐 …… 189

后 记 \_ 194

参考文献 \_ 196

## 第一章

# 追本溯源：刑罚的起源与发展

中国古代的法律以刑法为基础，其主要的法律后果就是刑罚，它轻则剥夺人之财产、自由，重则危及生命，是一种以国家强制力为后盾的最严厉的惩罚措施。这种可怕的惩罚措施缘何而生？为何存于人类社会？它经历了怎样一种发展阶段？带着这些疑问，我们试图展开刑罚的历史。

## 一、关于刑罚起源的几种学说

对于刑罚的起源，古今中外，人们提出过无数假说，至今仍无定论，可谓众说纷纭，仁者见仁，智者见智。择其要者，大体有如下学说：

### 1. 罚源神授：“天”说

刑罚起源于“天”，也称“神授说”。该说是人类历史上最为古老的对刑罚起源的解释。无论是东方还是西方，该说都以君权神授理论为基础。

《圣经》说：“在上有权柄的，人人当顺服他，因为没有权柄不是出于神的。凡掌权的都是神所命的。所以，抗拒掌权的就是抗拒神的命；抗拒的必自取刑罚。作官的原不因为他是神的用人，是与你有益的。你若作恶，却当惧怕；因为他不是空空的佩剑，他是神的用人，是伸冤的，刑罚那作恶的。”（《罗马书》13:1-4）

此处所说的佩剑的权力就是世俗政权对犯罪施加刑罚的权力。在西方世界，启蒙运动之前，罚源神授一直都处于通说的地位。柏拉图也曾指出：“根据哲学和世界的本来意义，习惯上被认为必要的神圣的制度应属于神的规则。刑罚就是这样的制度……犯罪扰乱了宇宙的和谐，而这种和谐必须得到恢复。……在遭受刑罚的过程中，犯罪人还报了被称之为正义的宇宙秩序。”<sup>1</sup>

中国古人将“天”作为万物的起源，认为自然界、社会的一切都起源于“天”，君主之权力也出自天授，故称“天子”，作为君主权力的重要体现——刑罚权，自然也来源于天。古代统治者都试图用此理论将刑罚神秘化、权威化，将统治者对被统治者的刑事镇压，说成是履行“天”的意志，统治者不过是代天行罚，刑罚源自“圣人因天讨而作五刑”。

《尚书·皋陶谟》有云：“天讨有罪，五刑五用哉。”《尚书·甘誓》记载夏启攻伐有扈氏的檄文，这封檄文相当于战争动员令。在檄文中，夏启说自己奉上天之命令剿灭有扈氏，以“恭行天罚”。

## 2. 罚源武力：“兵”说

此说认为，刑罚起源于兵，来源于武力。相传黄帝战蚩尤于涿鹿，“以兵定天下，此刑之大者”<sup>2</sup>。后世将此军事讨伐称为“大刑”，《汉书·刑法志》曰：“大刑用甲兵，其次用斧钺；中刑用刀锯，其

次用钻凿；薄刑用鞭扑。大者陈诸原野，小者致之市朝，其所繇来者上矣。”

古代不少学者认为，刑罚的产生与战争密不可分，《汉书·刑法志》记载：“自黄帝有涿鹿之战以定火灾，颛顼有共工之陈以定水害。……夏有甘扈之誓，殷、周以兵定天下矣。”“刑起于兵”“兵刑同一”，最初的刑罚就是对在氏族战争中的战败者、叛乱者和违反军纪者的处罚。远古时期，兵刑并未严格区分，奴隶主用甲兵征讨异族，用刑罚来统治已被征服的氏族，兵与刑的区别是“刑外”与“刑内”的关系，如司马迁在《史记·律书》中就说：“故教笞不可废于家，刑罚不可捐于国，诛伐不可偃于天下。”家庭不能废除教鞭，国家不能取消刑罚，天下也不可能没有战争。刑罚刑内，诛伐（兵）刑外。司马迁在《律书》的前几章讲的就全是有关军事的问题，可以说《律书》就是《兵书》。在《史记·律书》开篇，他即表示：“王者制事、立法、物度、轨则，壹秉于六律，六律为万事根本焉，其于兵械尤所重。”

### 3. 罚源契约：“契约”说

此说认为刑罚起源于人们缔结的契约。该观点最初由希腊哲学家吕科弗隆（Lykophrin，约前4世纪上半叶）首倡，他认为“法律只是一种互相保证正义的协定，它理应成公民为善和正义的工具”，后经伊壁鸠鲁（Epikouros，前341—前270）发展，及至17世纪、18世纪为欧洲自然法学派发扬光大，其中尤以卢梭、贝卡利亚为此说之集大成者。

社会契约论认为，国家与法的形成，起源于早期人们为了获得生存的社会保障而自愿转让本属于个人的一些自然权利而缔结的社

会契约，为了保障自己的利益，缔约者同意如果自己侵犯了公众的利益，就应当接受惩罚，卢梭指出：“正是为了不至于成为凶手的牺牲品，所以人们才同意，假如自己做了凶手的话，自己也得死。”<sup>3</sup>

意大利法学家贝卡利亚则更是明确阐明了刑罚权的起源，他说：在人类历史的某个阶段，为了争夺利益，人们相互残杀，朝不保夕，他们非常需要有种东西来“阻止个人专横的心灵把社会的法律重新沦入古时的混乱之中”，“正是这种需要迫使人们割让自己的一部分自由，而且，无疑每个人都希望交给公共保存的那份自由尽量少些，只要足以让别人保护自己就行了。这一份份最少量自由的结晶形成惩罚权”。<sup>4</sup>

#### 4. 罚源目的：“定分止争”说

此说试图从刑罚的目的来阐明其起源。该说认为，规定刑罚的法律是为了定分止争，“定分”指确定名分，即确定所有权；“止争”指禁止争夺。由于中国古代民刑不分，习惯用刑法调整财产权利，因此“定分止争”的唯一方法也就是规定刑罚的刑法。

《荀子·礼论》从人欲出发阐释了法律（主要是刑法）调整的重要性：“礼起于何也？曰：人生而有欲，欲而不得，则不能无求。求而无度量分界，则不能不争。争则乱，乱则穷。先王恶其乱也，故制礼义以分之，以养人之欲，给人之求，使欲不穷乎物，物必不屈于欲，两者相持而长，是礼之起也。故礼者，养也。”“礼”，即礼法，亦习惯法也。正因为人之欲望无限，资源有限，因此必须通过法律定分止争，而法律直接后果就是刑罚。需要说明的是，“定分止争”说的前提是人性本恶，其实也就是“人欲”，每个人都有自己的欲望，因此，也就必须有礼义规范约束人性之恶。所以《荀

子·性恶》说：“故古者圣人以人之性恶，以为偏险而不正，悖乱而不治，故无之立君上之势以临之，明礼义以化之，起法正以治之，重刑罚以禁之，使天下皆出于治，合于善也。是圣王之治而礼义之化也。”

荀子的学生韩非更是用人口增殖而财富不增的理论，表明了以“刑”“定分止争”的必要性。《韩非子·五蠹》曰：“古者，丈夫不耕，草木之实足食也；妇人不织，禽兽之皮足衣也。不事力而养足，人民少而财有余，故民不争。是以厚赏不行，重罚不用，而民自治。今人有五子不多，子又有五子，大父未死而有二十五孙，是以人民众而财货寡，事力劳而养供薄，故民争；虽倍赏累罚而不免于乱。……是以古之易财，非仁也，财多也；今之争夺，非鄙也，财寡也。轻辞天子，非高也，势薄也；重净土橐，非下也，权重也。故圣人议多少，论厚薄，为之政。故罚薄不为慈，诛严不为戾，称俗而行也。”韩非还举例说：一只兔子在野外奔跑，一群人都会去追赶；而将一百只兔子关在市场的笼子中，或把一头牛拴在路边，却无人去牵动。这是为什么？就是因为野外的兔子名分未定，谁追着就是谁的；而市场上的百兔或牛的名分已定，谁再擅自牵拿，即有可能被定为“盗”，要受到刑罚。

### 5. 罚源正义：“正义”说

这派学说认为：刑罚的产生是因为正义的要求。此说为德国著名哲学家康德、黑格尔所主张。“其要领略谓吾人有正义之观念，要求对不正加以相当之责而赎罪。故社会对犯罪科处刑罚系因此正义之要求。”<sup>5</sup> 康德指出：如果你诽谤了别人，你就是诽谤了自己；如果你偷了别人的东西，你就是偷了你自己的东西；如果你打了别人，

你就是打了自己；如果你杀了别人，你就是杀了你自己。因此国家处罚犯罪人，就是满足犯罪人“报复的权利”，而这样做正是对犯罪人人格的尊重。换言之，国家有义务对犯罪人施以刑罚，“如果不这样做，……是对正义的公开违犯”。<sup>6</sup>

黑格尔更是认为：犯罪是对法的否定，刑罚是对犯罪的否定，所以刑罚不过是否定之否定，刑罚具有自在自为的正义，加于犯罪人的刑罚不但是自在地正义的，因为这种刑罚同时是他自在地存在的意志，是他的自由的定在，是它的法，所以是正义的；不仅如此，而且它是在犯人自身中立定的法，处罚他，正是尊敬他是理性的存在。如果国家不对犯罪人处以刑罚，他就得不到这种尊重。<sup>7</sup>

## 6. 罚源防卫：“社会防卫”说

此说认为刑罚之所以产生，是为了防卫社会免受犯罪的侵害。这种观点最初由刑事实证学派所倡导。如刑事实证学派创始人龙勃罗梭认为：“野兽食人，不必问其生性使然，抑故尔作恶；吾人遇之，必毙之而已。禁锢疯犯，亦同此自卫原理。……刑罚必从自卫论，方可无反对之地。”他以进化论作为自己理论的依据，认为社会是一种客观存在之物，受着进化理论的支配，因此，为了社会自身进化起见，对于侵害其生存的犯罪人，有打击与抑制的必要，而国家的刑罚权正是从这种必要性中产生的。英国功利主义法学家吉米·边沁也持此说，他认为：社会秩序，完全依靠国家维持，从维持国家秩序的需要来看，国家有行使刑罚权之必要。<sup>8</sup>

## 7. 罚源异族：“苗民”说

这种关于刑罚起源的说法是中国刑罚起源的特有说法。

我国古代的刑罚，产生在文字起源之前。传说周穆王时，命吕侯（也称甫侯）作刑，制定了一部有“五刑之属三千”的《吕刑》。《尚书·吕刑》中说：“苗民弗用灵，制以刑。惟作五虐之刑，曰法，杀戮无辜。爰始淫为劓、刵、椽、黥。”劓即割鼻之刑，刵是割耳之罚，椽即宫刑，黥即墨刑，吕侯把造刑视为一种残暴、犯罪。

吕侯造刑源自何处？《吕刑》认为来源苗民。苗民也称三苗，在尧、舜时代一直臣服于黄帝。在古人看来，三皇五帝皆为仁圣之君，善于教化臣民，平怨息争，天下太平，和平兴旺。这些圣王是不会用残暴手段对待臣民的。但为什么三皇五帝的后人所生活的年代会出现了刑罚呢？为给当时广泛使用的肉刑找到出处，吕侯他们便把这些刑罚归咎于苗民，认为刑罚起源于苗民。由于“今不如古”，禹以后的帝王仁德不如五帝，故援用了苗民的刑罚。但是由于这些帝王较之野蛮的苗民还是要宽仁得多，于是他们不断对苗民的刑罚进行修改，使之由重变轻，最后发展成了周时使用的五刑。而周穆王又定“赎法”，使受刑者得以金赎刑，这当然也就显得更仁义无比了。

为了突出三皇五帝的仁德，先人们还向我们描述了历史上的一个黄金时代。在这个时代，不存在死刑和肉刑。《路史·前纪》说祝诵氏：“刑罚未施而民化”；《路史·后纪》说神农氏：“刑罚不施于人而俗善。”《商君书·画策》也说：“神农之世，刑政不用而治。”桓谭《新论》总结道：“无刑罚谓之皇。”没有刑罚，正是三皇所以被称为皇的缘故。<sup>9</sup>人们又说，当时的华夏大地只有象刑，而无肉刑。象刑者，顾名思义，只是一种象征性的刑罚。《尚书大传》说：“唐虞之象刑，上刑赭衣不纯，中刑杂屨，下刑墨幪，以居州里，而民耻之。”意思是犯轻罪的人蒙上黑色头巾，犯中罪的人穿上特殊的

鞋子，犯重罪的人则让其穿上赭色无领的衣服，让犯罪的人感到羞耻。但对这种说法，早在战国时期就有人提出非议。如荀况就认为“象刑殆非生于治古，并起于乱今也”<sup>10</sup>，古无肉刑也就不可能有象刑，只是先人们为了维护三皇五帝仁德圣明的形象，一直不承认历史的真实，久久地沉浸在对实行象刑的治世的仰慕、向往之中<sup>11</sup>。

上述诸多学说，虽然在今人看来，有些不乏荒诞，但它们毕竟是人类在特定时候的一种认识，以大历史的眼光来看，至少具有历史合理性。罚源“天”说与当时君权神授的观念密不可分，在普遍敬畏天道的古代社会，这种学说显然能为刑罚的正当性提供最强有力的辩护，有助于在短时间内统一社会认识，维护社会的秩序，同时它还能够从某种意义上约束统治者行为，让其恪守天道，毋要过分滥施刑罚，否则将遭天谴；罚源“苗民”说虽将当时的残暴刑罚归咎苗民，于实际似有不符，但其正是希望从远古寻找刑罚轻缓的根据，借助“今不如古”的逻辑改革当时残暴的刑罚制度，有意思的是，中国古代、近代的历次改革皆因循此种逻辑；罚源“契约”说更是具有重大的启蒙意义。正是这种理论开启了人类废除酷刑、限制刑罚权的大潮，刑罚人道主义开始深入人心，但是契约论并不符合国家初始状态的实质，它带有理想主义的色彩，是以现代观点解说古代社会，“国家根本不是一个契约，保护和保证作为单个人的生命财产也未必说是国家实体性的本质，反之，国家是比个人更高的东西，它甚至有权对这种生命财产提出要求，并要求其为国牺牲”<sup>12</sup>。

至于其他学说，也并非完全错误，它们至少在表象上解释了刑罚的起源：刑罚与刑罚的产生和战争密不可分，正是因为战争才有

最初的军律；刑罚当然要定分止争，否则人类社会无法正常运转；刑罚更要符合正义的要求，否则它就不可能常行于世；刑罚当然也要防卫社会，保证社会的基本秩序。

然而表象并非实质，透过表象，我们应该窥见更深的本质。刑罚当然不是谁创造的，所谓吕侯作刑，只是古人的一种攀附之说，即使史上存有其事，吕侯也不过是将以前的经验总结提炼。<sup>13</sup> 刑罚是一种自生自发的东西，它和道德、宗教、语言、书写、货币、市场以及整个秩序，都是“人之行动而非人之设计的结果”（哈耶克语），刑罚是一种进化的结果，在进化过程中，它渐渐满足了战争的需要，实现了定分止争的目的，符合正义的要求，维护社会的秩序，最后逐渐为统治阶层总结定型。

## 二、回溯与前瞻

中国的刑罚发展经历了三个阶段，贯穿了两种发展趋势。

第一个阶段是奴隶制旧五刑从形成到衰亡阶段。

旧五刑为：墨、劓、刖、宫、大辟，以肉刑为主，主要存在于奴隶制社会。根据现有的史料记载，五刑在夏朝已初具雏形，《左传·昭公六年》说：“夏有乱政，而作禹刑。”《尚书·大传·吕刑》中有“夏刑三千”的记载。《周礼·秋官·司刑》注曰：“夏刑大辟二百，膻刑三百，宫刑五百，墨、劓各千。”五刑在夏朝已经存在，当是不假。到了商朝，五刑就更通行。《左传·昭公六年》：“商有乱政，而作汤刑”。“汤刑”是商代法律的总称，它是在禹刑的基础上增删而成，其中有许多关于五刑的记载，今天出土的甲骨文也可

资佐证。西周时，五刑制度趋于完善。据《周礼·秋官·掌戮》记载：“掌五刑之法，以丽万民之罪。墨罪五百，劓罪五百，宫罪五百，刖罪五百，杀罪五百。”

旧五刑异常野蛮、残酷。《周礼·秋官·司刑》注曰：“墨，黥也。先刻面，以墨窒之。”“劓，截鼻。”“刖，断足也。周改膺作刖。”“宫者，丈夫割其势，女子闭于宫。”大辟则更是用诸多匪夷所思的方法至人毙命。除此以外，为了维护统治阶层的统治，统治者还发明了无数更为严酷的刑罚，如《汉书·刑法志》记载：“陵夷至于战国，韩任申子，秦用商鞅，连相坐之法，造参夷之诛，增加肉刑，大辟有凿颠、抽胁、镬烹之刑。”

汉初亦沿袭秦制，“汉兴之初，虽有约法三章，纲漏吞舟之鱼，然其大辟，尚有夷三族之令。令曰：当三族者，皆先黥，劓，斩左右止，笞杀之，梟其首，菹其骨肉于市。其诽谤詈诅者，又先断舌。谓之具五刑”<sup>14</sup>。其刑之残酷较之暴秦，毫不逊色。

汉文帝十三年（前167），文帝下诏废除肉刑，历史终于迎来转机。文帝下诏曰：“当黥者，髡钳为城旦舂；当劓者，笞三百；当斩左止者，笞五百。”这是中国刑罚史上一次划时代的变革，它标志着曾经尘嚣其上的旧五刑制度走向衰亡，虽然这一过程仍是无比漫长。

第二个阶段是封建制新五刑从形成到衰亡阶段。

文帝废肉刑，为封建新五刑的发展奠定了基础，虽然其后不乏肉刑存废之争论，但总体说来，奴隶制的旧肉刑已日暮西山、穷途末路。随着政治、经济的发展，封建五刑逐渐发展成熟。北齐和北周时期出现了新五刑的萌芽，北周五刑曰：杖、鞭、徒、流、死，北齐五刑曰：杖、鞭、刑罪、流、死，肉刑基本被剔除干净。