

萬 有 文 庫

第一集一千種


王 雲 五 主 編

中國刑法溯源

(一)

徐 朝 陽 著

商務印書館發行



中國刑法溯源

(一)

徐朝陽著

國學小叢書

# 目次

## 第一編 總論

第一章	刑法之名稱	一
第二章	刑法之意義	三
第三章	刑法之編制	八
第四章	刑法與刑事法	一三
第一節	法院編制法	一四
第二節	刑事訴訟法	一六
第五章	刑法之成立	二〇
第六章	刑法之制度	二〇

第七章	刑法之目的	三六
第一節	應報主義	三七
第二節	豫防主義	四一
第八章	國家刑罰權之根據	四七
第一節	刑法與天道	四九
第二節	刑法與道德	五六
第九章	刑法之公布	七一
第十章	刑法之施行	七六
第十一章	刑法之效力	八〇
第一節	關於時之效力	八〇
第二節	關於人之效力	八五
第三節	關於地之效力	九〇

# 第二編 犯罪

第一章 總說·····	九五
第二章 族罪刑考·····	九六
第三章 犯罪之要素·····	一〇四
第一節 總說·····	一〇四
第二節 責任·····	一〇七
第一款 總說·····	一〇七
第二款 責任能力·····	一〇八
第一項 未滿七歲及七十歲以上人·····	一〇八
第二項 精神病人·····	一一五
第三款 責任要件·····	一一七

第一項	故意	一一七
第二項	錯誤	一一〇
第三項	過失	一二三
第三節	不法行爲	一二六
第一款	總說	一二六
第二款	正當防衛及緊急避難行爲	一二七
第三款	復讐行爲	一三五
第四款	職務行爲	一四〇
第五款	業務行爲	一四一
第六款	親權行爲	一四一
第七款	自害行爲	一四二
第四章	犯罪之狀態	一四六

第一節	總說	一四六
第二節	累犯	一四七
第三節	併合論罪	一五二
第四節	共犯	一五四

## 第三編 刑罰

第一章	刑罰之意義	一五六
第二章	刑罰之種類	一五八
第一節	總說	一五八
第二節	生命刑	一六〇
第三節	身體刑	一六四
第一款	總說	一六四

第二款	身體刑之種類	一六六
第一項	墨	一六七
第二項	劓	一七一
第三項	剕	一七一
第四項	宮	一七五
第五項	刖	一八〇
第四節	財產刑	一八一
第一款	罰金	一八六
第二款	沒收	一九八
第五節	名譽刑	二〇二
第六節	能力刑	二〇五
第七節	自由刑	二〇八



第一款	總說	二〇八
第二款	自由刑之種類	二〇九
第一項	流刑	二〇九
第二項	徒刑	二一六
第一目	無期徒刑	二一六
第二目	有期徒刑	二一八
第三項	懲役刑	二二一
第一目	有期徒刑	二二三
第二目	無期懲役自由刑	二二六
第三章	刑之適用	二三二
第一節	總說	二三二
第二節	法律上之加減	二三五

第三節 審判上之加減	一三七
第四章 刑罰之執行	一四一
第一節 總說	一四一
第二節 生命刑之執行	一四二
第一款 生命刑執行之方法	一四二
第二款 生命刑執行之場所	一五二
第三款 生命刑執行之時期	一五七
第三節 身體刑之執行	一五九
第四節 自由刑之執行	一六〇
第五節 財產刑之執行	一六一
第六節 刑罰執行之易科	一六二
第一款 易科罰金	一六二

第二款 財產刑之易科……………二六三

第五章 刑罰之消滅……………二六五

## 第四編 監獄

第一章 總說……………二七〇

第二章 監獄之名稱……………二七〇

第三章 監獄之種類……………二七四

第四章 監獄之構造……………二七六

第五章 給養……………二七八

第六章 勞役……………二八四

第七章 教誨……………二八七

第八章 衛生及醫治……………二八九

目次

九

第九章 刑具……………二九〇

# 中國刑法溯源

## 第一編 總論

### 第一章 刑法之名稱

法律之用語，代有不同，三代以上，通稱爲刑。帝舜居攝，命皋陶制刑；嗣夏有禹刑，商作湯刑，周作九刑，是法律之用語，最早爲刑。而路史後紀風俗通傳子諸書，謂皋陶造科律，則似律之名詞，與刑同時產生，未足徵信。見於經傳次於刑者爲罰；故書康誥云：「般罰有倫」也。法之名詞，亦產生於夏商時代，呂氏春秋先識篇云：「夏太史令終古出其圖法。」般內史云：「於是載其圖法。」周

禮又名刑法爲典，大司寇掌建邦之三典，以佐王刑邦國是也。此外又有法，則憲之名稱，法律之用語，漸就紛歧矣。韓非有度篇云：『矯上之失，詰下之邪，治亂決繆，絀羨齊非，一民之軌，莫如法，屬官威民，退淫殆，止詐僞，莫如刑。』詮釋刑法，精義無遺。然不稱刑法，而曰刑名，如韓非楊權篇云：『周合刑名，民乃守職。』荀子正名篇云：『刑名從商』故刑名爲當時刑法之名詞。稱刑法學爲刑名學，如史記申子傳云：『學本於黃老而主刑名。』商鞅傳云：『鞅少好刑名之學。』韓非傳云：『喜刑名法術之學。』刑名與法術之性質，迥然不侔，非茲章範圍，略而不論。人文漸進，學術競爭，人治法治之爭端尤烈。法律之用語，類皆稱法，而各書稱刑者猶多。蓋我國刑法發達甚早，刑之一字，含義至廣，殆指一切法律而言。自諸子競爭，賦事行刑，皆云曰法，於法律之義較廣；然其所指，亦不外刑法一端。可知春秋戰國二季法律之用語，益滋蔓雜。總之，三代前法律普通之用語爲刑；三代後普通之用語爲法。迨商鞅相秦，改法爲律，漢因之，後世著爲定語。故律之稱，較爲晚出。實則刑法，律字雖異，而其義蓋無不同焉。禮王制：刑者，侖也，一成而不可變。爾雅云：法，常也。說文云：法，刑也。尚書大傳云：奉天之大律，註：律法也。說文註：律者，所以範天下之不一而歸於一也。至若『法律』之名

詢，實肇始於管子七臣七主雜篇云：『法者，所以興功懼暴也；律者，所以定分止爭也。』此就法律二者之解釋。而法法篇云：『不爲愛枉法律。』法律與政令，同其重要。故曰：『法律政令者，吏民規矩繩墨也。』（七臣七主雜篇）韓非子云：『舍法律而言先王明君之功者，上任之以國。』（飾邪篇）亦以法律並言也。

## 第二章 刑法之意義

刑法之意義，可分實質與形式兩方面言之。所謂實質的定義者何？即刑法者規定犯罪與刑罰之法令也。刑法之內容應以犯罪刑罰同時規定，則其性質與界限，釐然不爽，既有涇渭之別，自無混同之虞。論者以爲古代觀念於犯罪刑罰未能判然，如處死刑者而曰死罪，處徒刑者而稱徒罪，不別因果本末之關係，不有楚漢鴻溝之劃分。不知舜典流宥五刑，鞭作官刑，扑作教刑，金作贖刑之載，刑罰之種類，昭如日星；史記五帝本紀賊、貪、賄、墨之記，犯罪之名稱，朗若列眉。他如周禮秋官載有明文云：『凡殺其親者焚之』則殺其親者，其犯罪也，刑之因也；焚之者，其刑罰也，罪之果

也，與現行刑法第二百八十三條殺尊親屬者處死刑之規定，又何以異此其一證，不遑多引，誰謂中國古代之刑法，於犯罪與刑罰無區別其間哉？所謂形式的定義者何？即刑法爲刑法法典之謂也。夫既成國家，法令之施，不止一種，其非關於犯罪與刑罰之規定，自不得謂之刑法；即凡其他法令中有關於犯罪與刑罰之規定，亦不得謂爲刑法。就現世而論，若商法訴訟法以及其他種法規關於犯罪及刑罰之規定，莫不屬於刑法之性質；然而不能認爲刑法，何也？其非爲刑法法典也。就古代而論，爲周禮之所規定者，如：

天官大冢宰云：

『正月之吉，始和布法於邦國都鄙，乃縣治之法於象魏，使萬民觀治象。』

地官大司徒云：

『正月之吉，始和布教於邦國都鄙，乃縣教象之法於象魏，使萬民觀教象。』

夏官大司馬云：

『正月之吉，始和布政於邦國都鄙，乃縣政象之法於象魏，使萬民觀政象。』



參稽周禮天官、地官、夏官記載，曷常不有關於犯罪與刑罰之規定，然不能謂天官之治法；地官之教法；夏官之政法，爲刑法也。若秋官大司寇：

『正月之吉，始和布刑於邦國都鄙，乃縣刑象之法於象魏，使萬民觀刑象。』  
斯則爲刑法矣。古今法理，實屬一致。

實質與形式二方面之定義，均已如前述。茲就刑法二字，在我國文字學上之意義，加以詮釋焉。先釋刑，玉篇云：

『罰總名也。』

故易豐卦云：

『君子以折獄致刑。』

違於法，則入於刑，有一定不易之性質，如禮記王制云：

『刑者侗也，侗者成也，一成而不可變。』

刑與荆通，（見玉篇及韻會）荆旁從井，含有秩序之意，蓋井之語源出於井田，周制授田之法，以