

# 中國刑法史

## 新論

张晋藩 林 中 著  
王志刚

間... 著... 刑... 史... 論... 新... 著... 林... 中... 著... 張... 晉... 藩... 著... 王... 志... 剛... 著... 刑... 法... 史... 中... 國... 新... 論... 著... 林... 中... 著... 張... 晉... 藩... 著... 王... 志... 剛... 著... 刑... 法... 史... 中... 國... 新... 論... 著... 林... 中... 著... 張... 晉... 藩... 著... 王... 志... 剛... 著...



內三卷一號

2 019 7493 4

# 新倫 中國刑法史

张晋藩 林 中 王志刚 著



(京)新登字051号

**中国刑法史新论**

张晋藩 林 中 王志刚 著

人民法院出版社出版发行

(北京东交民巷27号)

新华书店经销

东华印刷厂印刷

787×1092毫米 32开 18.625印张 406千字

1992年3月第1版 1992年3月第1次印刷

印数：00001—5,000

书号：ISBN 7—80056—099—6/D·413 定价：8.00元

## 前 言

中国刑法史的研究是中国法制史研究领域中的一个重点，海内外学者为此倾注了相当的心血，一批有价值的论著业已问世。但是，单纯着眼于中国刑法史的研究与探讨，在研究方法上有着难以克服的局限性，不仅视野不够开阔，而且由于缺乏与世界其他国家刑法发展的纵横交叉的对比研究，也影响到对中国古代和近代犯罪与刑罚制度的产生、发展及其演变规律的深入探讨。因此，本书采用比较法学的某些方法，将中国刑法史与其他法系的国家的刑法发展史进行对比研究，这既可以填补中国法制史研究领域中的一项空白，又是一条使中国刑法史的研究趋向深化的途径。

由于中国古代法典编撰结构“刑民不分”、“诸法合体”，而刑法是中国古代最基本的法律形式，因此，中国古代刑法史也就成为中国古代法律史的主要内容。不仅如此，由于夏商周三代“刑”与“法”二者的含义相同，没有严格的界限，所谓“法（灋）者，刑也”；“刑，常也，法也”。因此，刑的产生，也就是法的起源。从刑产生的具体过程中我们还可以探讨国家形成的途径，因为，刑（法）是实现国家统治的重要工具。

众所周知，中国是世界上文明发达最早的国家之一。根据典籍，五帝时代已有了刑的记载。至夏商周奴隶主贵族统治时期，习惯法虽仍占有较大的比重，并起着调节社会关系的

不可忽视的作用，但成文的刑法，即所谓《禹刑》、《汤刑》、《吕刑》已经出现。特别是周朝，不仅已经初步区分故意与过失、偶犯与一贯，并有相应的处刑原则，而且在罪名、刑名、刑法体系及刑法思想等各个方面，都达到了一定的水平。战国时期，魏文侯司寇李悝，在总结春秋中叶以来各诸侯国立法经验的基础上，著《法经》六篇。商鞅受之入相于秦，改法为律。1975年湖北云梦秦简的发现，再现了秦刑法的轮廓，它所反映出的刑法原则和规范表明，秦刑法不仅奠定了中国封建刑法的基础，而且显示出了中国古代的灿烂文化，就世界范围而言，在当时也可谓是陡起的高峰。

经过秦汉魏晋南北朝至公元618年，强盛的封建王朝——唐建立了，唐朝制定了著名的《永徽律》，使得刑法原则更加规范化，刑法概念渐趋于固定和较为科学。刑名也从较为原始的五刑——墨、劓、刖、宫、大辟，演变为笞、杖、徒、流、死五刑。唐律既是中国封建刑法的楷模，也是东南亚一带封建国家立法的范本，其影响广泛而又深远。由唐迄清，法典的结构形式发生了明显的变化，犯罪种类大为增加，反映封建社会后期时代特点的刑法原则也相继出现。

清末修律是中国封建刑法向半殖民地、半封建刑法转变的标志。《大清新刑律》所确立的罪名体系、刑名体系，特别是罪刑法定原则以及以罪名为章名进行刑法分则编纂的方法，和以刑法“总则”代替封建“名例”的变革等等，在中国刑法史上具有划时代的意义。在此之后，1935年《中华民国刑法》的颁行，刑法对封建伦常关系特别保护的消失，“侵犯皇室罪”的被删除，“妨害工农商罪”的出现以及大量特别刑事立法的颁布实施等等，都表明了半殖民地半封建刑法的

近代化趋势。

在刑法思想方面，奴隶制时代崇尚天罚，宣扬兵刑合一，同时也提出了刑德“二柄”的思想。进入封建社会以后，法家主张重刑轻罪，以刑去刑。至西汉确立儒家思想的正统地位，阴阳五行与天人感应之说，开始渗入刑法领域，特别是在儒家纲常教义的影响下，德主刑辅、明刑弼教成为立法的指导思想，一直贯穿到清末。清末“参考古今，博稽中外”的立法思想的确立，一方面在《大清新刑律》中保留了浓厚的封建色彩；另一方面，也大大加速了中国封建刑法向半殖民地半封建刑法转化的步伐。

中国的地理位置、自然环境和古代及近代社会经济结构、政治体制、文化传统、思想观念都具有不同于其他国家的鲜明特点。中国封建社会基本的刑法理论、刑法原则和罪名、刑名都辗转承袭，沿革清晰。因此，刑法自成体系，特色鲜明，独树一帜。对清末和国民党刑法的研究，将揭示出中国封建刑法解体以及中国刑法近代化的基本过程。

运用比较法学的方法研究中国刑法史，在指导思想上，必须坚持以马克思主义基本原理为指导，用历史唯物主义的方法分析和认识法律现象。否则，如果离开对特定历史时期和特定历史条件下经济、政治、阶级关系的分析，只是就事论事地比较某些法律现象，得出的结论就难免会失之偏颇。在这种情况下，比较的方法就会失去了科学性而丧失应有的价值。

在具体的研究方法上，应该坚持纵向比较与横向比较的统一。通过对中国刑法发展历史的纵向比较研究，将有助于我们认识刑法在不同历史时期变化、更替的规律，认识不同

历史时期不同政治、经济条件对刑法的影响，认识在不同历史时期刑法的作用。通过对中国刑法与其同时期并存的其他法系的国家刑法的比较研究，则将有助于我们拓宽中国刑法史研究的视野，进一步认识和把握刑法历史发展的规律，为全面地汲取刑法史中的丰富经验，为我国社会主义刑法的建设提供有益的参考和借鉴。

# 目 录

前 言	( 1 )
第一章 刑法的起源	( 1 )
第一节 古代刑法的涵义	( 1 )
一 中国古代刑、法、律的内涵	( 1 )
二 中国古代“法律”用语的特点	( 4 )
三 中国古代“刑法”的涵义	( 7 )
第二节 刑法的起源	( 9 )
一 由象刑到阶级社会刑罚的转变	( 9 )
二 中国刑法起源的特殊性	( 16 )
第二章 刑法的发展	( 25 )
第一节 奴隶制刑事立法	( 25 )
一 奴隶制刑事立法的概况	( 25 )
二 奴隶制刑事立法的特点	( 31 )
第二节 封建制刑事立法	( 43 )
一 公布成文刑法	( 43 )
二 秦的刑事立法	( 52 )
三 两汉的刑事立法	( 64 )
四 隋唐的刑事立法	( 74 )
五 明清的刑事立法	( 82 )
第三节 近代刑事立法	( 88 )
一 清末的刑事立法	( 88 )



二	北洋军阀、国民党统治时期的刑事立法···	( 90 )
<b>第三章</b>	<b>刑法的体系</b> ·····	( 94 )
第一节	封建刑法体系·····	( 94 )
一	封建刑法体系的形成和发展·····	( 95 )
二	封建刑法体系的特点·····	( 106 )
第二节	近代刑法体系·····	( 114 )
<b>第四章</b>	<b>刑法思想</b> ·····	( 133 )
第一节	奴隶制刑法思想·····	( 133 )
一	宣扬天罚·····	( 133 )
二	明德慎罚·····	( 139 )
三	礼法并用·····	( 141 )
四	反对严刑峻法·····	( 148 )
五	立政先于执法·····	( 149 )
第二节	封建刑法思想的形成和发展·····	( 150 )
一	商鞅改“法”为“律”·····	( 150 )
二	春秋战国时期的刑法思想·····	( 155 )
三	秦的刑法思想·····	( 162 )
四	两汉的刑法思想·····	( 167 )
五	唐以后的封建正统刑法思想·····	( 175 )
第三节	封建正统刑法思想的特点·····	( 176 )
第四节	近代刑法思想·····	( 179 )
<b>第五章</b>	<b>刑法原则</b> ·····	( 183 )
第一节	奴隶制刑法原则·····	( 183 )
一	奴隶制刑法的一般原则·····	( 184 )
二	奴隶制刑法的特殊原则·····	( 186 )
第二节	封建刑法原则·····	( 188 )

一	封建刑法基本原则的形成	( 189 )
二	封建刑法基本原则的内容及特点	( 206 )
第三节	近代刑法原则	( 227 )
一	清末刑法的原则	( 227 )
二	国民党刑法原则	( 229 )
三	资产阶级刑法原则	( 230 )
<b>第六章</b>	<b>刑法的执行</b>	( 235 )
第一节	研究刑法执行的意义	( 235 )
第二节	春秋决狱和以例代律	( 237 )
第三节	刑法的解释	( 244 )
一	封建刑法的解释及其特点	( 244 )
二	封建刑法中一些重要名词的解释	( 255 )
第四节	类推和效力范围	( 261 )
一	古代刑法关于类推的特别规定	( 261 )
二	封建刑法的溯及力和罪刑法定主义问题	( 267 )
三	封建刑法关于地与人的效力	( 273 )
<b>第七章</b>	<b>犯 罪</b>	( 278 )
第一节	犯罪概念	( 278 )
第二节	犯罪构成	( 296 )
一	严密而发达的罪状描述	( 297 )
二	犯罪主体	( 298 )
三	犯罪主观方面	( 305 )
第三节	犯罪形态	( 325 )
一	惩治思想犯、犯罪预备及未得逞犯罪	( 325 )
二	封建刑法中的共同犯罪及特点	( 332 )
第四节	阻却违法行为	( 345 )

一	依法令的行为	( 345 )
二	自弃行为(即自害、自伤行为)	( 349 )
三	被害人承诺的行为	( 352 )
四	依所属上级官吏命令的职务上的行为	( 353 )
五	业务上的正当行为	( 355 )
六	正当防卫	( 359 )
七	紧急避险	( 363 )
<b>第八章</b>	<b>奴隶制刑法中的罪名</b>	<b>( 365 )</b>
第一节	奴隶制刑法中的罪名	( 365 )
一	不孝不友罪	( 365 )
二	侵犯国君罪	( 366 )
三	危害政权罪	( 367 )
四	杀人罪	( 368 )
五	侵犯财产罪	( 368 )
六	变更等级名分罪	( 369 )
七	群饮罪	( 370 )
八	违反军令罪	( 370 )
九	失农时罪	( 371 )
十	淫乱罪	( 371 )
十一	同姓为婚罪	( 371 )
十二	杀嫡立庶罪	( 372 )
十三	违背约契罪	( 372 )
第二节	奴隶制刑法中罪名的特点	( 373 )
<b>第九章</b>	<b>封建制刑法中的罪名</b>	<b>( 402 )</b>
第一节	秦刑法中的罪名	( 402 )
一	危害政权罪	( 402 )

二	侵犯人身罪	( 407 )
三	侵犯财产罪	( 410 )
四	职务上的犯罪	( 413 )
五	逃避赋役罪	( 419 )
六	妨害婚姻家庭罪	( 423 )
七	强奸、通奸罪	( 424 )
八	债务犯罪	( 424 )
<b>第二节 两汉刑法中的罪名</b>		( 425 )
一	危害政权罪	( 425 )
二	亵渎皇权、危害皇帝人身安全罪	( 429 )
三	危害中央集权罪	( 433 )
四	逃避赋役和破坏财经政策罪	( 436 )
五	侵犯公私财物罪	( 439 )
六	侵犯人身罪	( 440 )
七	官吏职务犯罪	( 444 )
八	思想言论罪	( 448 )
九	违反伦常罪	( 451 )
<b>第三节 隋唐、明清刑法中的罪名</b>		( 452 )
一	隋唐刑法中的罪名	( 452 )
二	明清刑法中的罪名	( 460 )
<b>第四节 封建刑法中罪名的特点</b>		( 465 )
<b>第十章 近代刑法中的罪名</b>		( 468 )
<b>第一节 晚清修律时期刑法的罪名</b>		( 468 )
<b>第二节 北洋军阀、国民党统治时期刑法的罪名</b>		( 472 )
一	北洋军阀统治时期刑法的罪名	( 473 )

二	国民党统治时期刑法的罪名	( 475 )
<b>第十一章</b>	<b>刑 罚</b>	( 481 )
第一节	刑罚的目的	( 481 )
一	报应主义	( 481 )
二	预防主义	( 485 )
第二节	五刑的沿革	( 486 )
一	战国和秦对奴隶制五刑的继承和发展	( 487 )
二	汉文帝的刑罚改革	( 487 )
三	封建制五刑在隋开皇律中的确立	( 488 )
第三节	刑罚的执行	( 489 )
一	秋冬行刑	( 489 )
二	数罪并罚	( 491 )
三	刑之加減	( 497 )
第四节	保安处分	( 499 )
<b>第十二章</b>	<b>奴隶制刑法中的刑名</b>	( 504 )
第一节	奴隶制刑法中的刑名	( 504 )
第二节	奴隶制刑名的特点	( 514 )
一	死刑执行方式的繁多与死刑严酷	( 514 )
二	肉刑在刑罚制度中占居主要地位	( 516 )
三	同罪异罚	( 518 )
四	关于赎刑与罚金	( 520 )
五	关于刑罚中原始复仇的遗痕	( 526 )
<b>第十三章</b>	<b>封建制刑法中的刑名</b>	( 531 )
第一节	秦刑法中的刑名	( 531 )
一	死刑	( 531 )
二	肉刑	( 535 )

三	作刑	( 537 )
四	笞刑	( 540 )
五	髡、耐、完刑	( 541 )
六	迁刑	( 542 )
七	贖	( 542 )
八	赎刑	( 544 )
九	废、谪、免	( 545 )
十	收	( 546 )
第二节 两汉刑法中的刑名		( 547 )
一	死刑	( 547 )
二	肉刑	( 549 )
三	笞刑	( 555 )
四	徒刑	( 555 )
五	赎刑	( 557 )
六	迁徙	( 558 )
七	禁锢	( 559 )
八	罚金	( 560 )
第三节 隋唐、明清刑法中的刑名		( 561 )
一	隋唐刑法中的刑名	( 561 )
二	明清刑法中的刑名	( 565 )
第四节 封建刑名的特点		( 569 )
<b>第十四章 近代刑法中的刑名</b>		( 572 )
第一节 晚清修律时期的刑名		( 572 )
第二节 北洋军阀、国民党统治时期的刑名		( 577 )
<b>后 记</b>		( 581 )

# 第一章 刑法的起源

## 第一节 古代刑法的涵义

### 一 中国古代刑、法、律的内涵

中国古代表达法律的用语，在不同的历史时期是不同的。战国以前称刑，如：《禹刑》、《汤刑》、《九刑》、《吕刑》、《刑书》、《刑鼎》。见于三代以上典籍中的刑，兼有法与罚的两层含义。《尔雅·释诂》：“刑，常也，法也。”《易》：“井（刑），法也。”《风俗通》：“井（刑）者，法也，节也。”《礼记·王制》：“刑者例也，例者成也，一成而不可变也。”上述引文中的刑，是与法同义的。至于以刑为罚者，如：《尚书·大禹》：“刑期于无刑。”《吕刑》：“苗民弗用灵，制以刑，惟作五虐之刑，曰法。”《周礼·小宰职》：“不用法者，国有常刑。”《易》：“君子以折狱致刑。”而在《说文》和《玉篇》等训诂学书中的解释尤为明确。《说文》：“刑，国之刑罚也”；“荆，罚罪也，从井从刀。”《玉篇》：“刑，罚之总名也。”《说文》还把刑解释为“刳，剉也”，即断首之罚。由于以刑为罚，因此才将动用甲兵的征伐行动视为“大刑”，所谓“大刑用甲兵”，兵刑合一之说即由此起。

春秋战国时期，诸子提出“刑名”的概念，就其内涵而

言与刑法同。如：《史记·商鞅列传》：“缺少好刑名之学。”《史记·韩非传》：“（非）喜刑名法术之学。”在二十四史中虽有《刑法志》的门类，但刑与法二字很少连用，更没有形成后世刑法学科的概念。经常是以“刑”或“法”、“律”作为刑法的略语。例如，“刑者，所以驱耻恶，纳入于善道也。”<sup>①</sup>这里所说的刑就是指刑法而言。又如：“夫刑者，制死生之命，详善恶之源，翦乱诛暴，禁人为非者也。”<sup>②</sup>则是进一步阐明了刑法的任务与职能。杜佑《通典》中的“刑典”，马端临《文献通考》中的“刑考”，其“刑”实际都是刑法的略语或简称。

至于法这个概念，在三代以后始广泛运用。如晋有《被庐之法》，楚有《芋门之法》。魏李悝则撰次诸国法，著《法经》六篇。按法字的古写为“金”，其义如《尔雅·释詁》所解释的：“法，常也。”以后《说文》作了内容更为丰富的阐述：“灋，刑也。平之如水，从水；灋所以触不直者去之，从去。”《广雅》：“麋，法也，又兽名。”并在注文中说：“麋似鹿而一角，人君刑罚得中，则生于朝廷。”《说文》：“麋，兽也，似山牛一角，古者决讼，令触不直。”汉时王充认为：“麋，一角之羊也，性知有罚。皋陶治狱，其罪疑者，令羊触之，有罪则触，无罪则不触。”<sup>③</sup>上述神兽裁判之说虽属荒诞，但却反映了原始的神明裁判的习俗。而以法从水，从“麋”，借此比喻法的“平”、“直”，

① 《白虎通》卷九注。

② 《隋书·刑法》序。

③ 《论衡·是应》。



则反映了古人对法的理解。从马克思主义的法律观看来，这是一种掩饰法律阶级实质的反科学的谬说，它的长期流行表现了剥削阶级的利益和需要。除此之外，在古籍中还可以找到对于法的其它解释。例如，《玉篇》：“法，则也。”是把法看作是固定的准则；《尔雅·释名》：“法，偁也。偁而使之，有所限也。”按《集韵》，偁与逼同，以法为偁，说明了它是强制约束人们行为的一种规范。因此，法与禁常常连用。《后汉书·虞诩传》说：“法禁者，俗之堤防。”不仅如此，法还被比喻为度量。以法量罪行之轻重，定科刑之尺度。《淮南子》说：“法者，天下之度量也，而人主之准绳也。”

至于律，战国时商鞅受《法经》以相秦，改法为律。按《说文》：“律，均布也，从律声。”均布是指古乐器中调节音律的工具，起着“标准”的作用，所谓“范天下之不一，而归于一”。据说虞舜时代，“皋陶谟虞造律”，可见舜时的律，已经失去了原义而具有法的性质。《管子·七臣七主》：“律者，所以定分止争也。”《尔雅·释名》：“律，累也。累人心使不得放肆也。”表明律要求人们的行为整齐划一，服从于既定的规范。丘潜《大学衍义补》中，曾对刑演化为律的原因作了以下说明：“律之言，昉于虞书，盖度量衡，受法于律，积黍以盈，无锱铢爽，凡度之长短，衡之轻重，量之多寡，莫不于此取正。律以著法，所以裁判群情，断定诸罪，亦犹六律正度量衡也。故制刑之书，以律名焉。”<sup>①</sup>

---

① 《大学衍义补》卷一百零二。