

论证犯罪学

(增订本)

L U N Z H E N
F A N Z U I X

周密 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

LUNZHENG FANZUI XUE

论证犯罪学

(增订本)

L U N Z H E N
F A N Z I X

周密 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

ILINZHENGCRANZIIXIE

图书在版编目(CIP)数据

论证犯罪学(增订本)/周密著. —北京:北京大学出版社, 2005. 3

ISBN 7-301-08620-2

I. 论… II. 周… III. 犯罪学-研究 IV. D917

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 004920 号

书 名: 论证犯罪学(增订本)

著作责任者: 周密 著

责任编辑: 王继霞 邓丽华

标准书号: ISBN 7-301-08620-2/D · 1084

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排版者: 北京高新特打字服务社 51736661

印刷者: 世界知识印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 24 印张 457 千字

2005 年 3 月第 1 版 2005 年 3 月第 1 次印刷

定 价: 38.00 元

序

“论证犯罪学”作为一种独具特色的犯罪学研究方法,构成了其特有的学科体系。它是运用辩证唯物主义和历史唯物主义的世界观和方法论来解释犯罪的本质、特点、社会危害及其社会效应,犯罪的主、客观复杂原因和犯罪场,并综合地研究犯罪的预测和预防,惩处犯罪和改造罪犯的一门跨学科、边缘性综合科学。它用独特的视角和论证的方法来阐释犯罪学的丰富内容和复杂问题。

“论证”一词概述本书的立论根据,意在运用论据(事实和学理)来证明论题的真实性,是由论据推出论题时所使用的推理形式。富有逻辑性,兼涵辩证法。这就是本书命题的用意之所在,独立于犯罪学众多学说之林。

该书在1991年由群众出版社出版后,引起了我国犯罪学界的密切关注,由中国犯罪学研究会前会长康树华等主编的《犯罪学大辞书》设专条加以解释和介绍,并指出:“我们相信,这个新兴学科必将在新的研究和实践之中获得新的发展。”^①随后在十数年的教学实践中,笔者不断充实其内容,深化理论观点,修正某些差误,完善学科体系,终成正果。

《论证犯罪学》1991年初版以来,虽然受到同行的好评,但印刷差误较多,如不及时修订再版,深恐发生误导。《北京大学关于进一步推进课程建设的决定》于1997年把该书的修订确定为“九五”课程建设项目之一。历时4年,再次付梓。

犯罪学的学科地位在中国犯罪学研究会的多次年会上都出现争议,在科学研究上也存在不少分歧。特别是在犯罪学与刑法学的关系上意见不同尤甚。但在作者看来这些讨论是有价值的。刑法学和犯罪学的共同任务是同社会犯罪作斗争,目的又都在减轻或消除犯罪对社会的危害,并为最终消灭犯罪创造条件。在早已有了同犯罪作斗争的刑法学后,又应运产生了犯罪学这一类同的学科,却又不是叠床架屋,而是人类社会进入资本主义垄断阶段后,生产的社会化和资本主义私人占有制的矛盾日益尖锐和激化,由此而引起的社会犯罪日益高涨,犯罪率不断提高,而资产阶级国家大力加强刑事镇压和惩罚后仍不能有效遏制犯罪日益增长的势头,这就迫使资产阶级统治者和他们的御用学者不得不另觅良策,以对付日益增长的社会犯罪。犯罪学就是在这样一个历史背景下产生并兴起的。这就叫事出有因、贵在有用。

^① 康树华等主编:《犯罪学大辞书》,甘肃人民出版社1995年版,第625页和第626页。

虽然刑法学和犯罪学都是研究和对付犯罪的,但其评价的重点却是迥然不同的,刑法学重在法律评价,惩治于犯罪之后;而犯罪学则是重在道德评价,积极防范于犯罪之前即防患于未然。正因为它们分工之不同,其各自研究的对象,也是不尽相同的。刑法学的任务,是依据刑法明文规定,惩治那些应受刑罚惩治的严重危害社会的行为;而犯罪学的任务,则是根据行为的社会危害性的轻重和不同情节,在判处重者的同时采用与其性质相适应的各种不同方法以防止其他危害社会行为的进一步发生和发展,使其不致达到严重危害社会非用刑罚惩治不可的程度。这样既实现了社会防卫,又保护了潜在犯罪被害人,同时还挽救了那些可以防范的“犯罪分子”不至于身陷罪戾。因此,犯罪学中的犯罪概念,不仅包括了刑法学上的犯罪概念,而且还涵盖了违法行为、违规行为、违纪行为、不道德行为、不良行为,乃至罪行。不如此,犯罪学重在预防犯罪的历史任务和惩处犯罪的工作就无从完成。由此,我们就可以得出结论说:刑法学是规范学,它以刑事法律的明文规定,适用刑罚惩治严重危害社会的犯罪行为;犯罪学则是行为学,它以透析各种危害社会的行为,包括刑法学上的犯罪行为,适用刑事制裁、民事赔偿、行政处罚、纪律处分、道德规劝、思想教育、说服工作等各式各样的适合其问题性质的办法,化解矛盾,预防犯罪。应当说,犯罪学就是从科学的高度和学理的层面,具体研究我国综合治理社会治安的综合性科学。它同刑法学分工合作,互相补充,全面实现党和国家制定的“打防结合,预防为主”的战略方针,法治与德治并举,治标与治本结合。德治御心,法治御行;心行兼治,以收全功。

正是由于上述原因,《论证犯罪学》修订本根据马克思主义的犯罪观,运用唯物辩证的方法,从人们的社会行为这一犯罪学的最基本因素着手,以揭示犯罪行为的本质、特点和规律,行为主体的社会地位以及他们的权利义务关系,犯罪产生的根源、原因和条件,防治策略和办法,最后就几种数量较多和日后势必会增多的犯罪,进行一些具体分析和研究,以揭示它们各自的不同特性和相应对策,加强和提高其应用性。

犯罪学重在揭示犯罪原因,以对症下药地治理犯罪,因之也曾被称为犯罪原因学。《论证犯罪学》的重点,同样也放在这方面。需要强调的一点是:本书在“犯罪原因论”中引入了哲学上的“四维空间”和物理学中的“场”。这是事物存在的形式和基本形态。任何事物的发生都逃脱不了时、空环境,犯罪这种社会现象的发生也不例外。透过“四维空间”和犯罪“场”的分析,大大有利于勘查现场、确定行为后果,借以抓获犯罪嫌疑人。在预防和控制犯罪上,比之切断犯罪原因更简便、容易得多。

理论来自或者说出于实践,同时理论又指导实践,这就是科学研究揭示规律、总结经验、上升为理论的实践价值之所在。《论证犯罪学》的理论框架就是这

样架构的,学理内容也是这样展开的。但主观动机与客观结果是否一致,还得靠广大读者评说,特别是社会实践检验来论定。

作者谨识

引 言

犯罪学作为社会科学的一门独立学科,它的研究对象是严重危害社会的犯罪行为以及其他有害社会的行为。

众所周知,刑法学也是研究犯罪行为的,它同犯罪学在研究对象上虽然是一致的,却是不尽相同的。刑法学研究犯罪行为,主要给予法律评价,重在事后探究正确认定犯罪和恰当适用刑罚,惩罚犯罪,改造罪犯;而犯罪学研究犯罪行为及其他一切危害社会的行为,主要给予道德评价,旨在探索犯罪根源和原因,重在事前预防,以减少和控制犯罪,实现社会防卫。也正因为如此,犯罪学研究的对象,不仅限于犯罪行为,还旁涉其他一切危害社会的行为,目的就在于弄清它们的性质、特点和原因,以便有针对性地采取符合其性质、特点要求的办法,以防止其进一步发展、激化、促成犯罪,真正做到防患于未然,实现犯罪学“重在预防”的特定任务和最终目的。

犯罪学的研究对象之所以把其他危害社会的行为概括进犯罪概念里,仅因其有可能成为犯罪的可能性或因素,其本质同法定犯罪在社会危害性上有程度上的不同。故而犯罪学上的犯罪同刑法学上的犯罪,不能等同一回事。这就叫科学上的界定,必须区分清楚。所以,我们认为:刑法学上的犯罪概念,是一个明晰、精确的法定概念;而犯罪学上的犯罪概念,则是一个复杂、内容广阔的模糊概念。其模糊性,不只表现为它不是刑法严格规定的,更重要的是表现在其内容不仅包括应受刑事处罚的犯罪行为,而且还包括虽然危害社会但又不够刑事处罚的并非实质犯罪的行为。比如说毛泽东曾经讲:“贪污浪费是极大的犯罪”,实践中以浪费定罪判刑的是极其个别的情况,绝大部分都作非罪化处理了。这虽是个模糊概念,刑法学可以不研究,犯罪学则必须研究,以防止其浪费成实质上犯罪。有学者认为这是法律史前的犯罪行为。这种所谓“法律史前”的“犯罪”行为,只是还不构成实质犯罪的其他危害社会的行为。这类行为不仅法律史前存在,就是在当今社会上也依然大量存在,但是古人和今人都没称它们为犯罪,只是说它们是危害社会的行为。犯罪的本质特点是违法性和社会危害性的统一,却不是一切危害社会的行为都具有的。这里不仅有个“度”,即危害社会的严重程度,而且还有个刑法有没有明文禁止,有禁则是,无禁则否。对此,我国《刑法》第13条“但书”规定得很明白:“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”就是根据“罪刑法定原则”也应当如是观。对此,我国古人也有明确的论述。春秋战国之交的墨翟

(公元前 468—前 376)早就指出:“罪,犯禁也同”^①;“赏(同尚——作者注)罪不在禁,惟害无罪。”^②意思是说犯罪是违反法律禁止之行为,这是其共同的特点;倘若这种行为不在刑法禁止之列,只是危害了社会,行为人是应当承担刑事责任的。他明确把犯罪行为与一般危害社会的行为,严格地区分开了来,前者是犯罪,后者不是犯罪,泾渭分明,界线清楚。我们不能把一般危害社会的行为与实质上的犯罪行为混为一谈。

尽管说,犯罪学上的犯罪概念,囊括了犯罪行为和其他危害社会的行为,如前所述,那是为了适应犯罪学的任务重在事前预防,以免形成犯罪,给社会造成更大的危害,这是策略上的要求,绝不能以此而把犯罪行为与一般危害社会行为之间的原则界限抹杀掉。犯罪学如不把其他危害社会的行为也作为其研究对象,那怎么能揭示它并防止其发展成实质犯罪呢?

随着经济体制和政治体制改革的深入和发展,整个社会也必将发生深刻的变化,综合治理社会治安工作也势必出现一些新情况和新问题。如恐怖主义犯罪就是一种新型犯罪的例证。作为综合治理社会治安的对口学科犯罪学,首先也必须改变观念,然后从社会治安的最基本因素社会行为入手,深入研究人际关系,遵循规律,剖析原因,确立有效对策,构筑“打防结合,预防为主”^③的犯罪学新体系,使之成为具有中国特色的切合治理社会治安实际需要的科学理论体系。

笔者在犯罪学之前冠以“论证”一词,将本书命名为《论证犯罪学》,目的在于明确揭示,笔者将以辩证的方法和逻辑推理的形式,从客观实际出发,全面系统地论述犯罪学的主要内容和有关问题,切实防止和克服犯罪学研究中的机械论思想和片面性观点。

因此,笔者在本书正文开头的第一编“导论”部分,首先就“犯罪学上的认识论和方法论”,阐明观点,以便在犯罪学主导思想对犯罪概念的科学界定上求得共识,然后,我们才能在“对症下药”的基础上确立起全面的适合客观实际需要的防、控、治、改对策。在我们看来,犯罪学的主要任务和功能,虽然在预防和控制犯罪上,但是究竟应当怎么预防,必须有全面的观点,不能有任何片面性。就是说,预防战略必须是全方位的和多渠道、多层次与多办法的。事前预防固然积极、重要,但其却不是、也不应当是惟一的,事中预防和事后预防,也是不应忽视的,只有先其未然以防之、发而止之以救之和行而责之以戒之,防、救、戒并举,才能收到“视俗而施教,察失而立防,威德更兴,文武迭用,然后政调于时,而躁人可定”^④的全功。强调事前预防是对的,以此无视事中和事后预防则是片面的。党

① 《墨子·经上》。

② 《墨子·经说上》。

③ 《江泽民同志在中国共产党第十五次全国代表大会上的报告》,人民出版社 1997 年版,第 35 页。

④ 《后汉书·桓谭传》。

的十五大报告中关于“加强社会治安综合治理,打防结合,预防为主,加强教育和管理,落实责任制,创造良好的社会治安环境”,就突出了全面防范和综合治理社会治安的整体方针,各行各业、各条战线和各个部门,都应当贯彻执行。综合治理社会治安是一项庞大的系统工程,环环相扣,配套成龙,缺少其中任何一个环节,都势必影响该工程的全面完成。既不能只打不防,也不能只防不打,必须打防结合,预防为主,方能获致全功,显现治理社会治安的中国特色。

目 录

第一编 导论：犯罪学上的认识论与方法论

第一章 犯罪观	(1)
第一节 古今中外对犯罪的不同认识	(1)
第二节 辩证唯物主义和历史唯物主义犯罪观	(5)
第三节 犯罪的本质和社会危害	(13)
第四节 犯罪的消亡问题	(20)
第二章 论证犯罪学的概念和所要把握的要点	(27)
第一节 论证犯罪学的概念	(27)
第二节 论证犯罪学所要把握的要点	(30)
第三节 论证犯罪学对待犯罪的辩证态度	(34)
第三章 论证犯罪学的研究方法：辩证法	(37)
第一节 社会调查与统计	(38)
第二节 比较论证	(41)
第三节 信息论、系统论和控制论在犯罪学研究中的应用	(47)
第四章 论证犯罪学研究的对象和功能以及犯罪学的历史	(50)
第一节 论证犯罪学研究的对象	(50)
第二节 论证犯罪学研究的功能	(51)
第三节 犯罪学的历史	(55)

第二编 社会行为论：社会行为与反社会行为

第一章 行为的社会性	(62)
第一节 行为的定义	(62)
第二节 社会行为的特征	(63)
第二章 反社会行为的不同形态	(65)
第一节 反社会行为的作为形态	(65)
第二节 反社会行为的不作为形态	(65)
第三章 正确认定犯罪的定量分析与定性分析	(67)
第一节 定量分析的必要因素	(68)

第二节 定性分析的主、客观条件·····	(76)
----------------------	------

第三编 社会主体论：犯罪主体与被害主体

第一章 犯罪主体 ·····	(80)
第一节 犯罪行为与犯罪人 ·····	(80)
第二节 犯罪行为 ·····	(81)
第三节 犯罪人 ·····	(84)
第四节 犯罪人的性格特点和分类 ·····	(90)
第二章 被害主体 ·····	(101)
第一节 被害人与犯罪的关系·····	(101)
第二节 犯罪被害人学及其历史发展·····	(104)
第三节 犯罪被害人的特性和种类·····	(106)
第四节 被害人的地位和分类·····	(112)
第五节 被害人的权利义务·····	(115)
第六节 对被害人的经济赔偿·····	(119)
第七节 被害人的预防·····	(122)

第四编 犯罪规律：社会变革与犯罪的变化

第一章 中国历代社会变革引起的犯罪现象变化轨迹 ·····	(125)
第二章 中国当代社会改革所带来的犯罪起伏规律 ·····	(132)
第一节 中华人民共和国成立以来先后出现的五次犯罪高峰·····	(132)
第二节 近十年来刑事案犯的构成情况·····	(134)
第三章 国外社会变革所反映出的犯罪趋势 ·····	(135)

第五编 犯罪原因论：社会原因与个体原因

第一章 中外单一犯罪原因理论 ·····	(137)
第一节 中国犯罪原因理论·····	(137)
第二节 外国犯罪原因理论·····	(146)
第三节 犯罪原因理论研究的新趋势·····	(154)
第二章 犯罪原因的四维系列立体论：主、客观纵向系列和横向系列相互作用 ·····	(158)
第一节 犯罪产生的根源：私有制和私有观念 ·····	(158)

第二节 犯罪原因是一个多维系统——四维系列·····	(162)
第三节 犯罪的社会原因和个体原因的辩证关系·····	(174)
第四节 犯罪原因与犯罪条件的相互关系·····	(180)
第五节 社会主义社会犯罪原因观·····	(181)
第三章 犯罪场：各方面诸层次原因相互作用的背景条件 ·····	(195)
第一节 犯罪场的内容·····	(195)
第二节 犯罪场同犯罪之间的关系·····	(197)

第六编 犯罪对策论：综合治理与个别化原则

第一章 综合治理违法犯罪的系统工程 ·····	(200)
第二章 违法犯罪的预测 ·····	(203)
第三章 违法犯罪的预防 ·····	(210)
第一节 宏观预防·····	(211)
第二节 微观预防·····	(213)
第四章 对违法犯罪的处理 ·····	(219)
第五章 对违法犯罪人员的改造 ·····	(223)
第六章 治理违法犯罪的个别化原则 ·····	(237)
第七章 综合治理社会治安的法制化 ·····	(240)

第七编 特论：各罪成因、特点 and 对策

第一章 青少年犯罪 ·····	(243)
第一节 青少年犯罪率高、处刑轻是一个普遍现象·····	(243)
第二节 青少年违法犯罪的特点和原因·····	(245)
第三节 青少年违法犯罪的趋势和对策·····	(253)
第二章 暴力犯罪 ·····	(257)
第一节 暴力犯罪的范围与危害·····	(258)
第二节 暴力犯罪产生的历史背景和原因·····	(260)
第三节 暴力犯罪的对策·····	(265)
第三章 经济犯罪 ·····	(269)
第一节 经济发展与经济犯罪·····	(270)
第二节 经济犯罪的特点和范围·····	(272)
第三节 经济犯罪的类型与防治·····	(274)

第四章 贪污贿赂犯罪	(282)
第一节 贪污贿赂犯罪的历史发展.....	(282)
第二节 原因与对策.....	(283)
第三节 贪污贿赂犯罪的特点.....	(284)
第四节 防范措施.....	(286)
第五章 单位犯罪——法人犯罪	(290)
第一节 法人犯罪与传统观念.....	(293)
第二节 法人犯罪的概念和特点.....	(296)
第三节 法人犯罪的刑事责任和处罚.....	(298)
第六章 业务上过失犯罪	(302)
第一节 科学技术革命与业务上过失犯罪.....	(302)
第二节 业务上过失犯罪的构成特征.....	(306)
第三节 业务上过失犯罪的预防和控制.....	(312)
第七章 女性犯罪	(316)
第一节 妇女解放与女性犯罪.....	(317)
第二节 女性犯罪的变化规律与发展趋势.....	(323)
第三节 女性犯罪的特点与防治.....	(328)
第八章 老年人犯罪与被害	(333)
第一节 高龄社会的新问题.....	(336)
第二节 老年人犯罪.....	(338)
第三节 老年人被害.....	(344)
第四节 高龄社会老人问题的对策.....	(348)
第九章 高科技犯罪	(353)
第一节 科学技术是把双刃剑,谨防为人滥用危害社会	(355)
第二节 以新技术之道,治高科技犯罪	(356)
第三节 制定预防计算机犯罪对策的指导思想.....	(357)
第十章 跨国(境)犯罪	(360)
第一节 跨国(境)犯罪的种类和特点.....	(361)
第二节 同跨国(境)犯罪作斗争的有效对策.....	(365)
增订版后记	(370)

第一编 导论：犯罪学上的认识论与方法论

第一章 犯罪观

第一节 古今中外对犯罪的不同认识

在中国上古时代有刑之初,实行的是“议事以制”,有刑罚而无罪名,“议罪”而科刑。我们从“春秋元命包曰:荆(即刑)字从刀从井,并以饮人,人入井争水,陷于泉。以刀守之,割其情,欲人畏慎,以全命也”^①,可以看出,用刑的目的,实则是限制人们的私欲。《尔雅·释名》又讲:“法,逼也。人莫不欲从其志,逼,正使有所限也。”看来设刑、立法之始,就是为限制人们的非分私欲,维护公共利益。在我国礼制时代尚无成文法律,“议罪”的根据,“必非礼义”之行为。《礼记·王制》云:“司寇正刑明辟,谓正法明治其罪也。戾者,曲也、乖也、贪也、暴也,皆与罪名相近,故为罪也。”《逸周书·大匡篇》云:“刑罪之戾,皆训罪,罪戾亦通名耳。”《汉书》云:“有其功无其意曰戾;有其功有其意曰罪。戾是戾与罪异亦非也。”《左传》云:“赦其不闲于教训,而免于罪戾,罪、戾一耳。”这说明,罪与戾,名异而实同。罪指故意犯罪,戾系过失犯罪。罪与戾实指同一种行为,即一切危害社会的行为,也就是今日犯罪学上的犯罪概念。

罪字古体为“辜”,《尔雅》旧注云:“辜,礼义之罪也。辜和辜是通名,都是指犯罪。《史记·屈原、贾生传》云:“亦夫子之辜也。”其《索隐》曰:“辜,《汉书》作故,故辜以声为义也。”辜,故意犯罪之称谓;戾指过失犯罪,故其通称为犯罪之意。逮及成文法出现以后,对于罪的解释就不同了。已如前述,墨子在其《经上篇》中讲:“罪,犯禁也同。”按指:犯禁为罪,加之刑罚,以为罪故。于是《说文》则云:“辜,犯法也。”

根据我国史书记载,适用刑罚,惩治犯罪,肇始于虞舜和大禹时代,但犯罪行为

^① 《尔雅义疏·释诂上》。

为开始于什么时候,《尚书》也没有明确记载。按照我中华民族的历史传说,我们的共同祖先是黄帝,他先以部落首领与另一部落首领炎帝发生冲突,即所谓炎黄之战,后来另一部落首领蚩尤扰乱华夏,黄帝又率领各部落在涿鹿击杀蚩尤,从此由各部落拥戴他成为部落联盟的领袖,创建起华夏文化。这里只说击杀蚩尤,并非用刑惩罚。只是到了虞舜时候,才有“象以典刑”之记载,并以“流宥五刑”的办法,“流共工于幽州,放驩兜于崇山,窜三苗三危,殛鲧于羽山,四罪而天下咸服”^①,形成了中原华夏文化初盛局面。这虽然是用“刑”惩治“犯罪”,但还不能与今日之刑罚犯罪同日而语,尽多只能算是它的萌芽,因为此时既无国家也没有法律,尽多只称得上原始“刑”和“罪”,即以原始社会的习俗,处置了当时危害社会的行为。即使如此,在随后不久发生的事件,是特别值得我们品味的。这就是《尚书》第三篇《大禹谟》中所记载的“明于五刑,以弼五教,期于予治,刑期于无刑”。意思是说:“期望于我治理的,是适用刑罚、惩治犯罪,并非为惩治而惩治,而是为治理好社会没有犯罪,不再适用刑罚。”言下之意是说:现在出现了犯罪,需要我予以治理,办法是明确五种刑罚,帮助实行教化;现实用刑的目的,就在于防止犯罪,不用刑罚。犯罪如若自古以来就有之,他们就不会到这个时候才设想用刑治罪,可以消除或防止犯罪,而不再需要刑罚。适用刑罚只是辅助教化,教、刑并用是可以防止或消除犯罪的。他们在有刑之初,就设想消除刑罚在将来是可以办到的,诚属科学预见,难能可贵!其辩证的观点,溢于言表。这是从我国最早的一部史书《尚书》记述史实来讲的。“罪”与“刑”,始发于虞舜和大禹时代,是有根据的。

我们知道《尚书》是孔子删定的,但他在其另一本史书《礼记·礼运篇》中补充说明了犯罪现象在我国历史上从无到有的历史发展过程:“大道之行也,天下为公。……货,恶其弃于地也,不必藏于己(生产品共同所有);力,恶其不出于身也,不必为己(各尽所能)。是故谋闭而不兴(不图谋欺诈争取不当得利),盗窃乱贼而不作(没有偷盗、掠夺和抢劫),故外户而不闭(没有私有财产,外出不必关闭门户),是谓大同。”然而后来逮及“大道既隐(原始公社制度解体),天下为家(变经济公有制为私有制)。……以设制度(确立阶级制度),以立田界(划分疆界,土地私有),以贤勇智(敬重武士和谋士为帮手),以功为己(谋取个人功利)。故谋用(争夺、抢劫财物)是作(就发生了),而兵由此起(暴动、革命不可避免地也发生了),禹汤文武成王周公(三代统治阶级的圣人),由此其选也(尊为最高统治者)”。这明白无误地道出了犯罪这种社会现象初始发生在我国原始社会解体,开始进入第一个阶级社会的时候,也就是我国“夏传子,家天下”前后,距今已有四千一百多年的时间了。

^① 《尚书·舜典》。

正如恩格斯在其《家庭、私有制和国家的起源》一书所指出的那样：“这种自然形成的共同体的权力必然要被打破，而且也确定被打破了。不过，它是被那种使人感到从一开始就是一种退化，一种离开古代氏族社会的淳朴道德高峰的堕落的势力所打破的。”^①这一结论能是偶合吗？绝对不是。时隔四千多年，地距上万里，怎么能说出同一样历史变革的进程和状况呢？只能说是历史事实使然，绝非人们所臆断。

对此历史上出现的这种新现象，也就成了人们议论的中心。有谓：“怙终贼刑”，郑玄注云：“怙其奸邪，终身以为残贼，则用刑之。”意指“仗恃奸邪而终不悔改，应处以贼（杀）刑”，即对犯罪现象所作的社会评价。帝舜告示皋陶曰：“蛮夷华夏，寇贼奸宄。汝作士，五刑有服。”^②这是讲异族侵扰华夏，犯罪作乱，你做理“官”，应当以五刑为用，予以处置，进一步提出了系统的处理方法：“象以典刑，流宥五刑。鞭作官刑，朴作教刑，金作赎，眚灾肆赦，怙终贼刑。”^③我国原始五刑，就由此而产生。

中国是这样，外国也大致如此。但遗憾的是正如恩格斯所嘲笑的那样：“人们往往忘记他们的法权起源于他们的经济生活条件，正如他们忘记了他们自己起源于动物界一样。”^④他们论是评非，不是以史实为据，而是以当今之事，臆论过往之史。在法史前的时代，“没有大兵、宪兵和警察，没有贵族、国王、总督、地方官和法官，没有监狱，没有诉讼，而一切都是有条有理的。一切争端和纠纷，都由当事人的全体即氏族或部落来解决，或者由各个氏族相互解决；血族复仇仅仅当做一种极端、很少应用的威胁手段；我们今日的死刑，只是这种复仇的文明形式，而带有文明的一切好处和弊端”^⑤。不难理解，在这样的社会条件下会有今日的犯罪现象！？那真是咄咄怪事！“一切争端和纠纷”，其中也包括人与人之间的矛盾和冲突，“都由当事人的全体即氏族或部落来解决，或者由各个氏族相互解决”。这些解决方法都是平等的、不具暴力压迫的，和我们现在“以刑惩罪”有本质上的区别。“血族复仇”，在当时也是一种“很少应用的威胁手段”，“威胁”者寓意恫吓，它同阶级社会里的“常刑有罪”是绝对不同的。怎么能说有社会矛盾就有“犯罪”呢？用不同质的方法解决不同质的矛盾，这是马克思主义的一项基本原则。

许鹏飞在其《比较刑法纲要》一书中对“古代民族刑法概述”作了比较详尽的介绍。他讲：“研究古代民族刑法的目的，是在于知道现代刑法之何以形成现在

① 《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1997年版，第97页。

② 《尚书·舜典》。

③ 同上。

④ 《马克思恩格斯选集》第3卷，人民出版社1997年版，第210页。

⑤ 《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1997年版，第95页。

的局面和推测它们的将来。”^① 我们知道犯罪概念,最早是由罗马法予以界定的,在此之前,国外尚无犯罪一词的明确概念。那个时候,所谓犯罪在一般人的概念上无非是所谓罪孽,实际是指对神的亵渎,是对个人的侵害。氏族或部落的头人或首领对罪孽行为人的处理,不外乎是代天行道,对神赎罪,消除罪孽以及对人复仇等,目的在调和神人之间和人与人之间的矛盾,求得社会安宁和个人的安全,以保障人类的生存和发展。迄后印度古国最早一部法典叫曼纳法-达尔马-萨斯脱莱(Manara-Dharma-Sastra),被后人称做《人类法典》。它开宗明义宣称:“王是天的亲生子,牺牲其高贵的幸福,下界来维持人类的公平,以痛苦管理人类,保护人类以消除人世间的罪。”^② 据此,美国法学家琼斯(W. Jones)就曾说道:“在一切立法者中,玛露(Manou)总无疑的被认为是立法者的鼻祖。所有其他的法典,无非是抄袭他的,或者稍加修改,以合于彼处人民的风俗习惯而实现。”^③同时该法典还说:“王之放任有罪的人与处罚无辜,同是不公平的事,因为公平的痛苦,是载之于法律的。”^④ 可见,在古印度《人类法典》以前,是无所谓犯罪的。这也可以说是“法无明文规定不为罪、不处罚”的历史渊源。在国外人类社会进入阶级社会形成国家和出现法律以前,说那时也有犯罪是没有历史根据的。当然,这并不是说,在法史前的社会里就没有矛盾,矛盾是有的,但不能说,一切矛盾都是犯罪。比如《圣经》中就还有这么一段记载:“有人告诉犹大(Juda)说,你的儿妇作了淫行,且因此有了身孕,犹大说,拉出她来,把她烧了。”在奴隶制时代的古埃及也是这样,“没有成文法,保护者个人的意思,就是裁判的根据”,不仅严厉,且没有不服的事。这能不是原始社会的遗风吗?这同我国神农时“季子喜淫”,放之西南,有多么相像!“淫行”有害社会之行为,都没说它是犯罪,概因没法律规定之行为,不能称之为犯罪。犯罪是阶级社会的概念,是无可争议的事理。把它推延到无阶级的原始社会里,只能说是当今有些人的臆造!于史无据。史实是不容改变的。这不是讨论的问题,实是承认不承认史实的问题。

在古罗马奴隶制时代法学家的眼里,“所谓犯罪,乃是危害社会利益的行为”,这是在其已经有了罗马刑法即《十二铜表法》的第八表私(犯)法和第九表的公(犯)法给犯罪所下的概念。在法史前的原始社会里,是没有也不可能有犯罪概念的,有的只是危害社会的行为,我国古籍中所称的淫行,就是这种社会行为,上古社会有之,今天也还有,但是都不能称之为犯罪,犯罪都只能是为法律所禁止的严重危害社会的行为。在“大同”社会里实行社会财富公共所有制,人们之间没有经济利益的对立、矛盾和斗争,这种犯罪行为是无从发生的。

① 许鹏飞:《比较刑法纲要》,商务印书馆1936年版,第13页。

② 同上书,第24页。

③ 同上。

④ 同上。