

中國刑法通史

第一分冊

中華

中國刑法通史

(第一分冊)

李光灿 主编 • 李光灿 么丕祥 著

辽宁大学出版社

责任编辑 万 全

胜 鳌

封面题字 沈延毅

责任校对 念 棠

中国刑法通史

(第一分册)

李光灿 著

辽宁大学出版社

(沈阳市崇山西路3段4号)

辽宁省新华书店发行

丹东印刷厂印刷

开本: 850×1168 1/32 印张: 10.5

字数: 250千 插页: 2 印数: 1—1,000

1989年10月第1版 1939年10月第1次印刷

ISBN 7-5610-0590-3

G·190 定价: 6.50元

序 言

李光灿同志是我国通晓马克思列宁主义理论的杰出法学家，是法学界享有盛誉的著名学者。天不假年，李光灿同志竟于一九八八年六月二十三日逝世。李光灿同志出任南开大学法学研究所名誉所长后，推行开门办所的路线，组织法学研究的大协作，硕果累累。《中国刑法通史》的出版就是明证。

中华法系是世界上起源最早，源远流长的著名法系之一。刑法是中华法系的核心。写《中国刑法通史》，研究刑法发生、发展和演变的规律，确实是完全必要的。然而中国刑法史料散见于现存的古籍中，浩如烟海，又未作系统整理。清朝末年，薛允升在其所著的《唐明律合编》和《清例存疑》中，对汉以后的刑法史料有所涉及，但语焉不详，挂一漏万。沈家本在《沈寄簪先生遗书》中对历代刑名作了较为详尽的考证，为研究我国刑罚体系的演变提供了史料依据，但又由于传统的观念，对于某些刑名史料作了有失原意的解释，不少上古时期的刑名史料又漏而不叙。程树德的《九朝律考》只就史书和类书所保存的史料汇集成册，也难以探其究竟。唐以后的刑法史料虽然较为完备，但是基于封建社会的刑法特点，制敕是优先于刑法而适用的定罪的法律准绳，却又残缺不全。依据上述情况，确定编写《中国刑法通史》的指导思想。

一、以马克思列宁主义为指导，研究我国刑法原则和刑法制度发生发展和演变的规律。刑法原则和刑法制度都是属于上层建筑的一部分，是由经济基础决定的。研究中国刑法史，必

须和经济基础相联系，从社会物质生产条件寻找其变化的内因。经济基础发生变化后，刑法原则和刑法制度也会或迟或早地发生变化。然而在刑法原则和刑法制度形成后，又具有相对的独立性，对以后的刑事立法仍然具有一定的影响。经过历史长期实践反复验证而又为历史所保存的某些刑法原则和刑法制度是会包含某些合理的因素。尽管这些合理因素包裹在阶级性之中，然而一般寓于特殊之中。其中有些反映罪、刑以及罪刑关系的一般规律。以马克思列宁主义为指导研究中国刑法史，必须寻找其合理因素，不能一概排斥，一概否定，应当对之作出符合历史的评价，吸取其反映规律的合理因素。

二、以刑法史料为主，辅之以史论。刑法史料是研究刑法通史的唯一根据。然而文字屡经变更，现存古籍所记载的刑法史料，有的与原来文字不同，致使含义互异，有的因转抄脱落、错讹，有的是假借字，诸如此类，不一而足，因此，对于古籍中所保留的刑法史料，必须运用文字学、声韵学、训诂学多种方法恢复其固有含义，才能成为研究刑法通史的依据。对律条进行文法解释，然后再加以义理解释。刑法史料只是刑法发展历史所留下的痕迹，因此，研究中国刑法通史，必须以历史研究法为主，辅之以逻辑研究法，也就是说辅之以逻辑推理。逻辑推理所得出的论断，就是史论。史论是以史料为根据，探讨刑法演变的规律。没有史论，就不能阐明其规律；如果不以史料为根据，史论就是主观臆想。这就是史料和史论的相互关系。因此，在编写《中国刑法通史》时，遂以史料为主，史论为辅。因为史料的限制，在隋以前，史论稍多一些，唐以后有完整的刑律为根据，史料较为充分，寓史论于史料之中。

三、古为今用。研究《中国刑法通史》不是发思古之幽情，而是认真地总结其历史的经验教训，为建立具有中国特色的社会主义刑法学服务。在阶级社会中，每一刑法原则和刑法

制度都具有鲜明的阶级性，而其中有的又反映一定的罪、刑以及罪刑关系的客观规律，然而却为其阶级性所淹没。中国社会主义刑法学，应当是我国有刑法以来刑法发展的最高总结。为此，在有关分册中，对于历代刑法原则和刑法制度既不简单肯定，也不简单否定，而是经过认真研究，吸取其合理因素。

四、百家争鸣。编写《中国刑法通史》，对同一史料，个人的理解可能不同，其结论也会存在分歧，因此，各个分册不强求观点的统一，只求言之成理，持之有故。不仅如此，各分册的体例也不强求一致。

在编写《中国刑法通史》时，注意贯彻上述指导思想，第一分册是本书的首卷，阐明这些指导思想，也许是无裨益的。

这一分册，是以马克思主义关于罪、刑以及罪刑关系的基本理论为指导，深入论证我国古代法和亚细亚生产方式的联系，明确说明了中国刑法发展的固有规律。结合中国刑法史料的具体情况，阐明了研究刑法史的方法。刑法作为上层建筑的重要组成部分，又和人类社会文化发展具有密切联系。刑法的发展和演变，是受人类社会文化的发展和演变制约的。因而从世界主要法系的刑法所属国家文化的特点，深入论证我国古代刑法不同于其他法系的刑法，确实具有很高的学术价值。依据史料，深入阐明罪、刑以及罪刑关系这三部分演变的一般规律，对于阅读其它分册，是具有指导意义的。刑法的发展与刑法学的发展有着密切的联系。战国时期，各派在刑法方面都有自己的论述，以儒、道、墨、法四派论述较多，对秦汉以后的刑法都有影响。这一分册，分别评述儒、道、墨、法的刑法思想，深得其真谛。总之，这一分册凝聚了李光灿同志长期研究的心血，是一部传世之作。预期这部著作问世后，将会促进刑法史和刑法理论的研究。

宁汉林

1988年8月

目 录

序 言	1
第一章 马克思主义关于刑法的基本理论	1
第一节 马克思主义的刑法现象论	1
第二节 马克思主义的刑法原则论	6
第三节 马克思主义的犯罪本质论	16
第四节 马克思主义的犯罪行为与刑事责任论	28
第五节 马克思主义的刑罚功能论	34
第二章 中国刑法通史的研究对象及其方法	47
第一节 中国刑法通史的研究对象	47
第二节 中国刑法通史的研究方法	66
第三节 建立中国刑法通史的科学研究体系	81
第三章 中国刑法制度的历史沿革及其特征	91
第一节 中国奴隶制社会的刑法及其特征	91
第二节 中国封建社会的刑法及其特征	110
第三节 中国近代社会的刑法及其特征	141
第四章 中国刑法理论的历史发展及其分派	159
第一节 中国奴隶主阶级的刑法思想	159
第二节 春秋战国时期的刑法思潮	167
第三节 封建地主阶级的刑法思想	185
第四节 中国民族资产阶级的刑法思想	208
第五节 中国无产阶级的刑法思想	218

第五章 中国古代刑法与中国古代社会	229
第一节 中国古代刑法与中国古代社会经济条件	229
第二节 中国古代刑法与中国古代政治体制	242
第三节 中国古代刑法与中国社会结构	251
第四节 中国古代刑法与中国社会意识形态	263
第五节 中国古代刑法与中华法系	283
第六章 中国古代刑罚制度与外国古代刑罚制度之比较 ..	291
第一节 法律文化与刑罚制度	291
第二节 中外古代刑罚制度之比较	307
全书结语——中国刑法现代化的历史课题	324

第一章 马克思主义关于刑法的基本理论

第一节 马克思主义的刑法现象论

一、概述

刑法现象同其他社会现象（包括法律现象系统中的其他诸种现象）一样，具有无可置疑的客观的属性。因而，也就有其客观的、内在的、不以人们主观意志为转移的必然规律。深入探讨刑法现象的客观属性、必然规律及其种种外部表现形态，在刑法研究中坚持唯物辩证法原则，这是马克思主义刑法学的基本方法论。恩格斯曾经指出：“我们不仅生活在自然界中，而且生活在人类社会中，人类社会同自然界一样也有自己的发展史和自己的科学。因此，任务在于使关于社会的科学，即所谓历史科学和哲学科学的总和，同唯物主义的基础协调起来，并在这个基础上加以改造。”^①把这一理论观点运用于刑法领域之中，其结论必然是：马克思主义刑法学的任务，就在于把纷纭复杂的刑法现象，放置在辩证唯物主义的基础上加以考察，而决不能持特别的什么态度。只有牢牢地把握这一点，我们才能透彻而科学地揭示刑法现象的客观性质，进而正确地解决罪、刑以及罪刑关系等刑法领域中的一系列基本理论问题。

从宏观来看，人类社会划分为社会存在和社会意识两大基本领域。社会存在决定社会意识，这是马克思主义唯物史观的

^① 《马克思恩格斯全集》第21卷，第322页。

基本原理。

作为法律现象系统中的具体表现形式的刑法现象，究竟是属于社会存在的范畴，还是属于社会意识的范畴，抑或其他？科学地搞清楚这个问题，是在刑法学研究中坚持唯物辩证法原则的一个基本出发点。

马克思在《〈政治经济学批判〉序言》中指出：“人们在自已生活的社会生产中发生一定的、必然的、不以他们的意志为转移的关系，即同他们的物质生产力的一定发展阶段相适合的生产关系。这些生产关系的总和构成社会的经济结构，即有法律的和政治的上层建筑竖立其上并有一定的社会意识形态与之相适应的现实基础。”^①列宁在《什么是“人民之友”以及他们如何攻击社会民主主义者？》一文中，引述了《序言》上述论断之后，进一步强调马克思和恩格斯的基本思想，“是把社会关系分成物质关系和思想关系。思想关系只是不以人们的意志和意识为转移而形成的物质关系的上层建筑，是人们维持生存的活动的形式（结果）”^②显然，包括法律和政治等等的在内的上层建筑，属于思想的社会关系的范畴，而不属于物质的社会关系的范畴；表现为上层建筑的思想的社会关系，是属于社会意识的范畴，而不属于社会存在的范畴；作为思想的社会关系和社会意识的存在形式的上层建筑，既是对不依人们的意志和意识为转移的物质关系即社会存在的反映，也是人们维持自身生存的活动的形式。因此，同样的道理，作为法律领域中重要组成部分的刑法现象，理所当然地是属于上层建筑的范畴，故而也是社会意识的存在形式之一；刑法现象所体现的社会关系，归根结底乃是思想的社会关系。

① 《马克思恩格斯全集》第13卷，第8页。

② 《列宁全集》第1卷，第131页。

二、刑法现象的“二律背反”及其解决

现在的问题是，大千世界中的纷纭复杂的刑法现象，相对于社会中的每个人来说，却是他的主观之外的客观存在，无论他承认或者不承认，刑法现象不仅客观存在着，而且每日每时地不断发生着，并且随着文明社会历史的进程，改变着自己的存在方式。这就是说，作为思想的社会关系或表现社会意识的刑法现象，具有无可置疑的客观实在性。在这里，似乎存在着一个“二律背反”，即：一方面，刑法现象属于社会意识的范畴，它所体现的社会关系是思想的社会关系；另一方面，刑法现象又具有鲜明的客观实在性。简言之，刑法现象表现了主观性与客观性之间的矛盾。

那么，怎样才能走出这个理论“迷宫”，科学地解决刑法现象中所存在的“二律背反”呢？

第一，马克思主义经典作家强调，一切法律制度和法律现象，只有理解了与之相适应的时代的物质生活条件，并且从这些物质条件中被引申出来的时候，才能理解。“法的关系正象国家的形式一样，既不能从它们本身来理解，也不能从所谓人类精神的一般发展来理解，相反，它们根源于物质生活的关系”^①。同样，那些不依赖于个人意志的物质生活条件，乃是刑法现象得以产生、存在和发展的现实基础，这些现实的经济关系决不是刑法现象所能创造出来的，恰恰相反，它本身正是创造刑法现象的根源和基础；刑法现象不是由于人们的意志而存在，恰恰相反，它要受到客观的经济关系的制约。因此，从法的本体论意义上讲，刑法现象是第二性的东西、派生的东西，而现实的经济关系却是第一性的东西、本源的东西。离开现实的社会经济关系，刑法现象就如同无源之水，无本之木。因

^① 《马克思恩格斯全集》第13卷，第8页。

此，尽管相对于个人来说，刑法现象的存在是客观的，不依赖于人们的意志，但是刑法现象的这种客观实在性，并不是本体论意义上的客观实在性，而是指其存在形态上的客观实在性。刑法现象同其他上层建筑的各个组成部分一样，之所以属于社会意识的范畴，正是因为它反映一定时代的物质生活条件（社会经济关系）即社会存在，并且受到它的制约。

第二，马克思主义经典作家也清楚地看到，法律和法律现象之所以是思想的社会关系，就在于它是“通过人们的意识而形成的关系”^①，是人的有目的的活动的产物。法的发展演化史，如同整个人类社会历史一样，乃是文明社会不同发展阶段中，统治阶级有意识地通过自己有目的的对象性活动而创制和实施的法的历史。在法律现象世界中进行活动的，全是具有意识的、经过思虑和凭借激情行动的、追求某种目的的人。正如恩格斯所指出的：“就个别人说，他的行动的一切动力，都一定要通过他的头脑，一定要转变为他的愿望的动机，才能使他们行动起来。同样，市民社会的一切要求（不管当时是哪一个阶级统治着），也一定要通过国家的愿望，才能以法律形式取得普遍效力”。^②同样，刑法领域中，某个社会成员所实施的犯罪行为以及国家统治阶级对犯罪行为的惩罚，并不是盲然自发的，而是带有一定的目的性和倾向性、一定的犯罪行为，总在一定的目的、心理或需要等等主观因素的制约下所作的，决不存在毫无目的或缺乏主观因素的犯罪行为；即使是过失犯罪，也反映了行为人的疏忽大意或过于自信的主观心理状态。而一定的刑罚手段，则更加表明一个国家中的统治阶级对犯罪行为的坚决否定的态度，以及通过对犯罪行为的惩治而达到威慑或教育的目的。因此，说刑法现象体现了思想的社会关系，这实

① 《列宁选集》第1卷，第8页。

② 《马克思恩格斯全集》第21卷，第345页。

实际上是指一切刑法现象都是同一定的有意识、有目的的活动联系在一起来说的。当然，在刑法领域中，人的有意识、有目的的活动无疑要受到时代的物质生活条件和一定的社会经济关系的支配，在人的动机、目的、倾向、情感、态度等等背后，隐藏着更为深刻的东西，即客观经济必然性。正是它支配着人行为的动机、目的或倾向。

第三，马克思主义经典作家还进一步发现，体现思想的社会关系的政治法律上层建筑的一个重要特征，就在于它们不是纯粹的社会意识，而是具有“物质外壳”的社会意识。马克思、恩格斯曾经指出：“人也具有‘意识’。但是人并非一开始就具有‘纯粹的’意识。‘精神’从一开始就很倒霉，注定要受到物质的‘纠缠’”^①。因而，属于社会意识范畴的、体现思想的社会关系的法律和法律现象，总得借助于某种物质材料和物质力量，才能客观地存在于现实社会之中，也才能以自己的特殊形式反作用于社会存在，或调整物质的社会关系。关于这一点，恩格斯说得更加明白。他在谈到国家组织与民族组织的差别时指出，国家权力是用来对付被统治阶级的，“构成这种权力的，不仅有武装的人，而且还有物质的附属物，如监狱和各种强制机关，这些东西都是以前的氏族社会所没有的”。这种公共权力日益加强，以至它“猛增到势将吞食整个社会甚至吞食国家的高度”^②。在这个意义上，恩格斯进一步认为：“暴力（即国家权力）也是一种经济力量！”^③因而，“国家一旦成了对社会的独立力量，马上就产生了新的意识形态”^④。同样的道理，在刑法领域中，不仅犯罪人所实施的犯罪行为常常要借助于一定的物质手段（这一点常常作为定罪量刑时的一个重要情节来对待），而且对犯罪行为人的惩罚，也都伴随着相应的物

① 《马克思恩格斯全集》第3卷，第34页。

②③④ 《马克思恩格斯选集》第4卷，第167、486、249页。

质力量。特别是作为犯罪现象对立物的刑罚，如果没有某种物质力量作支撑，如果没有某些物质附属物（如监狱强制机关、行刑的物质手段等等），就不能收到惩罚犯罪、预防犯罪的实际功效，因而也就难以维护和巩固统治阶级的政治的、经济的统治。然而，指出体现思想的社会关系的刑法现象，是具有“物质外壳”的社会意识的存在方式，决不意味着它是属于社会存在的范畴。因为一切刑法现象就其本质特征而言，都是通过人的有意识、有目的的主观意志活动形成的。某种物质附属物之所以成为支撑刑罚的力量，就是因为它们是由统治阶级用来维护自己的阶级统治、达到自己目的的工具，舍此，与刑罚相联系的某种物质附属物毫无意义了。

显而易见，刑法现象所表现的主观性与客观性的矛盾，实际上反映了刑法领域中人或组织的行为的目的性（无论是犯罪人的犯罪行为，还是国家司法机关的惩罚行为）与客观经济关系的制约性之间的关系，也反映了犯罪人行为的客观实在性与刑罚制裁的国家意志性之间的关系。马克思主义刑法学的创始人正是从分析这一矛盾出发，科学地解决了犯罪与刑罚的基本问题，从而揭开了刑法领域中一切现象的奥秘。

第二节 马克思主义的刑法原则论

一、关于罪刑法定原则

刑法原则是刑法的内在生命和灵魂，是刑法创制和实施的“指令舵”。马克思主义刑法学的创始人在建立科学刑法理论的过程中，分析了大量的刑法现象，并加以理论的总结，从中概括出一定的刑法原则。马克思主义经典作家关于刑法原则的论述，是建立在辩证唯物主义和历史唯物主义的基础上的，是建立在对刑法现象的历史“反思”和现实思考的基础上的，也

是建立在对资产阶级刑法学和刑法观的批判扬弃的基础上的。因而，马克思主义的刑法原则论，集中体现了马克思主义刑法思想的基本精神，它象一根红线，统率并贯穿于马克思主义刑法思想的各个方面，从而构成了马克思主义刑法学的核心内容。因限于篇幅，这里只着重论述马克思主义的罪刑法定原则论和罪刑相适应原则论。首先谈谈马克思主义的罪刑法定原则论。

罪刑法定主义是近代资产阶级革命的产物，是支配近代资产阶级刑法制的基本理论原则，是集中体现近代资产阶级法制主义的重要方面。它是奴隶社会、封建社会的罪刑擅断主义和刑法人治主义的尖锐对立面。由于奴隶社会、封建社会普遍实行君主专制制度，而“君主政体的原则总的说来就是轻视人、蔑视人，使人不成其为人”，“专制君主总把人看得很下贱”。所以，“朕即国家”，君言即法，成为君主专制政体的基本标志，表现在刑法领域，则必然是定罪量刑按照君主的意志行事，何为犯罪，何为刑罚，犯什么罪，判什么刑，以及刑种、刑度如何具体规定等等，很少由科学的法律明文规定，从而构成罪刑擅断的刑法制度。在十七、十八世纪反对封建主义的资产阶级革命风暴中，资产阶级启蒙思想家适应资本主义商品经济发展的要求，鼓吹“法治国”的理论，强调法律至上，提出了“法无明文规定不为罪。法无明文规定不为罚”的罪刑法定思想，以与封建专横、罪刑擅断的刑法相对抗。启蒙思想家的罪刑法定主义理想，因资产阶级政权的建立而变成了现实。1789年法国《人权宣言》第五、第八条明确提出了罪刑法定主义原则。后来，这一思想体现在1791年法国宪法之中，并通过1810年刑法典第四条的规定加以条文化。以后，这一原则几乎都为欧美各国刑法制所采纳，成为资产阶级标榜的“法治国”精神的集中体现，并且长期地支配着资产阶级的刑法领域。

马克思主义经典作家批判地扬弃了资产阶级的罪刑法定思想，在新的科学世界观的基础上，把它改造成为无产阶级的罪刑法定原则，使之成为无产阶级刑法法制的基本理论和主要标志。马克思关于罪刑法定的刑法思想，经历了一个从新理性批判主义到历史唯物主义的转变过程。在新理性批判时期，马克思写下了《评普鲁士最近的书报检查令》和《关于出版自由和公布等级会议记录的辩论》等文章，其中关于罪刑法定的论述点，主要表现在以下几个方面。在这一时期，由于马克思还没有完全摆脱启蒙思想家理性主义法学观的影响，所以他把自由、理性看作是人的天性，认为自由是人所固有的东西，真正的法律不是压制自由的手段，而是以自由为基础并且是自由的实现。“法律是肯定的、明确的、普遍的规范，在这些规范中自由的存在具有普遍的、理论的、不取决于个别人的任性的性质。法典就是人民自由的圣经”^①。刑法也同其他法律一样，应当成为实现人的自由的重要手段。

第二，从上述思想出发，马克思主张，实行罪刑法定原则的前提条件，乃是法律本身应当成为自由精神的体现者和代表者。他猛烈抨击普鲁士的书报检查法令，认为它是真正法律的对立面。因为书报检查令，一方面要求人们的行为合乎法律，要求人们尊重法律；另一方面又要求必须尊重那些把人们置于法律之外，并把专制提升为法的制度。书报检查令是对自由表示怀疑并加以惩罚的法律，它把自由看作是一种滥用而加以惩罚，把自由当作罪犯。与此相反，真正体现自由的出版法，则强调自由是罪犯的内在属性。出版自由是在反对这些自我杀害即出版物的罪过中以出版物来体现自己的。出版法根本不能成为压制出版自由的手段，不能成为以惩罚相恫吓的一种预防罪行重犯的简单手段。因此，出版法是出版自由在立法上的认

^① 《马克思恩格斯全集》第1卷，第71页。

可，它是法的表现；而书报检查令即使它千百次地具有法律形式，也永远不能成为合法的法制。

第三，如果说以上马克思着重从法的创制的角度来论述罪刑法定主义的内在精神，那么马克思同样也从法的实施的角度来强调实行罪刑法定原则的基本意义。在马克思看来，实行罪刑法定主义的基本要义之一，就是犯罪与刑罚必须由法律明文加以规定。“如果我被提交法庭受审，我的过失一定是破坏了现行法律，而在法律受到破坏的地方就至少应当存在着法律。既然不存在出版法，也就不可能破坏出版法。”^①

实行罪刑法定原则的基本要义之二，就是必须存在着维护法制尊严的法官。法律是普遍的，应当根据法律来确定的案件是单一的，要把单一的现象归结为普遍的现象就需要判断；判断还不是最后肯定，要运用法律就需要法官，如果法律可以自动运用，那么法官也就是多余的。这就是说，在刑法的适用领域，存在着普遍与个别之间的矛盾。而解决这一矛盾，使个别案件的审理符合立法的普遍精神的契机或中介，便是运用法律进行具体判断的法官。因此，如果要把刑法所体现的自由理性精神具体融解于和贯彻落实到个别案件的公正审理之中，就需要精通法律、公正不阿、维护法治尊严的法官。

实行罪刑法定原则的基本要义之三，就是在适用刑法时必须具有法律限制的范围。比如，在刑法解释问题上，只允许进行法律条款本身的解释，不允许超出法律条文之外或对法律规范作价值意义的解释，不容许进行扩张地解释。正是在这个意义上，马克思把法官与检查官加以比较，指出从对待法律的态度来看，法官除了法律就没有别的主司，检查官除了主司就没有别的法律。法官的责任是当法律适用到个别场合时，根据他对法律的诚挚的理解来解释法律，而检查官的责任则是根据

① 《马克思恩格斯全集》第1卷，第76--77页。