

◆ 周密 著

中国刑法史纲

ZHONGGUO XINGFASHIGANG

北京大学出版社



中国刑法史纲

周密著

北京大学出版社
北 京

书 名：中国刑法史纲

著作责任者：周密著

责任编辑：胡利国

标准书号：ISBN 7-301-03869-0/D·394

出版者：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

电话：出版部 62752015 发行部 62754140 编辑部 62752032

排印者：北京飞达印刷厂

发行者：北京大学出版社

经销者：新华书店

850×1168 毫米 32 开本 16.5 印张 420 千字

1998 年 10 月第一版 2000 年 12 月第二次印刷

定 价：21.50 元

再版说明

历史是一面镜子,它可以照亮我们将来的人生道路。社会实践是检验真理的标准,它可以验证我们所走道路的或曲或直。以史为鉴可以知兴替,刑法制度的良莠同国家盛衰息息相关,所以历史是值得注意的,更不能无视历史。《中国刑法史》自1979年为北京大学法律学系刑事法学硕士研究生开设以来,历时二十余载,不同版本已有三种,现名《中国刑法史纲》又将再版,充分说明社会对它是需要的和欢迎的。为感谢读者的厚爱,此次再版前,除校正前版差误和遗漏之外,又略增一些新近发现的具有现实意义和理解价值的可贵史料,用以完善和充实本书的专史内容和学理见解,俾使其更好地为我国社会主义法制建设和刑法学研究服务,同时还澄清些刑法史学研究中的与史实有悖的观点,进而推动我国刑法学研究的深入发展。

史学研究要为现实服务,而所谓“古为今用”。作者在科学研究中也作了一些尝试,写有几篇短文,如《新刑法三大原则溯源》就幸获我国学术界的普遍关注,分别收录在世纪之交先后出版的《世纪丰碑》、《世界学术文库》、《世界学术(贡献)文库》、《中国当代改革与科教文选》、《新世纪国际教育论坛》、《走进新世纪》、《决策、研究、发展——中国发展理论与实践文集》、《中国改革开放的理论与实践》、《新中国刑法学50年》和《世纪启示录——当代中国改革文选·集思卷》等世纪文献巨著里,并给予高度褒奖,可见对我国传统优秀法律古文化的研究于社会主义法制建设是有现实意义的。

但无可讳言,我的研究也是初步的,书中的差误更是难免的,诚望读者不吝赐教,将不胜欢迎。

周 密

2000.9.30

目 录

再版说明	1
前 言	1
第一篇 刑法产生前的“罪”和“刑”	11
第一章 犯罪和刑罚不是自古以来就有的	15
第二章 犯罪和刑罚是怎样产生的	24
第三章 原始刑罚思想	38
第二篇 奴隶制刑法	45
第一章 奴隶制刑法概念	49
第一节 奴隶制刑法的产生和沿革	49
第二节 奴隶制刑法的内容和特点	73
第二章 礼与法的关系	
第三章 奴隶制国家的司法制度	107
第四章 奴隶制刑法思想	116
第三篇 封建制刑法	127
第一章 封建制刑法概念	131
第一节 封建制刑法的产生和发展	131
第二节 封建制刑法的性质和任务	153
第三节 封建制刑法学理的探讨	159
第二章 魏国《法经》	169
第一节 魏国《法经》的内容和体系	169
第二节 《法经》的性质和意义	172
第三章 秦朝《秦律》	176
第一节 商鞅变法和秦始皇统一法律	176
第二节 秦墓竹简所体现的秦律内容	179
第四章 汉朝《汉律》	188

第一节	汉朝的刑法制度及其特点	188
第二节	汉朝的审级制度和司法程序	202
第五章	三国《魏律》	207
第六章	晋朝《晋律》	213
第七章	南朝《梁律》	221
第八章	北朝《齐律》	228
第九章	隋朝《隋律》	235
第一节	《开皇律》和它的特点	235
第二节	隋朝的诉讼制度	239
第十章	唐朝《唐律》	242
第一节	唐朝的刑法制度	244
第二节	唐朝的审判制度	257
第十一章	五代《大周刊统》	262
第十二章	宋朝《宋律》——《宋刑统》	269
第一节	宋朝的刑法制度及其特点	269
第二节	宋朝的司法制度和诉讼程序	280
第十三章	元朝《元律》	286
第十四章	明朝《明律》	295
第一节	明朝的刑法制度及其特点	296
第二节	明朝的司法制度和诉讼程序	309
第三节	明朝的特务机构和法外镇压	311
第十五章	清朝《清律》	316
第一节	《大清律集解附例》的制定和内容	316
第二节	清律中的刑罚制度	320
第三节	清朝的司法制度	322
第十六章	封建制刑法思想	328
第四篇	半殖民地半封建制刑法	336
第一章	半殖民地半封建制刑法概述	340

第一节 半殖民地半封建制刑法的产生和特点	340
第二节 西方资产阶级刑法思想在中国的影响	344
第二章 清末《大清新刑律》和《大清诉讼法》	352
第一节 《大清新刑律》	352
第二节 《大清诉讼法》	361
第三章 中华民国《刑法》和《刑事诉讼法》	371
第一节 中华民国《刑法》及其阶级实质	378
第二节 国民党政府的特务统治	388
第三节 中华民国《刑事诉讼法》和国民党 政府的司法制度	391
第四章 半殖民地半封建制刑法思想和理论	396
总 结	409
附录 图和表	
一、中国历史上主要法律体系一览表	437
二、中国刑罚制度史一览表	442
三、西周奴隶制司法管辖表	484
四、西周奴隶制司法管辖图	485
五、犯罪与刑罚史纲	486
六、古籍和画像	489
七、华夏略图	521
后 记	522

前 言

中国,我们伟大的祖国不只是当今世界社会进步和经济发展最快发展中国家之一,而且是世界文明古国之一,它在人类历史上占有重要的地位,中华民族对于人类社会的发展作出了卓越贡献。

这一方面固然是由于我们伟大的祖国是世界上最大的国家之一,它的人口现已超过十二亿,约占全世界人口的百分之二十二,其领土为九百六十万平方公里,同整个欧洲面积差不多,计占世界陆地总面积的十五分之一;另一方面更由于它是文明发达最早的国家之一,已经有四五千年有文字可考的历史,各方面的经验都非常丰富,美不胜收。我们中华民族的祖先,从很早的古代起,就一直劳动、生息、繁衍在这块广大而美丽富饶的土地上,写下了一部光辉灿烂的文明史,光荣地屹立在世界的东方。

中华民族的发展和世界上别的许多民族一样,曾经经历了若干万年无阶级的原始公社生活。原始公社崩溃以后,进入阶级社会,先后经过了一千六七百年奴隶社会和二千三四百年封建社会。1840年,外国资本主义侵入中国后,又经历了一百多年半殖民地半封建社会,直到1949年中华人民共和国成立,先后已有四千多年之久。在这段漫长的历史发展长河中,我们中华民族不仅创造了灿烂夺目的东方文化,成为人类的骄傲,而且创制了丰富多彩的礼律条令和文物典籍,可资借鉴。中国刑法史——有关中华社会发展过程的一个侧面,就反映在这些浩如烟海的礼律法令和汗牛充栋的文物典籍中,成为我们宝贵的精神财富。因此,要弃其糟粕,取其精华,比较鉴别,古为今用。

毛泽东同志在关于理论问题的论述中,为历史科学指明了方向。他说:“今天的中国是历史的中国的一个发展,我们是马克思

主义的历史主义者，我们不应当割断历史。我们不但要懂得中国的今天，还要懂得中国的昨天和前天。”所以，我们应当尊重自己的历史，决不能无视历史，但是这种尊重，是给历史以一定的科学的地位，是尊重历史的辩证法的发展。就中国刑法史而论，就是要认识、弄清中国历史上犯罪和刑罚之间矛盾、斗争的发展规律和各种刑罚和刑法制度的演变规律。但是刑法又是一门阶级性非常强的科学，我们在研究历史规律的时候，必须把握各种刑法制度的本质和特点，划清界限，弃去糟粕，用辩证唯物主义和历史唯物主义的观点，批判剥削阶级刑法的反动实质，以实事求是的科学态度，吸取其对人民有利的合理因素，为我国社会主义刑法制度的建设服务；并把我国刑法科学建立在古今中外综合知识的基础上，以巩固和加强我国人民民主专政和社会主义制度，保障我国四个现代化建设的顺利进行。

一定的文化是一定社会的政治和经济的反映。中国刑法史作为我国古文化的一部分，尤其如此，这是我们研究历史事实时，必须时刻注意的一个原则问题。因此，对于历史上的任何一种刑法制度，都必须给予全面的、历史的和科学的阶级分析。这就是我们研究中国刑法史的基本方法。它既可以帮助我们透视历史事件的实质，又可为我们提供历史的借鉴。那种片面地就史论史或以法论法的观点和做法，则是我们所不取的。

按照马克思主义的观点，一方面，在阶级社会里，刑法制度上的变化，固然决定于社会物质生活条件的变化，就是说，不仅构成犯罪的发展史，而且刑罚制度的演变史，都是以其社会经济基础为转移的，就连整个人类历史也都不能例外。另一方面，实际的物质生活关系和人与人之间的交往形式，并不是由国家政权创造出来的。恰恰相反，这种关系和形式本身，正是创造国家的原动力。正因为如此，我们认为，法律，特别是刑法，它在一切类型的国家和它们各自的不同时代，都反映着当时当地的物质（或者说经

济)关系。由此可见,根据刑法的具体内容(即犯罪和刑罚)及其相互关系,人们往往都能推测或判断出每个国家在其各个历史时期反映在法律上的不同经济关系。从这个观点看来,对于刑法史的研究,不但可以揭示出或者确定刑法发展的客观规律,而且还可以使我们进一步认识到刑法对于人类历史的发展过程、对于阶级斗争的进程、对于政治斗争的命运、对于经济关系的发展变化的趋势等方面的反作用,以便更好地运用刑法,为社会主义市场经济体制的建立和社会主义建设服务,为全面开创社会主义现代化建设的新局面创造条件。这就是古语所说的“夫以铜为镜,可以正衣冠;以古为镜,可以知兴替;以人为镜,可以明得失”(《贞观政要》卷第二,任贤第三)的道理之所在。

刑法学是研究犯罪和刑罚的一门科学,各国各代都是如此,只是其性质和体例有些本质区别罢了。

中国刑法史,则是研究中国刑法和刑罚制度发展、变化规律的一门学科,即人们所谓的“沿革刑法学”,但其范围仅限于中国,断代于中华人民共和国成立以前。1949年10月1日以后的中国社会主义刑法制度,尚属现实,留待中华人民共和国刑法学来一并加以研究,本书则不多涉及。中国刑法史的内容和资料极为丰富,在这本书中我们只能摘其要者作些说明和介绍,作为深入系统研究中国刑法史的引玉之砖。

列宁在《弗里德里希·恩格斯》一文中写道:“马克思和恩格斯是唯物主义者。他们用唯物主义观点观察世界和人类,看出自然界中一切现象都有物质原因作基础,同样,人类社会的发展也是由物质力量即生产力的发展所决定的。人们在生产人类必需的产品时彼此所发生的关系,是以生产力的发展为转移的。所以,社会生活中的一切现象,人类的意向、观念和法律,都是由这种关系来解释的。”(《马克思恩格斯选集》第1卷,第35—36页)我们研究中国刑法史,也必须以这个思想为指导,才能科学地说明我

国历史上刑法制度产生、变化和发展的根据和原因。

根据中国古籍记载和考古发掘的实物证明,在中国历史上,早在原始社会的末期就有了“犯罪”,同时也就产生了与“犯罪”做斗争的“刑罚”。但是在一个相当长的历史时期内,却只有“刑”或者说“刑罚”,而没有法,更没有所谓刑法。这就是人们所说的“有刑无法”的历史时期。史实告诉我们,先有“罪”而后有“刑”,这是古代人们生活与生产发展的结果和需要。这时的“刑”,我们称做原始刑。而把犯罪和刑罚有意识、有计划、有目的地规定在法律里,使之成为阶级统治的工具——刑法,那还是人类历史进入阶级社会有了国家以后的事情。因此,历史事实是:先有刑而后才有法,即先有刑罚,后有刑法。

在中国历史上由刑到法的过渡,是经由一个相当长的历史时期和相当迂回的演变过程,逐步实现的。作为统治阶级意志的法,它的最早形式是所谓“刑”,即史称:“夏有乱政,而作禹刑;商有乱政,而作汤刑;周有乱政,而作九刑”。这时刑就有法的意思,它同舜、禹时代的“刑”,就有了本质属性上的区别。原始社会末期舜、禹时代的“刑”,是约束部落成员的社会生活的实际需要,即习惯,至多只能称之为习惯法。进入奴隶社会夏、商、周时的刑,实属统治阶级意志的表现,也就是法。这时的刑和法,实际是不分的。《说文》讲“法灋者,刑也”,就说明了这一点。《尔雅·释詁》又说:“刑,常也,法也。”也是同样的例证。

皋陶^①有言:“天秩有礼”,“天讨有罪,五刑五用哉,政事懋哉懋哉!”(《尚书·皋陶谟》)这就是说,他认为礼出于天,是维持社会秩序的。有谁违反了,以刑纠正,政事就算完备无缺了。后人因之,以礼为治,遂有夏礼、殷礼(即殷彝)和周礼。周代之法律,

^① 皋陶(gāo yáo),中国原始社会末期,我国历史上最早的一位理“官”,当时称作“士”。

实际上是以礼为体，以刑为用，以反礼之行为为犯罪，由此而明五刑之适用。礼与刑的关系至为密切，犹如一物之表里。《尚书·大传》曰：“礼者，禁于将然之前，而法者，禁于已然之后。是故法之用易见，而礼之所为，至难知也。若夫庆赏以劝善，刑罚以惩恶，先王执法之正，坚如金石。行此之信，顺如四时，处此之功，无私如天地尔。”（《尚书·大传》）正如《释名》所说：“法，偁也，偁而使有所限也。”所以，后汉陈宠就把礼与刑的关系归结为：“礼之所去，刑之所取；失礼则入刑，相为表里者也。”（见《后汉书·陈宠传》）由此可见，失礼则入刑，礼刑一物也，目的都在限制不轨行为，以维护人们之间的正当关系。

夏、商、周三代之礼制，实为士大夫行为准则。夏、商礼制，散见于《仪礼》，而周礼则有较详尽的记载。《周礼》是姬周建国之大典，关于立法、司法、行政之事项，无不具备。特别是《周礼》既规定有罪，如“掌士之八成”；也规定有刑，如“以乡八刑纠万民”。所以，周公（姬旦）制定《周礼》，本为治国齐民的规范，实质上就是法，不过以后又有了刑，如《吕刑》，更加强了它的强制性。不仅如此，《周礼》和《吕刑》，同时还规定有他们的司法机构和体制以及他们的办案制度和程序。逮及春秋战国之交，逐渐由称刑、礼而改称刑、法。比如，宋之“刑器”，郑之“刑书”，“竹刑”和晋之“刑鼎”；又如晋的“被庐法”，楚之“仆区法”，荆之“茆门法”^①和魏之《法经》等。后来，商鞅在秦国变法，又改法为律，以后各代相因未改，一直称律，如《秦律》、《汉律》、《隋律》、《唐律》、《明律》、《清律》等，唯宋朝称“刑统”。在所有这些法和律中，不仅有刑法、民法、行政法，而且还都规定有办案制度和程序，即诉讼法。直到清朝末年和民国初年，刑法才从这种一揽子的礼、法、律中分离出

① 茆(mǎu)门法，即荆庄王之法名。

来，独立为一个法律部门，如《大清新刑律》和中华民国《刑法》等。

当然，在我国历史上的这些法律中，一直是以刑法内容为主，兼而包括民法、婚姻家庭法和诉讼法等。这种情况，史称诸法合体，这同当时的社会分工、政权性质和政府体制，有着密切关系。司法和行政都不分，哪里还谈得上刑法、民法和诉讼法等区别和分立呢！

根据这样一个历史事实，《中国刑法史》所要讨论、研究的内容，除刑法和刑罚制度外，还包括刑事訴訟法和历代刑法思想等问题。这一方面是因为我国历史上长时间没有从法律体制上把它们分开过，另一方面还因为刑法和刑事訴訟法本来就像“植物的外形和植物的联系，动物的外形和血肉的联系一样”（《马克思恩格斯全集》第1卷，第178页），不能截然分开。如果勉强地把它们割裂开来，有些问题反而倒更不容易说明白。再者，中国刑事訴訟法史课程尚未单独开设，也有必要对它们一同加以研究和介绍。

这就是《中国刑法史》所要研究的对象、内容和范围，其体系，除此前言和最后的总结外，共分四篇，二十七章，即：

第一篇 刑法产生的“罪”和“刑”，共分三章；

第二篇 奴隶制刑法，共分四章；

第三篇 封建制刑法，共分十六章；

第四篇 半殖民地半封建制刑法，共分四章。

本书将通过以上各章，从生产方式的发展变化上说明中国刑法史的基本梗概，以期从中看出刑法发展的规律和特点，使中国刑法史这门学科为我国社会主义事业服务。

仅以刑法本身来说，在我国历史上并没有一个明确的科学概念，但在各个不同历史时期都有不少侧面说明。这些说法尽管很不一致，但都用不同的方法说明了刑法这个治国安邦、约民导

人的有效工具,是有着重要现实意义的。比如,在《尚书·吕刑》中有“折民惟刑”,“士制百姓于刑之中”;《礼记·王制》中有“刑者,侗也,侗者,成也,一成而不可变”;《管子·七臣七主》中有“法者所以兴功除暴也;律者所以定分止争也;法律政令者,吏民规矩绳墨也”;《左传》中有“铸刑,将以靖民”;《国语·晋语》中有“端刑法,缉训典,国无奸民”;《商君书·定分》中又有“法令者,民之命也,为治之本也,所以备民也”;《韩非子·奸劫弑臣》中有“故其治国也,正明法,陈严刑,将以救群生之乱,去天下之祸,使强不凌弱,众不暴寡,耆老得遂,幼孤得长,边境不侵,君臣相亲,父子相保,而无死亡系虏之患”;《盐铁论·诏圣》中有“刑法可以止暴”;《隋书·刑法志》中有“夫刑者,致生死之命,详善恶之源,剪乱除暴,禁人为非者也”;《晋书·刑法》中有“律始于刑名,所以定罪制也”;《旧唐书·刑法》中有“立刑以明威,防闲于未然”;《元史稿·刑法一》中有“先王制刑,非以立威,乃所以辅治也”;《清史稿·刑法一》中有“刑之有律,犹物之有规矩绳墨也”。一直到了民国才有“刑法者,规定犯罪与刑罚之法律也”的直接论述。由此可见,自从上古、中古到现代,谁都没有明白揭示出有关刑法概念的本质属性。这大概是由于历代统治者及其御用法学博士们,都有难言之隐的缘故吧!如果有谁道出了刑法乃专政工具的实质,少数剥削者对广大劳动者的阶级统治就难于维持了。这就是他们不敢泄漏其本质的原因。

正如历史的总规律一样,前世之《史》,后世之《作》,对我国历史上各类刑法的阶级本质及其特点的科学剖析和系统总结,就历史地落到我们无产阶级身上。本书之撰者,即尽此历史责任的尝试。

我们凭借辩证唯物主义和历史唯物主义这副政治上的望远镜和显微镜,用阶级和阶级斗争的观点以及阶级分析的方法,对我国历史上存在过的奴隶制刑法、封建制刑法和资产阶级刑法(在我

国实际上是半殖民地半封建制刑法)进行实事求是的分析研究和科学总结,还它以历史真面目,补上历史遗留下来的这块空白,对我国立法、司法、法学研究,乃至社会主义革命和社会主义建设,都有可资借鉴的益处。

历史事实告诉我们,奴隶主阶级、封建地主阶级和资产阶级等剥削阶级的法律思想一个总的共同特点是阶级报复主义,体现在他们各自的刑法制度上,则是刑罚报复主义、单纯惩罚主义、重刑主义、酷刑(系指肉刑、耻辱刑、死刑执行上的残酷性)和威吓主义。其中心思想即其刑法的本质是刑罚报复主义。

奴隶制刑法、封建制刑法和资产阶级刑法这三种刑法的本质之所以相同,概因为他们都是私有制社会的剥削阶级,因而他们对主要罪犯的基本对策是镇压、惩罚、肉体消灭,甚至株连无辜,祸及乡里,以除后患。他们的刑罚制度的基本原则是单纯惩罚主义,谈不上对罪犯的改造。当然,资产阶级刑法也宣扬他们的“改造”政策,但那是虚伪的骗人的假改造。因为他们的“改造”,其实质只不过是“改造”性的强迫劳改,榨取罪犯的无偿劳动,为资产阶级增殖资本,维护资本主义制度。因为资产阶级是近现代新型的个人主义者,其思想和制度的核心仍然是一个“私”字,他们的最终目的是巩固和加强资产阶级的阶级统治,梦想使资本主义制度千古不朽,永世相传。在这样一切为私的制度下对罪犯进行私化改造,结果只能是愈改造私心愈重,犯罪则愈演愈烈。

正由于奴隶制刑法、封建制刑法和资本主义刑法,同为剥削阶级的刑法,也就决定了他们的刑法原则和刑罚制度上的一些共同特点:

其一,在犯罪和刑罚诸方面,首先都注入了迷信观念、宗法思想和封建纲常理教的思想毒素,特别是儒家思想中的消极、甚至反动的因素。

其二，在司法上，都坚持不同形式的等级制度。由奴隶制的公开阶级压迫，经封建等级制度，到资产阶级的虚伪平等，万变不离其宗，都是阶级专政。

其三，在认定犯罪上，是错误归罪，殃及无辜。奴隶主和封建主统治者，他们从宗教迷信的唯心观点出发，以所谓“神判”，大搞“主观归罪”、“客观归罪”和“论心定罪”；资产阶级法官们则以“自由裁判”为幌子，任意刑处阶级异己，出入人罪^①，以维护其阶级统治。

其四，在刑罚制度上，他们借口“善恶报应”、“代天行罚”，滥肆报复，残酷镇压，重刑威吓，横行杀戮。法家思想中的残暴性，为封建统治者所重视，厘定在他们的刑罚制度中。

其五，在审判作风上，是主观擅断主义，大搞拷讯逼供。冤、假、错案，史不绝书。

无产阶级是作为以一切剥削阶级为对立面的阶级登上历史舞台的，它是历史形成的肩负消灭一切剥削阶级和剥削制度伟大使命的过渡“阶级”。无产阶级总的法律思想是阶级解放和全人类解放相结合的伟大法律思想，它具体体现在刑法上则是刑罚改造和革命人道主义相结合，实行惩罚与教育相结合和劳动与改造相结合的原则。无产阶级法律思想的核心即刑法的本质是改造罪犯成为新人，以实现改造人类、改造社会的伟大目标。因此，它对罪犯的基本政策是改造；同时也需辅以必要的镇压与惩罚。镇压和惩罚的目的，又是为了对罪犯进行更有成效的改造。无产阶级的最终目的是解放全人类，实现共产主义。这是人类历史发展的必然，无产阶级运用刑法武器同犯罪现象作斗争，则是为实现这一人类最高理想的具体手段之一。

根据马克思列宁主义、毛泽东思想关于国家与法的理论，应当明

① 滥罚无罪的人，擅纵有罪的人。

确：刑法，就是国家立法机关依照统治阶级意志，对那些危害统治阶级利益和统治关系的行为，规定或者认定为犯罪，并对其规定出刑罚处罚方法的法律。就是说，一切刑法都是阶级专政的工具。这样不仅科学地阐明了刑法的本质属性，而且严格地把刑法同其他法律部门区别开来了。我们在研究中国刑法史时，就是按照这种马克思主义的刑法观，把我国历史上各种不同类型的刑法，从中国诸法合体的体制中抽出来，予以说明和探讨的。

关于中国历史的分期、国家和刑法何时在我国形成和产生，以及刑法规范的具体规定，历来就有不同的看法和认识。对此，我们则力图用辩证唯物主义和历史唯物主义的观点加以说明和解释。但因水平有限，且掌握的史料也不十分充足，在论述具体问题上，势必会有不妥之处，甚或错误，欢迎批评、指正。