

【新世纪法学丛书】

中国刑法史 精要

高绍先 著

法律出版社

*Essence
of
the
History
of
Chinese
Criminal
Law*



【新世纪法学丛书】

中国刑法史 精要

高绍先 著

法律出版社

*Essence
of
the
History
of
Chinese
Criminal
Law*

第一编

绪 论

原书空白

第一章

研究中国刑法史的意义

一、中国刑法史的历史价值

二、中国古代刑法与社会主义法制建设

原书空白

一、中国刑法史的历史价值

(一)在浩瀚的法律历史长河中,中华法系有过自己的辉煌

世界公认有五大法系,即中华法系、印度法系、伊斯兰法系、大陆法系和英美法系。前三者多已是法制史上的概念,虽然伊斯兰法在阿拉伯国家中仍有很大的影响;后两者依然是现代资本主义国家法律的两大代表。也有的人将世界法系分为16种的,即埃及法系、巴比伦法系、希伯莱法系、中华法系、印度法系、希腊法系、罗马法系、日本法系、伊斯兰法系、凯尔特法系、斯拉夫法系、日耳曼法系、海洋法系、教会法系、英吉利法系和大陆法系。不论按哪种划分,赫然载于史册的都有

中华法系。

中华法系,若寻其萌蘖,可远溯至公元前 23 世纪至 21 世纪的虞舜时期,距今四千多年,即使从有甲骨文记载的商朝算起,也在公元前 1700 年左右,与公元前 20 世纪古埃及的苏美尔法典同为世界最古老的法律之一。在世界法律史上,《罗马法》、《拿破仑法典》和中国的《唐律疏议》堪称为三大里程碑。如果说《罗马法》是奴隶制法律的代表,《拿破仑法典》是资产阶级法律的范本,那么,可以毫不夸张地说,《唐律疏议》是世界封建法律的最高成就。《罗马法》作为一个时代的法律系统,从公元前 5 世纪的《十二铜表法》肇始,到公元 12 世纪的《国法大全》集其大成,经历了一千多年,其私法成就达到了很高的程度。恩格斯曾高度评价《罗马法》说:“它是我们所知道的以私有制为基础的法律的最完备形式”。^①《拿破仑法典》颁布于 1804 年,是法国资产阶级革命的产物,但与《罗马法》有着极深的渊源。恩格斯称它为“典型的资产阶级社会的法典”。^②《唐律疏议》迟于罗马法,而比《拿破仑法典》早了一千一百多年;《罗马法》与《拿破仑法典》均以私法见长,而《唐律疏议》却在刑法领域独步天下;《罗马法》与《拿破仑法典》对欧洲大多数资产阶级国家的民事立法有决定性的影响,是“所有其他国家在财产方面实行改革时所依据的范本”。^③《唐律疏议》在东方各国的影响甚巨。日本文武天皇大宝元年(公元 761 年)所定的《大宝律令》,有律六卷,十二篇。其篇名、次序一准于唐律,只是将“八议”改为“六议”(去议勤、议宾),“十恶”改为“八虐”(去内乱、不睦)。另外,流刑不载里数,只定近、中、远三

① 《马克思恩格斯选集》第 3 卷,第 143 页。

② 《马克思恩格斯选集》第 4 卷,第 248 页。

③ 《马克思恩格斯选集》第 3 卷,第 395 页。

等。《高丽史·刑法志》称：“高丽一代之刑制，大抵皆仿于唐。至于刑法，亦采唐律，参酌时宜而用之。”公元1392年—1910年统治朝鲜的李氏王朝所用的《经国大典》基本上也以唐律为蓝本。越南李太尊明道元年（公元1042年）颁布的《国朝新律》也说：“遵用唐律旧制，但其宽严之间，时加斟酌。”^①

可惜的是，中国在很长一段历史时期中，以天朝自居，视西方各国为夷狄，自我封闭，与世隔绝，在法律制度上只是不断地重复、重复，一次又一次地与跻身于世界强国之林的机遇失之交臂。直到鸦片战争以后，随着西学东渐，欧风美雨侵入了古老而神圣的法律殿堂，中国封建法律才开始向近代化转变。其间有多少可记可述，可歌可泣，既令人振奋鼓舞，又使人扼腕叹息的人和事；有多少还需要我们去探索、去研究的领域。今天，我们研究中国刑法史不是为了发思古之幽情，而是为了发掘祖国的法律文化，尊重历史的辩证法，给世界上经时最长的一部刑法史以正确的评价，处理好批判与继承的关系，对促进社会主义民主与法制的建设起到以史为鉴的作用。

（二）中华法系在世界法系中占有重要一席，在中华法系内部，刑法又具有特殊重要的地位和作用

我国古代法律是诸法合体，以刑为主，这是学界的通说。但也有人持不同意见。其主要观点是认为中国古代法律中民法、商法、婚姻法等也很发达。这种观点值得商榷。平心而论，在自给自足的自然经济为主的封建社会和以父权、夫权为中心的伦理道德的条件下，民法、商法、婚姻法纵使发达，也是有限的。所以，依我愚见，封建法律“诸法合体，以刑为主”的特点仍是可以成立的。其主要依据有如下说：

^① 《历朝宪章类志·刑律志》。

1. 在整个法律体系中,刑法典具有特别重要的地位。

中国古代没有宪法的体例,各朝各代带有根本意义的法典都是一部刑法典。周秦之前,史述历代法制时,即称“夏刑三千,周刑二千五百”,^①“刑名从商”。^②公元前10世纪,周穆王以百岁高龄,命他的司寇吕侯总结有苗滥刑的教训,本着宽厚精神,修订法律,所谓“荒度作刑,以诒四方”,^③制定了我国历史上第一部实体法和程序法合编的伟大法典,即命名为《吕刑》。战国时期,魏文侯师李悝收集整理各国法典,编制成《法经》,开宗明义第一句即云:“王者之政,莫急于盗贼。”^④也是典型的刑法。以后商鞅携之入秦,作为给秦王孝公的见面礼的,就是这部《法经》。自秦以降,如汉之《九章律》、隋之《开皇律》、唐之《唐律疏议》、宋之《宋刑统》、元之《大元通典》和以后的明律、清律,都是名副其实的刑法。隋以后,各代法典均以名例冠其篇首,而名例首载的就是五刑、八议、十恶,是道地的刑法手笔。历代改朝换代后的头等大事便是修律,也就是修改这部刑法典。

2. 刑法手段被广泛运用。

中国封建统治者历来重视刑法的统治作用,不论是标榜德治也好,提倡以孝治天下也罢,刑法手段都被广泛运用,甚至被滥用。有的帝王对刑法作用的崇拜几乎达到迷信的程度。许多社会关系,本来是其他法律的领地,也被刑法越俎带庖,如唐律中有“买奴婢牛马不立券,过三日,笞三十”的规定。这本是违反合同的行为,但要绳之以刑。其他还有如关于民事赔偿的“毁人

① 《尚书大传》。

② 《荀子·正名》。

③ 《尚书·吕刑》。

④ 《晋书·刑法志》。

碑碣及石兽者，徒一年”；关于宗教信仰的“私入道及度之者，杖一百”；关于生育儿女不当时的“诸居父母丧生子，徒一年”，甚至仅仅是对道德风尚的违反，也要“大刑侍候”。如唐律规定“闻夫丧，匿不举哀”的，流二千里；丈夫死了，不号啕大哭，遍告亲友的，要判流刑二千里。刑法的触角可谓无所不至，广泛地干预着社会生活的各个方面。

在所有的法律中，刑法的地位最重要，在所有的制裁方式中，刑罚的手段运用最多。这就是“诸法合体，以刑为主”的基本事实。因此，中国古代刑法史在中国法制史中占有特别重要的地位。可以说，掌握了刑法史的发生、发展、演变的脉络，也就掌握了法制史的核心和精髓。但两者并非完全重合，仍然各有各的研究领域。中国刑法史是研究中国各个历史时期刑事法律的发生、发展、变化的科学。从史的角度而言，它是法学；从法的角度而言，它是史学。简言之，它是以刑法为内容的历史学，即刑法的历史；也是以历史为线索的刑法学，即历史的刑法。其具体内容包括：

1. 历代刑法理论的演变；
2. 历代刑事立法的沿革；
3. 历代犯罪制度的演变；
4. 历代刑罚制度的演变；
5. 其他与刑事法律有直接关系的问题。

商业、民事、婚姻、行政等，如不涉及犯罪和刑罚，则不在刑法史的研究范围内。

二、中国古代刑法与社会主义法制建设

历史是一个连绵不断，前后相续的进程。我们不能选择过去，但可以创造未来。而创造未来又必须、也只能以过去为基础，因此，对历史的批判和继承，是一条不以人们意志为转移的

客观规律。然而,检讨过去,我们似乎一直没有处理好批判与继承的关系。“五四”运动时期,有人提出了“打倒孔家店”的口号,一批思想先驱者以冲决罗网的精神对传统观念进行了坚决的批判。但由于当时掌握马列主义的人还不多,人们对从传统中应当继承些什么,可谓一片茫然。到了国内革命战争时期,武器的批判代替了批判的武器,人们忙着打仗,没有时间和精力去研究批判与继承的问题。建国以后,思想批判的矛头指向了资产阶级,对中国传统文化既有虚无主义的倾向,一律斥之为封建糟粕;又有一律肯定的倾向,甚至用封建主义去批判资本主义。我们不就是在痛斥唯心史观“英雄创造历史”的同时,又亲手堆砌个人崇拜的殿堂吗?“文化大革命”中,到处都祭起了大批判的旗帜,但那是少数阴谋家玩的把戏,与理论研究不相干。所以,当儒家思想在日本、新加坡的现代化企业管理和国民教育中创造奇迹的时候,我们却把孔夫子他老人家绑在林彪的耻辱柱上示众。前几年,也曾出现过两种错误倾向:一是把中国传统,包括革命传统看成是改革开放的绊脚石,与保守、落后等量齐观,认为传统文化已经走到历史的尽头,只有引进“蓝色文化”,才能拯救自己的灵魂;另一种是抱残守缺,幻想用所谓“新儒家思想”作为社会的精神支柱,以便把西方国家的“资产阶级思想”“拒敌于国门之外”。显然,这两种倾向仍然是批判与继承的误区在新形势下的重复。因此,运用历史唯物主义对中国的法律文化传统,包括中国刑法史中所蕴涵的法律文化传统给予正确的历史评价,做到古为今用,仍然是一件十分有意义的事。

在中国刑法史中,批判与继承的内容都十分丰富。

(一)一方面,我们应当看到,中国封建统治延续了几千年,封建法律在巩固帝王统治,镇压农民起义,维护社会秩序,协调各阶层的利益矛盾等方面发挥了不可低估的作用,其中必然有

合理的精华,足可为后世借鉴者。

1. 中国古代刑法理论达到了很高的水平。

中国古代法律理论中蕴涵有丰富的自然法思想和伦理法思想,在刑法史领域中,对刑法的性质、功能、作用、刑罚的设置、适用,有许多精彩的论述。如关于“德主刑辅”、“明刑弼教”的理论,关于“以法为教,以吏为师”的思想,关于“刑期无刑”、“以刑去刑”的主张以及“慎刑”、“恤刑”、“祥刑”的观点都得到了淋漓尽致发挥。这些刑法理论和思想,都含有丰富的东方哲学的精义和思辩,适合于几千年来形成的民俗国情。

公元前 2300 年左右,夏禹和皋陶在舜帝的御前会议上就治国之道进行过一次讨论。皋陶讲了下面一段话:“临下以简,御众以宽;罚弗及嗣,赏延于世;宥过无大,刑故无小;罪疑惟轻,功疑惟重;与其杀不辜,宁失不经”。^①大意是:管理下级要放权,统治百姓要宽厚;刑罚不能株连后代,赏赐不防泽及子孙;再重的过失犯罪可以赦免,再轻的故意犯罪必须惩罚;犯罪证据有怀疑的应当从轻发落,论功行赏却宜于就高不就低;宁愿被人指责放弃原则,也不能滥杀无辜。其中有对统治艺术的提炼,有关于刑罚只及于一身的规定,有处理故意犯罪和过失犯罪的原则。大体而言,这些话都讲得合情合理。特别是“罪疑惟轻”一句,罗马法中有“有疑,为被告人之利益”的规定,被后世奉为无罪推定之先河,但罗马法成于公元前 500 年左右,而皋陶却先罗马法 1800 年而言。悠悠岁月的流逝,更可看出这句话在法学上的价值。

2. 中国封建刑法有许多独特的原则和制度。

中国历代统治者皆重吏治,强调“明主治吏不治民”,“有治吏而后有治民”。历代封建刑法也充分体现从严治吏的精神。

^① 《尚书·大禹谟》。

唐律规定的有些罪名就很有意思,如“署置过限及不应置而置,一人杖一百,三人加一等,十人徒二年”,^①可称之为“超编罪”;“诸非法兴造及杂徭役,十庸以上,坐赃论”,^②可称之为“非法基建罪”;“诸贡举非其人及应贡举而不贡举者,一人徒一年,二人加一等,罪止徒三年”,^③可称之为“用人不当罪”;“诸在官长吏,实无政迹,辄立碑者,徒一年。若遣人妄称己善,申请于上者,杖一百”,^④可称之为“树碑立传罪”。明律还定有一条可称之为“吹牛拍马罪”的,其罪状是“凡诸衙门官吏及士庶人等,若有上言宰执大臣美政才德者,即是奸党,务要鞫问穷究来历明白。犯人处斩,妻子为奴,财产入官;若宰执大臣知情者,与同罪”。姑且不论这些法条能否兑现,敢于将这些条文明定刑典,也是需要相当的勇气和胆识的。

3. 在刑法的执行上,强调执法者的素质。

中国历代学者大都强调法官的个人素质,主张执法如山,公正无私。这在弊端甚多的封建社会,依靠制度不能解决问题的情况下,也是一种必然的选择。

早在成书于公元前10世纪的《吕刑》中,统治者就提出了“非佞折狱,惟良折狱”,“哲人惟刑”,“哀敬折狱”的要求,强调只有道德高尚,明哲通达,谨慎恭敬,通情达理的人才能深刻理解和正确执行刑法。战国时期,法家结合自己的政治实践,提出了一整套执法必严的理论,其中许多警句名言振聋发聩,至今仍有强大的激励作用。如管仲所云:“故明王慎之,不为亲戚故贵易

① 《唐律疏议·职制一》。

② 《唐律疏议·擅兴十八》。

③ 《唐律疏议·职制二》。

④ 《唐律疏议·职制四十四》。

其法……夫公之所加，罪虽重，民无怨气；私之所加，赏虽多，士不为欢”。^① 商鞅的名言：“刑无等级”，“君臣上下贵贱皆从法”，“禁必行于亲贵”。^② 韩非讲的：“法不阿贵，绳不挠曲。法之所加，智者弗能辞，勇者弗敢争。刑过不避大臣，赏善不遗匹夫”^③等。虽然，这些观点并未在封建刑法中形成制度，缺乏法律的保障，明载于刑典的倒是公开维护等级特权的“八议”，但惟其这样，这些主张在我国古代刑法的历史中，才更显示出它的价值。

封建刑法是以皇权为基础的，但也有少数帝王不乏开明思想。据史书记载，西周时期，周公之子被任命为京畿东郊成周的行政长官，赴任之前，当时为国君的周成王亲加训勉，对他说了这段话：“予曰辟，尔惟勿辟；予曰宥，尔惟勿宥，惟厥中”。^④ 这段话的大意是：我说该杀，你不一定就杀；我说该免，你不一定就免，一切均应以公正、适中为准。这与那些主张“朕即国家”、“朕即法律”的独裁者的思想大相异趣。

“八议”自三国时期魏的新律明载刑典以后，历代法律都相沿不改，奉为经典，但也有一位皇帝公开反对八议之制的，此人就是雍正。他在雍正六年三月丙子上谕中说：“夫刑法之设，所以奉天罚罪，乃天下之至公至平，无容意为轻重者也。若于亲、故、功、贤人等之有罪者故为屈法以示优容，则是可意为低昂，而律非一定者矣，尚可谓之公平乎？且亲、故、功、贤等人，或效力宣劳，为朝廷所倚眷；或以勋门戚畹，为国家所优崇，其人既异于常人，则尤当制节谨度，秉礼守义，以为士民之倡率，乃不知自爱

① 《管子·禁藏》。

② 《商君书·赏刑》。

③ 《韩非子·有度》。

④ 《尚书·君陈》。

而致罹于法,是其违理道而蹈愆,尤非蚩蚩之氓无知误犯者可比也。倘执法者又曲为之宥,何以惩恶而劝善乎?”^①这段话有两层意思:一是说刑法贵在平等,不容许因特殊身份或特别贡献而享有特权;二是说亲、故、功、贤等可入“八议”之人,不同于一般百姓,更应该模范遵守法律,为民表率,岂有反而法外施恩的道理。第一层意思,前代法家者流讲得不少,但能讲第二层意思的却不多见。即是放在今天,这段话也是很有见地的。或有论者认为雍正是靠权术得位的,登基之后,对诸王极尽残酷迫害之能事,自然要唱这种高调了。这话虽也不无道理,不过,历代帝王中,兄弟阋于墙的不在少数,唐太宗就是一位,但《唐律疏议》却对八议推崇备至。可见雍正此话是有自己的思想的。

4. 中国古代刑法有很深厚的文化蕴涵。

中国古代刑法文化蕴含之深厚,在世界各国刑法中可谓一枝独秀。以《唐律疏议》为例,永徽三年,唐高宗集中了一批当代有名的政治家、法学家编修法典。书成之后,署名于《进律疏表》的有19人,长孙无忌领衔。这19人非同小可,其中位列三公的2人,封爵至国公的4人,参与监修国史的5人,有“上柱国”勋位的5人,担任过丞相职务的2人,在刑部、大理寺从事过司法工作的5人,在国子监专门从事法律教育的律学博士、儒林郎的1人。这些人中,除个别是以战功显名外,都是幼攻经史,饱受传统文化熏陶的硕学通儒,可谓一代精英尽在其中。这样阵容庞大、高层次、高水平的立法班子在世界立法史上是少见的。除《进律疏表》外,《唐律疏议》的《名例》一章中还有一篇序言,都以骈文写就,骈四骊六,音调铿锵,文采彪炳,朗朗上口。其最后几句云:“爰造律疏,大明典式。远则皇王妙旨,近则萧贾遗文,沿

^① 《读例存疑点注》,第16页。

波讨源，自枝穷叶；甄表宽大，裁成简久。譬权衡之知轻重，若规矩之得方圆，迈彼三章，同符画一者也。”这哪里像在读法典，简直就像在读《滕王阁序》。外国的古代法典也常有在开篇加上序言的，1215年的《英国大宪章》也有一段序言：“朕受天天命，续承尊位。朝乾夕惕，惟恐坠失。我心孔忧，孰从安之？先帝威灵，孰从瞻之？凭何阴鹭，福佑后嗣？以何嘉谟，归容上帝？巍巍教会，必有以崇；泱泱大国，必有以隆。”但比起《唐律疏议》的两篇序言来，不论在篇幅上、内容上，都觉黯然失色。此外，《疏议》中旁征博引，动辄子曰诗云，诸如《尚书》、《诗经》、《礼记》、《孝经》、《国语》、《春秋》、《左传》、《周礼》、《史记》、《汉书》等儒家之重要经典，几乎无一遗漏。这在世界各国的刑法典中也是绝无仅有的。

严复曾评论中外学者治学之异趣说：“其于为学也，中国夸多识，而西人尊新知”。古人大抵如此，所以历代许多政治家、文学家、哲学家多有言法的著述，连文起八代之衰的韩愈，位列唐宋八大家的欧阳修，号称白话诗人的白居易，主张性灵之学的隋园老人袁枚，都写过法学论文。就是县衙小吏提笔下判，也要骈四骊六，对仗工整。大约这些七品芝麻官十年寒窗，满腹经纶，平时无处发挥，便只好在写判决书的时候体现一下自己的文学价值了。如清人李清任县官时审过一件婚姻诉讼，其判决书中有句云：“嗟乎！此一案也，红丝久授于故父，赤绳几割于生母，若移楼女以置胡宅，恐甑破而珠还者，一夕也百年之长恨矣！幸黄花未折，故红叶终谐。父冰人而官月老，亦鸳鸯谱内之新语佳话也。周思萱、胡舜，各杖示儆。其聘礼十二两，仍追给胡堂。今后伊自有妇，无谓他人妇。”写得何等有人情味，何等有文采。

(二)另一方面，我们也应当看到，中国封建社会确实太久太久，积累在刑法中的糟粕、杂芜，日渐沉淀，到了后期，已经严重