

中国法律史学文丛

中国刑法史讲义

先秦至清代

王宏治 著



創于1897

商務印書館
The Commercial Press

中国法律史学文丛

中国刑法史讲义

先秦至清代

王宏治 著



创于1897

商务印书馆
The Commercial Press

2019年·北京

图书在版编目(CIP)数据

中国刑法史讲义:先秦至清代/王宏治著. —北京:商务印书馆,2019

(中国法律史学文丛)

ISBN 978-7-100-17323-0

I. ①中… II. ①王… III. ①刑法—法制史—研究—中国—先秦时代—清代 IV. ①D924.02

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 069742 号

权利保留,侵权必究。

本书出版获得甘肃政法学院科研经费资助

中国法律史学文丛

中国刑法史讲义

先秦至清代

王宏治 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京冠中印刷厂印刷

ISBN 978-7-100-17323-0

2019年6月第1版

开本 880×1230 1/32

2019年6月北京第1次印刷

印张 16% 插页 2

定价:98.00 元

总 序

随着中国的崛起,中华民族的伟大复兴也正由梦想变为现实。然而,源远流者流长,根深者叶茂。奠定和确立民族复兴的牢固学术根基,乃当代中国学人之责。中国法律史学,追根溯源于数千年华夏法制文明,凝聚百余年来中外学人的智慧结晶,寻觅法治中国固有之经验,发掘传统中华法系之精髓,以弘扬近代中国优秀的法治文化,亦是当代中国探寻政治文明的必由之路。中国法律史学的深入拓展可为国家长治久安提供镜鉴,并为部门法学研究在方法论上提供养料。

自改革开放以来,中国法律史学在老一辈法学家的引领下,在诸多中青年学者的不懈努力下,在这片荒芜的土地上拓荒、垦殖,已历 30 年,不论在学科建设还是在新史料的挖掘整理上,通史、专题史等诸多方面均取得了引人瞩目的成果。但是,目前中国法律史研究距社会转型大潮应承载的学术使命并不相契,甚至落后于政治社会实践的发展,有待法律界共同努力开创中国法律研究的新天地。

创立已逾百年的商务印书馆,以传承中西优秀文化为己任,其影响达致几代中国知识分子及普通百姓。社会虽几度变迁,物是人非,然而,百年磨砺、大浪淘沙,前辈擎立的商务旗帜,遵循独立的出版品格,不媚俗、不盲从,严谨于文化的传承与普及,保持与学界顶尖团队的真诚合作,始终是他们追求的目标。追思当年,清末民国有张元济(1867—1959)、王云五(1888—1979)等大师,他们周围云集一批仁人志士与知识分子,通过精诚合作,务实创新,把商务做成享誉世界的中国

品牌。抗战烽烟使之几遭灭顶，商务人上下斡旋，辗转跋涉到渝、沪，艰难困苦中还不断推出各个学科的著述，中国近代出版的一面旗帜就此屹立不败。

近年来，商务印书馆在法律类图书的出版上，致力于《法学文库》丛书和法律文献史料的校勘整理。《法学文库》已纳入出版优秀原创著作十余部，涵盖法史、法理、民法、宪法等部门法学。2008年推出了十一卷本《新译日本法规大全》点校本，重现百年前近代中国在移植外国法方面的宏大气势与务实作为。2010年陆续推出《大清新法令》（1901—1911）点校本，全面梳理清末法律改革的立法成果，为当代中国法制发展断裂的学术脉络接续前弦，为现代中国的法制文明溯源探路，为21世纪中国法治国家理想呈献近代蓝本，并试图发扬光大。

现在呈现于读者面前的《中国法律史学文丛》，拟收入法律通史、各部门法专史、断代法史方面的精品图书，通过结集成套出版，推崇用历史、社会的方法研究中国法律，以期拓展法学规范研究的多元路径，提升中国法律学术的整体理论水准。在法学方法上致力于实证研究，避免宏大叙事与纯粹演绎的范式，以及简单拿来主义而不顾中国固有文化的作品，使中国法律学术回归本土法的精神。

何勤华

2010年6月22日于上海

自序

我是学历史出身。1977年,我作为恢复高考后的第一届大学生,考入北京师范学院(今首都师范大学)历史系就读。1981年,又考取了北京大学历史系硕士研究生,师从王永兴先生,主修隋唐五代史专业。1984年,研究生毕业,分配到中国政法大学,从事中国古代法律史学的研究与教学工作,至今已有30多年了。

到政法大学不久,成立了法律史研究所(今法律史学研究院的前身),张晋藩先生兼任所长。当时全国各高校研究生教学所需教材奇缺,我所负责编写一部《中国刑法史》,以供刑法、刑事诉讼法、法律制度史、法律思想史等专业研究生教学之用。该书由张晋藩先生主编,我负责撰写汉朝刑法、三国两晋南北朝刑法和隋唐五代刑法这三章。此书由中国政法大学出版社1991年出版,定名为《中国刑法史稿》。与编书同时,又对刑法学专业的研究生开设《中国刑法史》专业课。我从1988年接手,直至今日,讲了整整30年。

最初,刑法学研究生分为刑法学与监狱法学两个专业,我须开设刑法史与监狱史两门课。当年每个专业招生不过数人,加起来也就是十几个学生。我们编写的《中国刑法史稿》出版后很快就脱销了,那时的书都是用铅字排版,不可能再加印了。1992年,我开始学电脑打字,于是就亲手将每次教学的讲义打印出来,发给每位学生。每年的讲义都要修改、补充。随着高校研究生不断扩招,刑法学与监狱法学的研究生合并,我的监狱史课程也并入刑法史。2000年以后,选修刑法史

课程的学生总数每届最多时达到 150 余人,现在也在百人左右。我每节课自费打印讲义的负担也显得有些重了,好在有些老师伸出援手,使打印讲义的传统没有中断。在此向那些帮助过我的老师们致谢!

经过近 30 年不断修订的讲义,通过选修过我课的学生们传播,恐怕不会少于千份,近年来,许多人劝我将讲义整理出书。说到出书,我想起一件往事。研究生毕业后,我时常会回北大看望恩师王永兴先生。王先生是国学大师陈寅恪先生的研究生,并在清华大学当过陈寅恪先生的助教。王永兴先生秉承义宁之学的传统,以治学严谨著称。有一次,也许是为了讨王先生欢喜,我说,争取用一年的时间完成一部专著,以报答先生的培育。王先生很严肃地说:“你现在还不能写专著,写出来也不会是好东西。虽然工作了,还是要抓紧时间读书学习,先写些小论文,把基础打好后,思想成熟了,知识积累到一定程度,再开始写书。用一年写出一篇好论文就不容易了。不要急于求成,白纸黑字的东西要经得起历史的考验。”这对我震动很大,因为现实的学术风气就是让人有一种迫不及待的感觉。听从了导师王先生的教导,这些年来,我写文章总是战战兢兢,如履薄冰,不敢轻率下笔,更不敢“著书立说”,要对历史负责。

2010 年,我退休后,因刑事司法学院一直找不到人接替我的刑法史课,我就持续讲了下来。其间先后虽有李祝环老师、姜晓敏老师为我分担了近现代部分课程,但我即将古稀,总不可能再继续讲授下去了,于是开始考虑把我的讲义出版成书。

说起《中国刑法史》的课程安排,最早是一个学期分 18 周授课,共 54 课时,每次三节课,当年的课程安排是:

教学安排(一):

- | | | |
|-------|-----|------------|
| 第 1 周 | 第一讲 | 中国古代刑法的起源 |
| 第 2 周 | 第二讲 | 三代之刑事立法(上) |

第3周	第二讲	三代之刑事立法(下)
第4周	第三讲	封建前期的刑事立法(上)
第5周	第三讲	封建前期的刑事立法(中)
第6周	第三讲	封建前期的刑事立法(下)
第7周	第四讲	封建五刑制度的形成与演变(上)
第8周	第四讲	封建五刑制度的形成与演变(下)
第9周	第五讲	中国古代的刑法原则(上)
第10周	第五讲	中国古代的刑法原则(下)
第11周	第六讲	中国古代的刑事罪名(上)
第12周	第六讲	中国古代的刑事罪名(下)
第13周	第七讲	宋代的刑事立法
第14周	第八讲	辽、金、元的刑法
第15周	第九讲	明代的刑事立法(上)
第16周	第九讲	明代的刑事立法(下)
第17周	第十讲	清代的刑事立法(上,清前期)
第18周	第十讲	清代的刑事立法(下,清末修律—中国刑法的近代化)

不久以后,据说是因为研究生扩招,学生人数激增,需要到大教室授课,学校的大教室不够周转,要求我将课程改为12周,内容压缩为36课时,每次仍为三节课:

教学安排(二):

第1周	第一讲	中国刑法的起源
第2周	第二讲	夏、商、周的刑法制度
第3—4周	第三讲	中古时期的刑事立法
第5周	第四讲	中国古代刑罚制度的演变
第6—7周	第五讲	中国古代的刑法原则

第 8 周	第六讲	唐律中的刑事罪名
第 9 周	第七讲	宋、元的刑事立法
第 10 周	第八讲	明代的刑事立法
第 11 周	第九讲	清代的刑事立法
第 12 周	第十讲	清末修律与中国刑法的近代化

再往后,扩招仍继续,校方又要求我每学期的课 9 周授完,每周授课四课时,我只得将第五讲两周的课压缩为一周讲完,将最后的四讲,压缩为两讲。学生越来越多,课时却越来越少。这样一来,我讲义中的许多内容就来不及向学生们传授了,我为学生们遗憾,总觉得对不住他们。这次有机会将我的讲义在商务印书馆出版,我觉得无论是对我个人,还是对学生都是件有益的事。在此对商务印书馆的同仁表示感谢!

据我所知,现已出版的《中国刑法史》,首推著名法学家蔡枢衡先生于 1983 年由广西人民出版社出版的《中国刑法史》(2005 年又由中国法制出版社再版)。该书广采古史传说及考古学中的新资料,通过对婚姻、家庭、亲属、生产资料所有制和阶级、国家的发展历史的叙述与分析,阐明了从神权进到君权的变化,讲述了中国刑法产生、发展、演变的历史。书虽不长(18 万字),确是国内研究中国刑法史的开山之作。但是,作者多用音韵、训诂的手法,解读《尚书》及其他古籍,不适用于课堂教学。

1985 年,群众出版社出版了周密著《中国刑法史》,1998 年,北京大学出版社又将此书经作者本人修订、增改,出版时更名为《中国刑法史纲》,这可以说是一部较为系统、全面的刑法史力作。该书基本上按中国历史的王朝兴替编排,系统介绍各朝代的刑律。

1986 年,辽宁大学出版社又出版了由李光灿主编、宁汉林著的《中国刑法通史》(第二分册),是一部先秦时期的刑法史。原书计划庞大,但我见到的除第二分册外,还有第四分册(魏晋南北朝)和第八分册(中

国近现代),以后就不见再有下文了。

1991年,中国政法大学出版社出版的,由张晋藩主编的《中国刑法史稿》,参加撰稿者除张晋藩先生外,还有李铁、怀效锋、郑秦、林中和我。本书的编著目的是为我校研究生教学之用,但因该书出版后很快断销,当时用的是铅字排版,以后就没有再版。

1992年,张晋藩先生又与林中、王志刚合著了一部《中国刑法史新论》,由人民法院出版社出版。该书采用比较法学的某些方法,将中国刑法史与其他法系国家的刑法发展史进行对比,为中国刑法史的研究深化开辟了新的途径。

1997年,中国检察出版社出版发行了一套《刑法精品文库》,其中有宁汉林、魏克家著《中国刑法简史》,该书是以专题形式编著,分为绪论、犯罪、刑罚、罪刑关系四编,以刑律制度、刑律原则作为考察中华法系的主线,研究其发展、演变的规律。

2001年,法律出版社出版高绍先著《中国刑法史精要》,该书引入西方现代刑法理论,设绪论、犯罪总论、犯罪分论、刑罚论四编,对历代的刑事立法论述极为简略,而着重于以犯罪学、刑罚学理论解析中国古代的刑法,将制度史与思想史结合起来撰写,又将刑法思想、刑罚思想与刑法原则,分列章节论述。这在刑法史研究中是一种创新体例。

这次,我编写的《中国刑法史讲义》(先秦至清代),完全是从教学需要出发,既要具有学术性,更要考虑通俗性。当前法学的研究生,虽然在读本科时大多学过《中国法制史》,但由于他们的古文基础不够扎实,所以每次讲课,我都把相关史料抄写在黑板上,再逐字逐句讲解。以后我打印了讲义,抄黑板的工作减轻了许多,关键是节省了很多时间,可以给学生们多讲些东西。我在教学中,一方面尽量避免与《中国法制史》教学中的内容过多的重复,同时还要与研究生所学的刑法学、法理学的理论相结合,使课程具有一定的理论深度;另一方面力求讲得通俗

易懂,并具有一定的趣味性。但这在付诸文字的讲义中很难体现出来。因为要出书,就必须满足出版社的图书出版规范,于是在这次整理讲义的过程中,增加了许多内容及素材,以保持讲义的完整性。这就使得这份讲义不仅适合在校学生学习刑法史的需要,也为讲授中国法制史、中国法律思想史以及传授刑法学的教师,提供了一部教学参考书,还可为从事司法工作的法官、检察官、公安干警及律师,开阔视野,扩大知识范围提供一部可读之书。

说到这里,想起我的导师王永兴先生曾向我介绍过陈寅恪先生谈他的教学思想中有“三不讲”。所谓“三不讲”是,“书上有的不讲,别人讲过的不讲,自己讲过的也不讲”。我师从王永兴先生,听他讲了六个学期 12 门课,没有一个是重复的。我给法律史的研究生上专题课,力争这么做,但因能力有限,也只能做到决不给同一届的学生讲重复的内容。然而刑法学的研究生所上的是专业选修课,每年面对的都是一年级新生,不可能年年都能讲出新的东西,我只得不断地修订我的讲义,删除一些陈旧的内容,补充一些新的材料和我新的学习心得及研究成果。因此,我虽讲了 30 年的中国刑法史,仍不敢褻慢,每次课前都要反复斟酌教案,将我的研究心得和成果融入讲义,就像王永兴先生教诲的那样,“就教师而言,不研究,如何指导学生读书,如何以创新的学术思想和方法教授学生,如何为学生解惑?”我认为,对于研究生来说,应重在“研究”上,教师的责任固然须传道、授业,更应解惑,给学生“授之以渔”,而不是“授之以鱼”。正如孔子所说:“不愤不启,不悱不发,举一隅而示之不以三隅反,则吾不复也。”我的课,既要给予学生系统的知识,又要具有一定的深度,更重要的是对学生能有所启发,使他们能通过刑法史的学习,真正获得对现行刑法的理解,从而对今后的“研究”工作有所裨益。要想做到这一点,就必须培养学生“独立之精神,自由之思想”。只有做到人格独立,思想自由,才有可能通过学习,得到真知灼

见,成为创新型人才。

中国有着五千年没有中断的文明史。对此,中外学术界虽有不同的看法,但自黄帝已降,中国古代的法律文明,确实不曾中断过。这不仅得到各种古代文献的支持,而且还不断地被出土文物所证实,其中刑法史料占据相当大的分量。本讲义是为了向学习法学的研究生介绍这方面的知识。

本讲义共分十一讲,包括绪论、上编、下编三部分,是中国刑法史的古史部分。第一讲,绪论,中国古代刑法的起源,实际上是本讲义的绪论。我不是从法学理论的角度讲刑法起源,而是带领同学们从古史传说中探索刑法起源的问题。凡谈“起源”,必涉及古史分期问题。当前史学界将中华五千年文明史分为远古、上古、中古和近古四个时期。中华法律文明只有四千余年。一般来说,将人类的出现的旧石器时代大约 60 万年前,到古史传说的“三皇五帝”,我们称之为远古时代,其下限大约是公元前 21 世纪。这个时期的末期,传说已经出现了法律的萌芽。自夏、商、周,古称“三代”,史学界称这个时期为“上古”。上古时期是夏、商、西周、春秋、战国,上古史与中古史的划分是以秦统一天下为界,即先秦史就是上古史,其下限是公元前 221 年。东周的春秋战国时期,是中国社会发生突变的时代,在法律领域最突出的变革是成文法的出现,并很快普及,秦的统一,同时也意味着法律的统一,古代法律的演进也进入了一个新时期。秦汉已降,直到清末,是“中古时期”,此时中华法系从出现、发展到成熟,最终走向式微。其中刑事法律占据最重要的地位,也是本讲义的重点所在。清末中国社会进入“近古时期”,清政府制宪和修律,历经中华民国的立法活动,使中国的法律转型走向现代化,开始与世界“接轨”。

本讲义的上编从第二讲到第八讲,是依照王朝更替的顺序,系统介绍各朝各代的刑法。具体为:第二讲,夏、商、西周的刑法,讲的是中国

古代刑法的初起。中国社会进入国家时代,法律已经确实存在,但因文字记载的缺憾,我们还不能看到系统的法律,只能通过古人凤毛麟角的史料及出土文物的“碎片”,还原当时的法律。第三讲,春秋、战国、秦、汉时期的刑法,是中国古代成文法典的形成期。这个时期的最突出的特点是,中国历史面临从上古时期向中古时期的转化。本讲正处于从春秋战国到秦汉的历史转折点,春秋、战国时期的成文法运动,为秦、汉刑法的法典化奠定了基础,故将其并入同一讲中。第四讲,魏晋南北朝处于战火纷仍、政权林立时期的刑法,表面上看,十分混杂,却并不是无规律可循。以正统自居的南朝政权与少数民族融入的北朝政权,不约而同地将其刑法典向儒家化的方向发展,为中华法系的建立奠定了基础。第五讲,隋唐五代时期的刑法典,儒家的理念及礼制已融入刑法典中,《唐律疏议》的出现,标志着中华法系的形成。第六讲,宋朝的刑法,意味着中华法系的成熟,其特点是法律形式又呈多样化,除编敕外,还出现了申明、指挥、断例等多种形式的刑事特别法。第七讲,辽、金、元时期的刑法,是三个由少数民族建立的政权的刑法史,虽各具特色,但最终都是走向皈依中原文明的中华法系,体现了各民族对中华法律文明的贡献。第八讲,明、清时期的刑法,其基本刑法典是以唐、宋刑法典为基础的《大明律》与《大清律例》,二者没有本质的区别,故置于同一讲中。明朝后期及整个清朝,“例”在刑法体系中的作用,甚至超过了律。刑罚制度表面上沿袭唐宋的“五刑”,实际上却发生了许多变化。清末由于西方势力的侵入,最终影响到传统法律体系的瓦解,导致中华法系的式微。

在各讲中,每个朝代都先介绍其刑事立法概况,再具体讲述刑法的内容,包括刑名、罪名、刑法原则和刑法的特点。这种以朝代为经,问题为纬的写作方法是一般专题史通行的方式,优点是线索清晰,缺点是一些问题的产生、发展及演变,往往贯穿几个朝代,甚至千年之久,在分朝

代论述中就难免支离破碎；而有些问题，千年不变，各朝各代大同小异，反复论述，就显得重复累赘。因此，又设下编作为专题，以第九讲，唐宋律的罪名为核心，介绍中古时期的罪名之制。第十讲，专论历代刑法原则的发展、演变。第十一讲，专讲刑名之演化，也就是古代刑罚制度的发展、演变。这种编排，并不是什么独出心裁的“创新”，只是为了教学的便利。

本讲义因为是为研究生授课所编撰的，在文中引用古史资料较多，早先授课我都是抄写在黑板上，再逐字逐句讲解。文稿上不明确的地方，可以在课堂上讲解交代。每堂课下来，我浑身粉笔末，如同扫完房一样。近年来，教学设备有所改进，我打写的讲义可以通过投影仪放映在幕布上，这不仅节省了抄写黑板的时间，而且为讲解提供了便利。我把事先复印的讲义发给同学，最起码保证课堂上听课的同学能人手一份。讲课时，他们可以把我的释义记录在讲义上，以便日后复习之用。我也期望着有一天，我的讲义能够付梓出版，化身千百，在我退出讲坛后，仍能对社会有所裨益。这次出版，依照出版社的要求，将一些生僻字，加了汉语拼音，有的还加以释义。对引用的文献资料，也按出版规范出注。在每一讲的前面，加了“摘要”，提示重点；后面加本讲的“参考文献”和“思考题”，引发学生思索，便于学生自学。此外，还对王朝更新频繁的时代，如春秋、战国、南北朝、辽、金、元时期，增加了地图。最后，还应出版社的要求，编排了“中国历代刑法典简表”和“中国历代皇帝立法简表”，供读者对照习用。

如今，历时 30 年的讲义，终于有了机会得以出版，不管怎么说，心中还是挺感奋的。回想从北大毕业到政法大学工作的 30 余年，得到众多前辈学者的指教扶助，使我在中国法律史这个领域有所建树。在我担任法律史（包括法制史、法律思想史）硕士研究生导师时，最多时我一学年为研究生开设九门课（多为专题课）。退休后虽不再为法学院研究

生上课,我曾一度为这些课不能继续而替学生们感到缺憾。但刑事司法学院的导师们,却一直坚持让我为他们刑法学的研究生讲授刑法史,使我有机会在为学生授课的同时,不断完善我的讲义。在此,我向刑事司法学院的诸位同仁表示感谢,并特向辅助教学的几位秘书致谢,感谢她们这几年不厌其烦地协助我的教学,支持我的工作。在刑法史的教学过程中,法学院的李祝环老师、姜晓敏老师、李倩老师,曾协助我讲授近代刑法史部分,对这门课也做了极大的贡献;法律史学研究院的刘文平、杨丹东老师,研究生院的潘银杏老师,以及比较法学研究院中美法学研究所的郝维华老师,她们经常帮助我做了许多教辅工作和电脑方面的工作,在此一并致谢!最后,我要感谢我的夫人陈炬虹,多年来她不仅是我相濡以沫的生活伴侣,也始终是我同舟共济的事业“亲友团”,是我坚定的后援,我的“军功章”上,她绝对拥有一大半。除此之外,在我授课过程中,许多学生经常向我提问,或质疑我所讲的内容。有的毕业多年,甚至留学海外,还以电子邮件、微博、微信等形式向我咨询刑法史的疑难问题。他们的提问引发我对该问题做进一步思考,受益匪浅,这就是所谓“教学相长”。这些勇于发问的学生,就是我最好的老师。正如韩愈所言“道之所存,师之所存也”,我也应向他们致以谢意。

今年有幸被甘肃政法学院聘为兼职教授,此书能够出版问世,与得到该校的大力支持与协助是分不开的,谨在此一并致谢!

本讲义的学习对象原是针对刑法学的研究生,是我校刑法学研究生的必读教材。但经这次整改修订及充实资料,它可以适用于大学法学专业本科以上学历的研究生继续深造;从事司法工作的法官、检察官及公安干警,也都可以通过阅读此讲义,开阔视野,了解中国历代的刑法史,提高对现行刑法的认识。对当前的司法改革具有一定的现实意义。

这部刑法史讲义,因为是根据课堂讲稿编写的,有许多不全面、不

完美之处,挂一漏万,更是难免,望读者赐教,不胜感激。

王宏治

2018年7月1日初稿

2018年9月25日修定稿

目 录

绪 论

第一讲 中国古代刑法的起源.....	3
摘要.....	3
一、引言.....	4
二、中国古代刑法起源的几种假说.....	7
(一) 刑起源于“天”说	8
(二) 刑起源于“兵”说	9
(三) 刑起源于“定分止争”说	11
(四) 刑起源于苗民说	13
(五) 刑起源于“性恶论”说	13
三、中国古代“刑”、“法”、“律”概念的演变	14
(一) 刑	15
(二) 法	16
(三) 律	17
四、从法律进化论角度看中国刑法的起源	20
参考文献	22
思考题	22