

宽容研究丛书

法律与宽容

以中国刑政为视点

Law and Tolarence: From the Aspect of the History of Criminal Law of China



中国古代社会绵延几千年，经历了多个不同历史时期以及许许多多的朝代，本书选择了上至秦帝国、下至清王朝的几位代表性人物和典型事件进行分析。通过对人物思想、事件的勾勒，品评刑政得失，以求古为今用。执政者推行的刑政，既烙上了当政者个性的印记，也大体反映了当时的主流意识形态。制度和思想，是研究中国刑政史的两翼，两者结合，更能洞察中国刑政的全貌。

童伟华 / 著



社会科学文献出版社

SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

宽容研究丛书

法律与宽容

以中国刑政为视点

Law and Tolarence: From the Aspect of the History of Criminal Law of China

童伟华 / 著



社会科学文献出版社

SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目 (CIP) 数据

法律与宽容：以中国刑政为视点 / 童伟华著. —北京：
社会科学文献出版社，2008. 11

(宽容研究丛书)

ISBN 978 - 7 - 5097 - 0382 - 3

I. 法… II. 童… III. 刑法 - 研究 - 中国 - 古代
IV. D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 155383 号

· 宽容研究丛书 ·

法律与宽容

——以中国刑政为视点

著 者 / 童伟华

出 版 人 / 谢寿光

总 编 辑 / 邹东涛

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市东城区先晓胡同 10 号

邮政编码 / 100005

网 址 / <http://www.ssap.com.cn>

网站支持 / (010) 65269967

责任部门 / 社会科学图书事业部 (010) 65595789

电子信箱 / shekebu@ssap.cn

项目负责 / 王 绯

责任编辑 / 尹传红

责任校对 / 刘 深

责任印制 / 岳 阳

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部

(010) 65139961 65139963

经 销 / 各地书店

读者服务 / 市场部 (010) 65285539

排 版 / 北京鑫联必升文化发展有限公司

印 刷 / 三河市世纪兴源印刷有限公司

开 本 / 787 × 1092 毫米 1/20

印 张 / 13.4

字 数 / 185 千字

版 次 / 2008 年 11 月第 1 版

印 次 / 2008 年 11 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5097 - 0382 - 3 / K · 0038

定 价 / 35.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误，
请与本社市场部联系更换



版权所有 翻印必究

宽容丛书编辑委员会名单

主 编：吴承业

编 委 会：吴季怀 徐西鹏 张禹东 陈鸿儒
 庄锡福 王建设 陈旋波 杨 楹
 马拥军 鲁锦寰 彭立群

《宽容研究丛书》总序

吴承业

“宽容是一种世界观。”

“宽容为本，和而不同。”

这是我经常提到的两句话。

这两句话可以大致概括我对“宽容”的理解。我认为，求“和”比求“同”更为根本。在这个世界上，“同”是相对的，“不同”是绝对的：不同的阶级、不同的政党、不同的民族、不同的种族，各有不同的信仰、不同的宗教、不同的文化，如此等等，这是任何人、任何力量无法改变的客观事实。不管时代特点如何，只要人类不想两败俱伤甚至同归于尽，就必须求得共存、共荣。因此，“宽容”是一个永恒的主题。在历史上，我们曾经因为宽容而取得过辉煌的成就，也曾经因为不宽容而留下惨痛的教训。无论是从民族命运层面来看，还是从个人感受层面来看，抑或从理论研究层面来看，我认为宽容研究都具有无比重要的意义。

这是我编辑这套丛书的最初缘起。

自从20世纪90年代，我在华侨大学正式提出自己对宽容

的理解以来，宽容研究经历了一个很长的发展过程。从2003年开始，宽容研究进入有组织、有计划的时期。一开始，从一批青年学者组织的不定期的沙龙发展成大型的、面向全校师生的“宽容论坛”。论坛每月开讲一次，先是从某一学科的视角、后是围绕某一特定问题展开。论坛主要是普及性的。后来，为了深化对宽容的学术研究，论坛又改为“宽容沙龙”，每周举行一次。与此同时，我本人也面向学生，特别是理工科新生和研究生，开设关于宽容世界观的选修课。宽容世界观在华侨大学的影响逐步扩大。2005年，由中国社科院哲学所和华侨大学共同主办了一次“全国宽容与构建和谐社会研讨会”，从理论和实践两方面，对宽容世界观的一些重大问题进行了研讨。随后，华侨大学创立了“宽容论衡”网，其核心版块随即命名为“宽容论坛”，在海内外产生了一定的影响。2006年到2007年，我本人又陆续申请到关于宽容的国家社会科学基金课题和国家软科学项目。以此为基础，一个编辑一套宽容丛书、把当前国内的宽容研究力量组织起来的计划浮出了水面。

丛书的正式撰写始于2006年上半年，时间较为急促。但由于有在此之前的充分酝酿，我对它是充满信心的。我原来的想法是把它写成一套高品位的科普著作，但大家一致认为，在有一定前期积累的情况下，应当把它定位为研究性著作。丛书编委会经过研究，认为这一定位是可行的。

丛书准备分辑出版。本辑丛书分两批，每批五本。丛书的作者都是国内顶尖的专家、学者。他们花了很大的工夫，对宽容的方方面面进行探索。但本着“起点不妨低，目标必须高”的原则，从观点、内容到格式、形式，编委会都没有

强求统一。宽容研究是一项长期的事业，我们相信，它一定能发扬光大。至于这套丛书，只要它能起到抛砖引玉的作用，我们的目的就算达到了。

本辑丛书中，跨各学科、各门类，既有科学技术研究，也有人文研究；既有哲学研究，也有法学研究；既有马克思主义研究，也有国学研究；既有社会主义研究，也有马克思主义宗教观研究。我们把由我撰写的《宽容为本，和而不同》放在前面，作为本套“丛书”的总论。

我并不期望这套丛书能完全体现我的观点。这套丛书的作者，在各自的领域中都是有成就的学者，在宽容问题上有他们自己的见解，因此要求他们都按照我的观点进行研究，既无可能，也无必要。作为主编，我所关心的，主要是有没有违背丛书的编辑原则。现在这套书稿摆在面前，如果按照我的个人眼光来看，只能说这套书从观点到体例，都是参差不齐的，但这并不重要。宽容研究只能以“宽容原则”作为衡量标准，不能要求千人一面。如果能引起人们对宽容研究的关注，这套书的目的就算达到了。

这套书的出版，得到了社会科学文献出版社的大力支持。谨在此向谢寿光社长和相关的编辑人员表示诚挚的谢意。

目 录

引 言	1
第一章 法家之法	9
第二章 大道自然	25
第三章 春秋大义	44
第四章 儒之正者	65
第五章 法律变异	106
第六章 文字有罪	124
第七章 原儒原法	151
第八章 死刑话题	189
第九章 重刑之辩	211
第十章 刑政之变	236
主要参考文献	251

引 言

法律与宽容，是一个很大的研究课题。如果全面研究这一课题，难免涉及方方面面的法律问题。限于篇幅与能力，只好选择我熟悉的刑政作为论述的视角。故本书的内容，实际上是中国刑政与宽容问题。

刑政在中国古代很受重视，刑政的好坏往往关系到社稷安危。一部《资治通鉴》，所言主要是三类事：战争、宫廷斗争以及刑政。刑政，就是有关刑法的政治，中国古代只有刑法，法律史主要是刑政史。不论刑政的实际状况如何，历朝历代的当权者无不将其作为执政的重点，一旦刑政败坏，这个王朝就差不多要完蛋了。总的说来，政治清明、社会稳定的王朝，刑政都较为宽容；政治黑暗、社会汹汹不安的朝代，刑政都武健严酷。

中国古代社会绵延几千年，经历了多个不同历史时期以及许许多多的朝代，本书选择了上至秦帝国、下至清王朝的几位代表性人物和典型事件进行分析。通过对人物思想、事件的勾勒，品评刑政得失，以求古为今用。执政者推行的刑政，既烙上了当政者个性的印记，也大体反映了当时的主流意识形态。制度和思想，是研究中国刑政史的两翼，两者结

合，更能洞窥中国刑政的全貌。

秦帝国是中华民族历史上第一个大一统的国家，奉法家思想为治国圭臬，代表人物有秦始皇、秦二世父子以及商鞅和李斯。秦帝国刑网密布、酷烈无比，秦朝之亡，确有法律不宽容的因素。法家之法整体上难以行得通，它背离人情事理，视人为“布匹土石”，可以行一时，不可行万世，所以秦帝国二世而终。当然法家也绝非乏善可陈，它强调执法公平，“王子犯法，与庶民同罪”，主张法律具有普适性，这在当时是难得的进步法律观。特别是，法家人物多为改革派，主张废井田、开阡陌，废封建、立郡县，为建立大一统的国家立下了汗马功劳。法家也开辟了两千余年的君主专制政体，将君主捧上了至高无上的地位。

汉承秦制，治国理念却迥然不同，历史地位也出乎其右。汉朝出了有影响的皇帝，也出了大思想家，汉文帝和董仲舒可分别为执政者和思想型人物的代表。汉文帝留给后世的主要政治遗产之一，是刑政的宽容。他废收孥连坐令，除诽谤妖言罪。最为后人称道的是他废除肉刑，中国由此成为世界上第一个废除肉刑的国家。汉文帝为政宽容、法律轻缓的风格，源于黄老思想，与其父刘邦一脉相承。黄老思想中，蕴含了宽容精神。

从清静无为转向大有为的，是汉武帝，为其提供理论指导的，是董仲舒。董仲舒推动汉武帝“罢黜百家、独尊儒术”，使儒家学说第一次正式登上官方舞台并成为主流意识形态。董仲舒创造性地发展了儒学，提出了君权神授理论，为君主专制合法化、正当化提供了理论支撑。董仲舒的法律主张则是温情脉脉，他提倡“春秋决狱”，以儒家经典著作《春

秋》义理解释法律，让刚硬的法律变得柔和，使司法裁判变得宽容，许多案件得到了合情合理的解决。有人批判他的“原心定罪”和“原情定罪”是主观归罪，利于统治者上下其手，这是违背历史事实的。春秋决狱，讲求天道、天理和人情、人意，历史上凡以春秋决狱的，都有利于被告人——或是无罪，或是轻判。清末法学家沈家本也说：“使武帝时，治狱者皆能如此，酷吏传亦不必作矣。”^①如果说中国古代社会的刑事司法还有公允妥当宽平的一面的话，董仲舒甚有力焉！

隋唐两朝是中国历史上最辉煌的时代，唐朝国力之强盛、文化影响力之大，尤远胜汉朝。唐朝最杰出的皇帝李世民，是中华民族历史上数一数二的伟大人物。即位伊始，他就提出明德慎刑、宽容为本。这位马上打天下的皇帝就“治盗”一事发表的看法，充分显示了他的宽容和人道。他说，老百姓之所以当盗贼，是由于赋税繁重，官吏太贪婪了。人在饥寒交迫之下，哪还顾得了廉耻。当政者应该勤俭节约，减免赋税，选派廉洁的官员。百姓丰衣足食，自然不会去做盗贼，为什么要施行重法？这是非常睿智的刑政思想，也是非常开明、非常宽容的治国方略！唐太宗当政期间，死刑适用范围大为缩小，适用程序也非常严格，一年实际执行的死刑，有时不过20余人。他主导制定的《贞观律》，“减大辟者九十二条，减流入徒者七十一条。其当徒之法，唯夺一官，除名之人，仍同士伍。凡削烦去蠹，变重为轻者，不可胜纪”^②。《贞

① 沈家本：《汉律摭遗》。

② 《旧唐书·刑法志》。

观律》也成为中国古代社会最宽容、最人道的法典。

唐太宗也不是一味地“宽”。他强调“宽”，也力主“平”。“宽”体现为限制处罚范围和处罚强度，限制刑讯逼供，承认疑罪从轻甚至从无。“平”，即平允执中，不偏不倚，合情合理。唐太宗的法律宽容，是其推行仁政的重要组成部分，是正统儒家思想的刑政实践，显示了儒家思想在中国古代社会的强大生命力。他的刑政思想和刑政实践，至今仍有极其重要的借鉴意义。

宋朝刑政，大体承唐余绪，故略去不说。至明代，中国由开明专制走向极度专制，刑政状况急转直下。促成这一转变的关键人物，是大明开国皇帝朱元璋。朱元璋是中国历史上最不宽容的皇帝之一。他废除丞相，杀戮功臣，钳制言论，摧残士大夫，无所不用其极，被称为“血腥皇帝”。朱元璋治刑政，给人印象最深的是酷刑、廷杖和特务。酷刑大多由法律怪物明《大诰》规定，有凌迟、枭令、夷族、墨面文身、挑筋去指、剁指、挑筋去膝盖、断手、刖足、阉割为奴、断趾枷令、常枷号令、枷项游历等。此外，还有针对贪官的剥皮实草。廷杖主要针对朝臣，是朱元璋维持专制统治的“宝杖”。凡上书言事等有忤逆圣意的，都有可能遭受杖刑。廷杖之下，血肉横飞，士大夫颜面尊严由此扫尽。明朝的特务机构，如锦衣卫、东西厂等，更是令人不寒而栗。这些特务机构不是司法机关，但被皇帝赋予巡查缉捕、专理诏狱的特权。他们“四处刺民间阴事”，“大政小事，方言巷语，悉探以闻”^①。臣民处于其监视之下，既无秘密，也无安全，白色恐

^① 《明史纪事本末》卷三十七。

怖弥漫整个国家。故人言：“明朝不亡，天理难容。”

腐朽的明王朝，在李自成的农民起义军和满族军事力量的双重打击下灰飞烟灭，退出了历史舞台。继明而起的清王朝，不但实行民族压迫，政治上也更加专制。清朝的文字狱就是在此双重背景下兴起的，它针对的主要不是文字本身，而是文字背后的思想，特别是反清思想。文字狱不但株连家属，甚至连了解（更不用说接受）文字思想的人也可能受到惩罚；不但祸及生者，甚至连死者也不放过。中国古代社会虽有治文字狱的历史，如朱元璋因自卑心理作祟，对文字疑神疑鬼而开过杀戒，秦二世、汉武帝等人也都干过这等勾当，但清朝治文字狱达到了登峰造极和无孔不入的地步，这在雍正和乾隆两朝尤甚。吕留良案、《南山集》狱无一不是血泪斑斑，令人痛彻心骨。故“不以字迹与人交往，即偶有无用稿纸亦必焚毁”，成了清朝人际关系的一大特点。文字狱是中国法制史中最黑暗的一页，它无律条明文规定，打击的锋芒直指文字载述的思想，极大地阻碍了文化进步和社会发展，是中国刑政史上最不宽容的一页。

纵观中国古代刑政，可谓有宽容的时候，也有武健严酷的时期。说中国古代法制一团漆黑，刑罚极度苛酷，诚非历史事实；认为礼教吃人、儒家骗人，也有失偏颇。历史证明，凡真正践履传统儒家义理，则刑政宽容；凡以儒家之名行法家之实，挂羊头、卖狗肉，刑政状况就不会称百姓之心，如百姓之意。传统儒家主张德主刑辅，强调教化优先于刑罚，“不教而诛谓之虐”^①，在法律上倡导慎刑、恤刑、刑中，刑政

^① 《论语·尧曰》。

宽容是其题中应有之义。唐太宗时期刑政宽容，就是因为实实在在地贯彻了正统儒家思想。至于礼教制度，是社会风俗的载述，本诸人性、人情，原无不宽容之处。唐太宗搞礼法合一，全面引礼入法，也未见其“吃人”。只是到后来礼教走向机械化、形式化，并为统治者利用而扭曲变形，才变得苛酷。但这不是正统儒家的本意。以儒家提倡的孝道为例，熊十力先生就颇有一番不俗的见解，现抄录如下，以供参考。

纲常之教本君主所利用以自护之具，与孔子《论语》言孝，纯就至情至性不容已处，以导人者，本迥乎不同。中国皇帝专制之悠长，实赖纲常教义，深入人心。此为论汉以后文化学术者，所万不可忽也。纲常为帝王利用，正是凿伤孝弟，今犹不悟可乎？^①

儒家精神是道地的理性精神，重天道、天理和人情、人意，不走极端，主张中庸。儒家思想以仁爱为本旨，将其融入法律之中，自可开出宽容之花，结出宽容之果。历史不是已经证实过这一点么？

刑政史之外，三个当代刑政话题值得一谈，它们是死刑、重刑主义与中国刑政之变。

死刑是长期受到关注的话题。对死刑是否宽容、是否应当废除的形而上争辩，未必是至善的思维方式。一个有关生命的话题，靠概念和哲理去阐释，这不是一种适宜的态度，

① 熊十力：《原儒》，中国人民大学出版社，2006，序言部分。

也不可能打动人心。死刑的存废是一个政策问题，也是一个道德问题。中国人讲道德与西方人不一样，西方人一般从概念思考的角度来给它一个定义，将道德看成是知识，以这种方式解释道德是不恰当的。中国文化讲道德，不是下定义，而是从生活的角度来指点。比如孔子就是从心安还是不安来解释仁，所以孔子的话具体、亲切、真诚，大家容易了解。孔子主张，要了解仁的观念，就是要使我们的心的麻木，不要没有感觉。^① 这种从生活实践出发阐释道德的方式很值得提倡。故此，本书选择了三个被判处死刑的杀人犯作为素材，从社会生活情理的角度探讨死刑伦理，从政策面探讨死刑的存废。也许，政策层面上，死刑在我国还是一种不得已的恶，尚不能立即废止，但是现行死刑制度也不是没有问题。我国的死刑立法、死刑适用和死刑执行还不宽容，有点不近人情。对待死刑，要有哀矜勿喜的态度和怜悯之心。有怜悯之心的人一定有宽容之心，这种宽容发自心灵的最深处，是博大而深厚的仁爱。

重刑主义也是现代刑政中一个非常重要的话题。所谓重刑主义的现实民意基础是一种错觉，重刑主义既无实效，也不理性。因为，刑罚是一把双刃剑，用之不当，个人和社会两受其害。刑罚过度介入社会生活，人们的自由和创造精神就会受到影响，为了社会更有活力、更加和谐，刑法只要维持社会基本秩序就够了，不应当过分干涉人世生活。重刑主义作为一种刑法理念，应退出历史舞台。毕竟，在刑事法治中体现宽容思想，是刑政的更高境界。

① 参见牟宗三：《中国哲学十九讲》，世纪出版集团，2005，第39页。

不管有这样还是那样的问题，社会仍然在向前发展，刑政领域也悄然出现了一些变化。比如，司法机关对待死刑的态度比以前谨慎，刑事裁判也转向轻缓，开始充满人情味。“惩办与宽大相结合”的刑事政策也调整为“宽严相济”的刑事政策。这些令人欣慰的变化昭示了中国刑政走向宽容的趋势。

第一章

法家之法

公元前 209 年 7 月，陈胜、吴广在大泽乡密谋起义，拉开了秦帝国倾覆的序幕，不到数年，秦帝国就灰飞烟灭了。

陈胜、吴广号召大家造反的理由之一是：他们受政府派遣往渔阳戍边，由于大雨道路不通导致耽误了行程，按照当时的法律该处死，反正是一死，不如造反。也许真实的缘由比这复杂，但不管怎么样，不合情理而又过于严酷的法律应当是引发这次起义的直接动因。

这一年是秦二世元年，也就是秦始皇死后的第二年。秦二世胡亥即位不久就听从权臣赵高的建议，处死了众多的兄弟姐妹。他的做法是将以前的法律变得更加严酷，深文刻法，以使其兄弟姐妹更容易落入法网，然后治他们的罪。

但是，如果将陈胜、吴广起义全然算在胡亥的头上，也不太公平。因为严刑峻法并不自他开始，在秦统一中国之前就有传统，到秦始皇之时进一步发展，胡亥不过是传承者罢了。秦朝的灭亡直接是由于胡亥，根源还在秦始皇身上，甚