

中国法律史学文丛

唐律“七杀”研究

刘晓林 著



创于1897

商务印书馆
The Commercial Press

2012年·北京

图书在版编目(CIP)数据

唐律“七杀”研究/刘晓林著. —北京:商务印书馆,
2012

(中国法律史学文丛)

ISBN 978-7-100-09267-8

I. ①唐… II. ①刘… III. ①唐律—研究 IV.
①D929.42

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 138461 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

中国法律史学文丛

唐律“七杀”研究

刘晓林 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

印 刷 厂 印 刷

ISBN 978-7-100-09267-8

2012 年 月第 1 版

开本 880×1260 1/32

2012 年 月北京第 1 次印刷

印张

定价: 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无旁贷。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拾遗补缺。

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,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注目的成果。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,影响达致几代中国知识分子及普通百姓。社会虽几度变迁,世事人非,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。遥想当年,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。

抗战风烟使之几遭灭顶,商务人上下斡旋,辗转跋涉到重庆、沪上,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追寻近代蓝本,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媚外作品,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

序

该书是刘晓林博士在其学位论文的基础上加工、修改,增加了“现行刑法杀人罪与唐律杀人罪的对比”而成的。毕业之后,静下心来,补充缺乏,修正不当,是很好的提高过程。

杀人罪,是刑法最古老的一个罪名,制裁杀人的法律也是最早的法律条款。从李悝《法经》的《贼法》、秦汉魏晋的《贼律》,至北齐、隋唐的《贼盗律》,都是将“贼杀(伤)”作为主要惩罚对象的。“贼”的含义为故意。而将杀人行为进一步作仔细的区分,区别为不同的“杀”,也应是法律发展中的应有之义。这一点,我们也可以在历朝法律中看到这一过程的脉络。秦律有谋(牧)杀、擅杀、杀等名目,汉律中有谋杀、故杀、戏杀的区分,晋律学对故、失、过失、斗、戏、谋等的解释,其据以抽象的主要对象,就是杀人罪;而这,也无疑是“七杀”的滥觞。

唐律继承了此前法律和律学发展的所有成就,谋杀、故杀、斗杀、戏杀、误杀、过失杀、劫杀等“七杀”,容纳了故意、过失心理状态不同且犯罪阶段、情节互不相同的七种杀伤罪,是古代区分故意、过失在“类犯罪”上表现最充分之处,它们是当时科学程度最高的概括。

同时,在一项重要的立法技术——“以某罪论”、“准某罪论”的立法例中,“七杀”中的谋杀、故杀、斗杀、戏杀、过失杀,皆有被“以准”的条款,如“以谋杀论”、“以故杀论”、“以斗杀论”、“以戏杀论”、“以过失杀论”,属于非典型行为“以准”典型行为确定罚则的情形。类似的还有“依谋杀已杀法”、“准谋杀已杀论”等说法。“以”、“准”在杀人方面出现

30 余次,正表明典型七杀行为以及近似行为在唐律中出现的频率之高。而“以”、“准”的罪例,本来就集中于“诸杀”和“六赃”方面的。

“七杀”既是唐律乃至中国传统律学中最具代表性、是当时科学程度最高的概括,故以唐律“七杀”为研究对象,有助于全面解析唐律所代表的中国传统律学在立法技术、法律原理、法制观念等方面所达到的成就。当然,唐律“七杀”有关立法,在上述方面的体现上,各具特征与侧重。作者已一一指出,这里不赘。

该书是从细部研究唐律的作品。使用现代刑法学原理,对罪过形式、行为性质、行为阶段等进行详细剖析;详细列表,对各种情形下的罪刑关系一一列出;条文分析之外,尽可能搜集当时案例进行印证,都显示出作者意欲深入内容“看个究竟”的细心和功夫。

该书的出版,算是了了我的一個心结。我一直欲全面研究唐律,但总难集中精力去全面铺开,只是断断续续地发表了唐律研究方面的几篇文章。晓林的此书,可补这一缺憾。

是为序。

霍存福

2012 年春于长春

自序

唐律集中华法系立法技术、法典结构、法律理论之大成，终南宋之世，一直作为现行法实施；至元朝，仍在司法活动中适用；直到明、清，仅作局部修正；清末，传统法制始在西方文明的冲击下式微。唐律更是整个东亚法制的“枢轴”^①，日本、朝鲜、琉球、安南等国的法律皆有明显沿袭甚至照搬唐律的痕迹，如：新罗律中妖言惑众、诈病离职、背公离私等罪名及夷九族、谪远方等刑罚皆源自唐律；日本公元718年修订的《养老律令》更是与《唐律疏议》的篇目完全一致。时至今日，东亚各国法制皆已西化，但东亚法律文化圈中唐律的影响依然可见。

选择唐律为研究对象，很大程度上是受到了导师霍存福教授的影响，硕士阶段我便跟随霍师读书，课内外，霍师常提到元人柳赞在《唐律疏议序》中的一句话：“然则律虽定于唐，而所以通极乎人情法理之变者，岂可画唐而遽止哉？”^②并时常提及自己对唐律研究“情有独钟”，但由于种种原因未能全面进行。我便对唐律究竟如何“通极乎人情法理之变”产生了兴趣，同时也想沿着老师的路走下去。霍师起初对我以唐律为研究对象并不赞成，原因是唐律研究领域难以超越的前辈实在太

① 日本著名法律史学者池田温在为仁井田陞的大作《唐令拾遗》所做的“后跋”中评价唐律令是“东方法制史枢轴”。〔日〕仁井田陞：《唐令拾遗》，栗劲、霍存福等编译，长春出版社1989年版，第893页。

② [元]柳赞：《唐律疏议序》，载[唐]长孙无忌等：《唐律疏议》，刘俊文点校，中华书局1983年版，第663页。

多,若仅是在前人基础上的小修小补,意义便不大。但我仍坚持我的想法,课下翻阅了元人王元亮所撰《唐律疏议纂例图表》和清人沈家本所撰《唐死罪总类》,对唐律中的死刑问题产生了兴趣。王、沈二人对唐律死刑条文做了比较详尽的统计,但我发现,若将唐律中大量的比附条文纳入视野,则王、沈二人的统计数据有非常大的扩充余地(这实际上是受到了霍师的论文《〈唐律疏议〉“以”“准”字例析》的启发)。王、沈所做的统计并没有将通过“以……论”、“同……法”等比附形式科处死刑的条文纳入视野,而这部分条文在表述上没有出现死、绞、斩等文字,是较难悉数统计的。于是,我以《唐律疏议·贼盗》一篇为对象,逐条考证了其中包含的死刑律文,最终形成了我的硕士学位论文《〈唐律疏议·贼盗〉死刑律文考述》,这一阶段性的成果也得到了霍师的初步肯定。

基于硕士论文撰写过程中的阅读与积累,我发现从罪刑关系的角度对唐律中的罪名进行分析是目前比较欠缺的,我便欲以唐律中的杀人罪为大致研究对象,进行博士阶断的研究。这一选题得到了霍师的大力支持,因为霍师早已注意到了“七杀”在唐律体系、结构中的重要地位:“七杀容纳了故意、过失心理状态不同且犯罪阶段、情节互不相同的七种杀伤罪,是古代区分有关故意、过失在‘类犯罪’上表现最充分之处,它们是当时科学程度最高的概括。因而,长期磨琢出来且区划较细的罪名及其罚则,自然就被作为定型化了的典型来使用。”^①对“七杀”进行全面剖析非常有助于理解唐律的立法结构与法典体系。我的初衷正是全面剖析“七杀”中所体现的罪刑关系,本书“谋杀”一章内容即是我最初的尝试。这部分内容最初以论文的形式完成,在撰写过程中,我尽可能回避了现代刑法学的概念、原理,力求在传统律学的框架内,“原

① 霍存福、丁相顺:《〈唐律疏议〉“以”“准”字例析》,《吉林大学社会科学学报》1994年第5期,第45页。

汁原味”地展现唐律在杀人罪方面的定罪量刑全貌。文章成型后,适逢“吉林大学法学理论博士生前沿论坛”,我便以《唐律“谋杀”考》为题作了报告(文章后发表于《西部法学评论》2010年第1期),汇报内容得到了西北政法大学闫晓君教授的认可,同时,闫老师指出了文章的欠缺之处,即没有进一步分析唐律中谋杀与相近罪名的关系,并提醒我关注沈家本撰写的《论故杀》。在参照闫老师所提示的相关材料后,我一鼓作气完成了《〈唐律疏议〉“知而犯之谓之故”辨正》与《唐律“故杀”考》两篇论文(后分别发表于《甘肃政法学院学报》2010年第4期、《西部法学评论》2011年第1期),算是对闫老师所提建议的回应吧。

2010年10月,在湘潭大学法学院主办的“第三届全国法律文化博士论坛”上,我以《〈唐律疏议〉“知而犯之谓之故”辨正》为题作了汇报,中国政法大学张中秋教授在评议中,指出了我在唐律研究方面的优势是史料扎实、考证严谨,但又指出这也是我的不足之处。会后,我渐渐对自己的想法产生了疑问,即仅将唐律研究限定在传统律学的框架内是否恰当?而刻意回避现代刑法学的概念、原理究竟是优点还是不足?毕竟我们的文章主要是给当代人看的,我们学术研究的终极关怀还应该是当代社会。于是,我开始借鉴戴炎辉先生的唐律研究方法,注重以现代刑法学的理论,彰显传统刑律的内涵。以此为思路,我撰写了《唐律“劫杀”考》,并以此为题在中国人民大学刑事法律科学研究中心举办的“古今之平:当代刑法视野下的唐律”研讨会和西北政法大学主办的“第四届全国法律文化博士论坛”上作了交流,在会议研讨过程中,外交学院的闵冬芳博士与中国社会科学院法学研究所的张少瑜教授在不同地点先后提出了相同的问题,即:严格考察《唐律疏议》全文,并无直接规定的“劫杀”内容,那么唐律中便无“劫杀”罪名,唐律杀人罪应当是“六杀”。若依照我最初的研究方法与思路,这个问题是难以回答的,因为按照传统律学与史学的思路,律文中没有直接的规定便是无直接的

支撑材料,那么唐律“劫杀”便无从谈起。但结合文献记载与现代刑法原理中的相关理论,便可以解释这一问题。虽然唐律中未有直接记载,但两唐书中多次出现“劫杀”,并且将其与谋杀、故杀等并列记载,可以推测,唐代的劫杀是与谋杀、故杀等并行的罪名;结合唐律律文,可以看出劫杀是谋叛、劫囚、略人略卖人、强盗四种律文明确规定犯罪的加重情节。现代刑法中的结果加重犯理论尚不完善,那么唐律中没有律文直接针对劫杀大概也是可以理解的。(会后,根据张少瑜教授、闵冬芳博士的建议,我对文章进行了修改完善,《唐律“劫杀”考》最终发表于《华东政法大学学报》2011年第4期,在此对张师与冬芳学友的帮助表示感谢。)这两次会议的交流,对我研究思路的转变起了非常大的影响。后来,我得知《唐律“劫杀”考》一文引起了部分刑法学者的关注,并全文转载于北京师范大学刑事法律科学研究院主办的“京师刑事法治网”上,这使我对唐律研究中现代刑法学理论的运用有了比较积极与肯定的态度。而我对“以现代刑法学理论彰显传统刑律的内涵”这一思路的进一步明确,是在博士论文答辩过后、本书的修改阶段。博士论文答辩通过后,虽然也发现了论文的种种不足,但仅做了些小修小补,原本没有想到要在此基础上深入研究。直到2011年10月在昆明召开的中国法律史年会上与商务印书馆政法室主任王兰萍博士相识,才让我对博士论文中所涉及的一些问题及唐律研究的思路有了进一步明确的认识。王博士具有多年政法类图书的整理、出版经验,法学素养也非常深厚,王博士提醒我关注唐律中所包含的刑法学原理,并注意将其与现行刑法进行比较研究,唯此,才能真正体现传统法制对于当下法制建设与法律发展的价值;也只有如此,才能将法律史学科的“法律”属性充分体现。鉴于此,王博士鼓励我在博士论文的基础上,新增“现行刑法杀人罪与唐律杀人罪的对比”一章内容(即本书第十章)。新增内容的撰写过程中,遇到的困难自不待言,每每遇到难以继续的问题,王博士都耐

心、细致地给予良多建议。因此,本书最终能以比较成熟、完善的形式出现在读者面前,与王兰萍博士的鼓励与提携是密不可分的。

本书的最终完成、出版,得到了诸多良师益友的关注与帮助,在此一并致谢。同时,唐律研究如何与现代刑法学研究进行有效的沟通、对话仍是一个宏大的课题,而如何通过法律史与现代法学的沟通、对话来弥合传统与现代法制的断层,也不是本书所能解决的问题。我仅希望通过一些不一定成熟的尝试来为传统文化做些力所能及的贡献,不足之处,祈请方家不吝赐教!

2012年4月16日

于兰州 甘肃政法学院

目 录

第一章 绪论	1
一、研究缘起	1
二、研究现状	4
三、研究主旨与方法	10
四、本书结构与创新	12
第二章 谋杀	15
一、构成特征	15
(一)罪过形式	15
(二)行为分类	16
(三)行为阶段	18
(四)首从判断与科刑规则	20
(五)谋杀科刑的处罚特例	23
二、罪刑详情——以典型谋杀形态为中心	24
(一)一般谋杀	24
(二)特殊谋杀	25
(三)特殊谋杀中犯罪主体身份关系相异的科刑	37
(四)雇佣杀人科刑	44
(五)比附谋杀罪科刑	46
三、法律实践	48

第三章 故杀	56
一、含义	56
二、构成特征	59
(一) 罪过形式	59
(二) 排斥共同犯罪	61
(三) 处罚特例	62
三、罪刑详情	63
(一) 概括规定	65
(二) 具体列举	65
(三) 比附论罪	73
四、法律实践	76
第四章 劫杀	79
一、含义	79
(一) “劫杀”词义溯源	79
(二) 唐律中“劫杀”的含义	85
二、构成特征	89
(一) 罪过形式	89
(二) 客观方面	89
(三) 犯罪对象	90
(四) 共同犯罪	91
三、罪刑详情	93
(一) “谋叛”条罪刑详情	93
(二) “劫囚”条罪刑详情	95
(三) “强盗”条罪刑详情	96
(四) “略人略卖人”条罪刑详情	98

(五)唐律“劫杀”罪刑详情	98
四、法律实践	100
(一)以“盗杀”叙述案件	100
(二)以“劫囚”、“劫杀”叙述案件	101
(三)以“盗贼……杀”叙述案件	102
第五章 斗杀	104
一、构成特征	104
(一)斗杀的罪过式:间接故意	104
(二)斗杀行为的发展阶段:由“斗”至“殴”	105
(三)斗杀的犯罪形态:“斗殴杀”与“共殴杀”	106
(四)斗杀之时间条件:“登时”而杀	107
(五)斗杀的外观特征:原则上“不用兵刃”而杀	107
(六)“斗杀”与“斗伤”的判断:“保辜”制度的适用	108
(七)斗杀科刑通例	109
二、罪刑详情	109
(一)斗殴杀立法之具体列举	110
(二)比附斗殴杀科刑	111
(三)共殴杀	118
三、法律实践	121
(一)斗杀立法在司法实践中难以界分	121
(二)斗杀人在性质上为一类重罪,常赦所不原	122
(三)斗杀人案件的司法状况	123
第六章 戏杀、误杀、过失杀	125
一、戏杀	126

4 唐律“七杀”研究

(一)构成特征·····	127
(二)罪刑详情·····	132
二、误杀·····	136
(一)构成特征·····	136
(二)罪刑详情·····	139
三、过失杀·····	145
(一)构成特征·····	145
(二)罪刑详情·····	150
四、法律实践·····	161
第七章 “七杀”中“十恶”的出入·····	167
一、“十恶”之法制渊源与立法目的·····	167
二、“谋杀”中“十恶”的出入·····	170
三、“故杀”中“十恶”的出入·····	172
四、“劫杀”中“十恶”的出入·····	174
五、“斗杀”中“十恶”的出入·····	176
第八章 “七杀”的内部结构·····	178
一、以犯罪主观意图为划分标准·····	178
二、以故意犯罪的罪刑关系为立法核心与主干·····	181
(一)故杀为谋杀、劫杀、斗杀立法的核心与主干·····	182
(二)谋杀、故杀、劫杀、斗杀为戏杀、误杀、过失杀立法的 核心与主干·····	183
第九章 罗马法杀人罪与唐律“七杀”的对比·····	185
一、犯罪主体与犯罪对象间无身份关系的杀人罪·····	187

(一) 犯罪行为	188
(二) 犯罪主观方面	192
(三) 犯罪主体的特殊身份	194
(四) 犯罪对象的比较	195
(五) 阻却违法责任的行为	196
(六) 刑罚	198
二、犯罪主体与犯罪对象间有身份关系的杀人罪	199
(一) 行为与身份的关系	199
(二) 共同犯罪的认定	200
(三) 犯罪对象与刑罚	202
 第十章 中国现行刑法杀人罪与唐律“七杀”的对比	205
一、刑法杀人罪的规定	205
二、基于杀人罪内部结构的比较探讨	220
(一) 刑法杀人罪的内部结构	220
(二) 唐律杀人罪的内部结构	221
(三) 小结	223
三、基于杀人罪立法体例的比较探讨	225
(一) 刑法杀人罪的立法体例	225
(二) 唐律杀人罪的立法体例	227
(三) 小结	234
 结语	236
参考文献	238

表 目 录

表 2.1	特殊谋杀首从科刑减等表(亲属杀伤)	22
表 2.2	一般谋杀首从科刑减等表(普通杀伤)	23
表 2.3	犯罪主体与谋杀对象对照表	28
表 2.4	缌麻以上尊长详表	30
表 2.5	《斗讼》故杀卑幼各条科刑详表	33
表 2.6	《贼盗》谋杀卑幼各条科刑详表	34
表 2.7	身份相异共谋杀罪刑详表	38
表 3.1	“故杀”具体列举罪刑详表	72
表 3.2	比附“故杀”论罪详表	74
表 4.1	《贼盗》“谋叛”条(251)罪刑详表	94
表 4.2	《贼盗》“劫囚”条(257)罪刑详表	96
表 4.3	《贼盗》“强盗”条(281)罪刑详表	97
表 4.4	《贼盗》“略人略卖人”条(292)罪刑详表	98
表 4.5	唐律“劫杀”罪刑详表	99
表 5.1	唐律“斗殴杀”罪刑详表	113
表 6.1	唐律“戏杀”罪刑详表	135
表 6.2	唐律过失犯罪赎铜详表	149
表 6.3	免除刑事责任之过失杀人罪刑详表	153
表 6.4	以铜赎罪之过失杀人罪刑详表	155
表 6.5	科真刑之过失杀人罪刑详表	159