

◆ 中国法律史研究丛书 ◆

王立民 主编



蒋冬梅 著

『杀人者死』的 中国法律传统研究

上海人民出版社



中国法律史研究丛书

王立民 主编

『杀人者死』的
中国法律传统研究

蒋冬梅 著

图书在版编目 (C I P) 数据

“杀人者死”的中国法律传统研究/蒋冬梅著.

上海: 上海人民出版社, 2011

(中国法律史研究丛书)

ISBN 978-7-208-10335-1

I. ①杀… II. ①蒋… III. ①法制史-研究-中国
IV. ①D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 212181 号

责任编辑 解 颀

封面设计 王晓阳

• 中国法律史研究丛书 •

“杀人者死”的中国法律传统研究

蒋冬梅 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路193号 www.cwen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 635×965 1/16 印张 16 插页 4 字数 205,000

2011 年 11 月第 1 版 2011 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-10335-1/D · 1993

定价 32.00 元

『杀人者死』的中国法律传统研究

上海市人文社科基地华东政法大学外国法与比较法研究院项目(基地编号: SJ0709)资助

国家重点学科华东政法大学法律史学科建设项目(学科代码: 030102)资助

总 序

中国法律史是一门历史悠久的交叉学科。它把法律与历史融合为一体。这在中国古代已是如此。这门学科之所以会久存不衰的一个重要原因在于,法律是中国任何一朝代不可缺少的一种治理方式。早在古代,中国虽然长期推行德治、人治,在理论和实践中都强调礼法结合、德主刑辅,但法律始终没被或缺,都为各朝治国的利器之一。十一届三中全会以后,中国逐渐走向法治,不断推进中国特色社会主义法治建设,法律的地位开始至上,法律的权威日益强化。今后,随着中国社会主义法治建设的不断加强,法律将更显凸出它的作用和魅力。

要改善、完善自己的法律,不可不涉及以往的法律,以便从那里获取值得借鉴的经验和教训。这在中国也是如此。于是,便有无数文人前赴后继,为探究中国法律史呕心沥血,著名者也层出不穷。先秦时期已有诸子百家,先秦以后则更多。中国法律史因此而薪火相传,永不中断。先驱们孜孜不倦追求的精神,既值得我们今天学习,也值得我们如今弘扬。学习、教研中国法律史的学者、专家理应负起自己的责任,有所发现,有所创新,把学习、教研中国法律史作为自己的事业,使之不断进步。

现在,除了借鉴作用以外,学习、教研中国法律史还有其他功能。比如,有教学功能。中国法律史中的法制史是法学专业的核心课程之一。本科学生们要学习法学专业,不学中国法制史课程不行;要学好法学专业,不学好中国法制史课程也不行。它作为法学专业的一门基础课程,其地位已不容置疑。为了教好这门课程,教师负有不断提高自己教学水平的任务。为此,他们必须不断从事中国法律史的研究,通过不断提高自己的学术水平来带动教学水平的提升。随着中国法律史与其他法学课程教学水准的提高,

中国的法学教育也会不断上层次。又比如,有国际交流的功能。随着中国改革开放的深入发展和国际交流的扩大,中国法学界与国外同行间的交流也越来越频繁,其中包括中国法律史学界。目前,美国、德国、日本、韩国等许多国家都有教研中国法律史的学者、专家。他们通过访问、出席研讨会、讲学等多种途径,与中国同行进行交流。这种交流同样具有双向性,只有通过互相交流,切磋学术,才能取得交流的目的。中国的学者、专家只有不断进取,才能有新资本,与国外同行进行富有成效的交流,增进国际间的合作。可见,学习、教研中国法律史还很重要呢。

推出这一丛书,正是为了助繁荣中国法律史研究一臂之力。首先,为繁荣中国法律史提供一块学术园地。中国法律史研究需有自己的园地。这也是一个载体,一个学术性载体。有些中国法律史的研究成果可以通过这一园地面世,丰富中国法律史的研究成果,繁荣这一学术研究。凡是与中国法律史相关的成果,不论是哪个时期,还是哪个领域,都在本丛书范围之列。其次,为一些学者,特别是为青年学者提供一个学术交流平台。中国法律史研究成果的交流也需有平台,本丛书就是一个平台。通过不断出版有关中国法律史的学术著作,与同行们进行学术交流,在交流中使大家的学术水平共同得到提高。青年学者思想敏锐,精力旺盛,产出成果的速度也快,可他们往往苦于发表成果的艰难。本丛书为他们大开方便之门,优先出版他们的成果,为他们提供一个成长平台。最后,为中国法律史的国际交流提供方便。在当前的中国法律史研究中,国际交流显得越来越重要了。中外同行们都可以通过国际间的交流,获得业内的学术研究动态,寻找学术研究的合作者。而且,当今世界的通讯和信息交流手段日益现代化,这种交流显得更为便捷。本丛书的推出,易扩大国际影响,吸引更多国外学者关注本丛书的内容,为国际交流提供方便。

为了实现本丛书的这些目标,丛书稿件的选择会特别强调以下三个方面。第一,本丛书的选题是中国的中央法律史。中国的

法律也分层次,有中央法,也有地方法,甚至民间法。本丛书的定位在于中央法,其论述的层次在中央政府法律的层面。中国的中央法律史虽已有不少研究成果,但远远没有穷尽,还有大量值得研究的空间,本丛书可以为弥补这些空间,尽犬马之劳。第二,本丛书的性质是学术专著。本丛书的起点高,以学术专著为限,即为高水准的中国法律史研究成果提供出版机会,教材、资料集等其他中国法律史著作均不在本丛书的考虑之中。这并不意味着这些著作就无学术价值,其实它们也有自己的学术价值,可本丛书的定位及资源决定了其只能安排学术著作,而不是其他著作。第三,本丛书涉及的学科范围包括中国法律思想史及其史学史、中国法制史及其史学史。这些都是构成中国法律史的主要部分,都应纳入丛书之中。从目前情况来看,中国法律思想史学史和中国法制史学史的成果相对较少,是特别要关注的两个方面。第四,本丛书的内容强调创新。学术的价值在于创新,没有创新的学术是没有价值的学术。本丛书是高层次中国法律史学术专著的集合体,内容创新是必要条件,没有创新或创新不明显的著作不会在入选之列。这种创新包括观点创新、论证创新和论据创新等多个方面。总之,一定要保证丛书的质量,做到名副其实。

本丛书的推出,得益于上海市人文社科基地华东政法大学外国法与比较法研究项目(基地编号: SJ0709)和国家重点学科华东政法大学法律史学科建设项目(学科代码: 030102),同时也受益于华东政法大学法律史学科各位同行、专家多年来的呵护和各位作家的支持,在此对大家的关心、呵护和支持表示最为衷心的感谢!

为了办好此套丛书,也冀望广大读者、同行、专家能献计献策,多提供宝贵的意见和建议,不吝赐教。谢谢大家!

王立民于华东政法大学

二〇一一年三月初

序

《“杀人者死”的中国法律传统研究》即将成书出版,作者的辛勤劳动终于能以学术专著的形式面世,学术园地也会因一朵又一朵学术小花的绽放而更加充满生气。这是件令人高兴的事。此书系作者的博士学位论文,作为作者蒋冬梅同志的导师,我乐意应作者之邀为此作序,以示鼓励和支持。

当今世界,废除死刑已成为潮流。虽然,适用死刑的国家还占多数,而且包括中国、美国这样的大国,但越来越多的国家逐步废止了死刑。到目前,已有 80 多个国家宣布全部废除死刑,欧洲则全面废除了死刑。面对废除死刑的世界潮流,任何国家都不可能完全置之度外。在中国,死刑适用面还相当广泛,现行刑法中有 68 个罪名可以适用死刑。现阶段,中国的死刑政策是“保留死刑,限制死刑”,最近的刑法第八次修正案拟取消 13 个死刑罪名,死刑的废除则没有提上议事日程。但死刑存废之争也已在中国学术界展开,并成为热点问题。减少并严格限制死刑的适用,正是对时代潮流的一个回应。

中国在今后相当长时期内还会保留死刑,这与中国法律的传统相关,“杀人者死”和“杀一儆百”,在中国有几千年的传统。“杀人者死”因其符合人们的正义观,更为广泛的民众所信守。“杀人者死”是中国人心目中根深蒂固的信念,已被广泛接受,大家都这样认为,但少有人深究。面对死刑存废的激烈争论与抉择,作者对“杀人者死”的中国传统观念及其实践进行系统的研究与反思,是非常必要的,既有其理论意义,也有其现实意义。它有助于我们用历史的眼光看待现实,充分理解法律文化传统对现实的法律观念与制度的影响,冷静地面对死刑存废的问题。这样,既与时俱进,又不割断历史。

作者对“杀人者死”的中国传统观念及其实践进行了深入细致的研究,全书包括四部分,从观念到实践,从原则到例外,从传统到现实,逐步展开。集中论述了:在古代中国,“杀人者死”有着怎样深厚而独特的渊源,“杀人者死”的原则是怎样的一贯不变;而观念与原则相互强化,“杀人者死”的信念是何等的不可动摇;“杀人者死”又有哪些名正言顺的例外规定;以及在当今时代,“杀人者死”的传统观念仍具有怎样的价值、面临着什么挑战。

人命至重、人命关天,是古代中国人敬畏生命的特殊表达,义高于利则是古代中国社会的基本价值观,“杀人者死”因此而格外深入人心。作者通过对“杀人者死”的中国传统观念的梳理,揭示出这一特殊观念制度化、法律化的方式、途径,并结合司法案例分析了该制度在实施过程中所遵循的基本原则和社会效果。这是本书的创新与价值之所在。作为法史著作,本书史料较为翔实,论证充分,史论结合,其学术性十分明显。同时,文字流畅,可读性亦较强。希望作者在此基础上,进一步努力,取得更多的学术成果。

王立民

2010年10月22日于上海

导 言

死刑是人类最古老的刑罚之一。死刑源于复仇，而复仇是早期人类社会的共同现象，随着国家政权的产生和逐步强大，复仇演变为国家刑罚死刑，是很自然的事。死刑，作为一种刑罚，对故意杀人等严重犯罪而言，符合罪刑相称的报应刑要求，也符合人类朴素的公平正义观。因此，在历史上，死刑有其正当适用的领域，“杀人者死”的正当性，至少在古代中国人看来，是毋庸置疑的。

但是，在西方的君主专制国家里，死刑的威胁功能更受重视，并被推行到极端，轻罪重刑，动辄适用死刑，而且各种极其残酷的死刑执行方式层出不穷。在十八世纪的英格兰，载入名册的死刑犯罪增加到 200 多种，超过 40 先令的盗窃一般都可以判处死刑，有人因为盗窃一顶帽子、一块手绢甚至一片牛肉而被处死；至于死刑的执行方式，则“仅受限于当时的既有工具和司法制度对恐怖想象力”。^①死刑的泛化和滥用，彰显了死刑的残酷与弊端，物极必反。近代以来，随着文艺复兴运动及启蒙运动的开展，人权意识的觉醒，西方社会的先进人士开始反思和质疑死刑。

1764 年，意大利法学家贝卡利亚在《论犯罪与刑罚》中论及死刑，提出死刑并不是一种必要和有益的刑罚，并详细阐述了他对死刑威胁功能的怀疑，这是对死刑本身的挑战。至此，一直普遍存在的死刑，其存与废便成了问题。死刑存废之争由此拉开了序幕，经过两个多世纪的论争，在理论上，双方已穷尽了各自的理由，但仍各执己见。实践中，废除死刑的国家从无到有，从少到多，到目前，已有 80 多个国家宣布全部废除死刑，欧洲则全面废除了死刑。废

① [加拿大]西莉亚·布朗奇菲尔德：《刑罚的故事》（原名《犯罪与刑罚的历史》），郭建安译，法律出版社 2006 年版，第 4、17 页。

除死刑俨然成了大气候,成了新潮流。

目前,仍在适用死刑的国家还占多数,而且包括中国、美国这样的大国,在这些国家,无论是民众,还是政府,支持死刑的声音仍是主流。但在当今时代,死刑问题已与人权、人道揉在一起,面对废除死刑的潮流,任何国家都不可能完全置之度外。在中国,死刑适用面还相当广泛,现行刑法中有 60 多个罪名可以适用死刑。但死刑存废之争也已在中国学术界展开,并成为热点问题。近些年,有关专著及专题讨论逐渐增多。在立法与司法实践中,有关部门也正在采取措施,严格限制和减少死刑的适用。最近(2011 年 3 月)通过的刑法第八修正案,已取消 13 项经济性死刑罪名。限制死刑的适用已是有关各方面的共识,只是死刑的废除还无法提上议事日程。

谈到死刑存废的问题,面对中国死刑适用的现实,不能不联想到中国传统的死刑观念。中国传统的死刑观念在汉语里有极精炼的表达,一是“杀人者死”,二是“杀一儆百”,前者意在报应与惩罚,后者旨在威慑与预防。关于死刑的价值与功能,说到底,最根本的不外乎这两条。只不过在不同国家、不同阶段,各有侧重,而在中国,这两方面都一贯受到推崇,以至于在大多数人心目中,至今仍不以为非。着眼于正义,“杀人者死”更具有正当性,具有更为广泛的民众心理基础;着眼于功利的杀一儆百,则不具有价值上的优先性。因此,在死刑存废之争中,“杀人者死”是更为关键的焦点。

笔者认为,在死刑存废的抉择愈来愈紧迫的今天,对“杀人者死”的中国法律传统进行系统的研究与反思是必要的。它应有助于我们从历史的角度看待现实问题,充分理解法律传统对现实的法律观念与制度的影响,冷静地看待死刑存废的问题,既与时俱进,又不割断历史。

关于这一问题的系统研究,尚不多见,因此笔者试图做点尝试。拟以“‘杀人者死’的中国法律传统研究”为题目,分四部分,从观念到实践,从原则到例外,从传统到现实,逐步展开,具体呈现

出:在古代中国,“杀人者死”的观念有着怎样深厚而独特的渊源,“杀人者死”的原则是怎样的一贯不变;而“杀人者死”的信念与原则相互强化,“杀人者死”的原则是何等的不可动摇;“杀人者死”又有哪些名正言顺的例外;以及在当今时代,“杀人者死”的传统观念与实践面临着怎样的挑战。

对这样一个植根于法律文化传统中的题目进行探讨,涉及的思想观念与具体问题很多,资料非常零散,难以理出头绪。再加上笔者受学识局限,思路不够开阔,对资料的分析、处理与观点的阐发难免片面和肤浅,错误与不妥也只能尽量避免。在方法上,本书所采用的主要是逻辑分析与案例论证,根据所收集到的有关资料,进行必要的比较、分析和提炼。在资料方面,主要是利用现存的史料及他人已有的研究成果,这从注释和参考文献中容易看出。

目 录

总序	1
序	1
导言	1
第一章 “杀人者死”的思想观念	1
第一节 罚当其罪的正义观	1
一、罚当其罪的思想渊源	1
二、罚当其罪的主要表现	7
三、罚当其罪要求“杀人者死”	16
第二节 天讨有罪的天道观	22
一、天讨有罪、斩杀必当	23
二、冤魂致灾、慎刑慎杀	33
三、杀害无辜、鬼神不容	42
第三节 除害止杀的惩戒观	46
一、除害止杀的思想观念	46
二、“杀一儆百”的重刑倾向	50
三、重刑适用的政治背景	60
第二章 “杀人者死”的一贯原则	64
第一节 “杀人者死”的立法与司法实践	64
一、“杀人者死”，亘古不变的立法原则	64
二、“杀人者死”，信守不移的司法准则	74
三、反对赦死与赎死	79
第二节 坚持“杀人者死”的两个侧面	85
一、从复仇的规则看	85
二、从清代对外国人的司法管辖看	93

第三节 与西方及周边少数民族的赎杀赔命制度相 比较.....	106
一、古代西方及周边少数民族的赎杀赔命制度	107
二、中西及周边少数民族对杀人者处置不同的原因	122
第三章 “杀人者死”的例外规定及实践消解.....	136
第一节 “杀人者死”的例外规定(上).....	136
一、可议请免死的特殊人群	137
二、不平等主体之间的尊贵者	146
三、杀人获赦免者	161
第二节 “杀人者死”的例外规定(下).....	165
一、主观无意的杀人者	165
二、某些防卫性质的杀人者	168
三、部分复仇杀人者	176
第三节 “杀人者死”的实践消解.....	181
一、福报与佛教的影响	182
二、救生不救死的说法与做法	192
第四章 “杀人者死”的时代挑战.....	198
第一节 “杀人者死”的传统价值是否成立.....	199
一、从报应与公正的角度看	199
二、从惩戒与功利的角度看	215
第二节 “杀人者死”与人道、人权是否冲突	221
一、“杀人者死”是否人道	222
二、杀人者的基本人权是否绝对不可剥夺	226
参考文献.....	235
后记.....	243

第一章 “杀人者死”的思想观念

思想指导实践,观念支配行动,“杀人者死”这一贯穿中国古代社会、而影响及于至今的刑罚原则,无疑与中国传统的思想文化观念相关。那么,古代中国人究竟受何种观念影响,或者出于什么想法和考虑,而要求“杀人者死”?这是本章试图探讨的问题。

第一节 罚当其罪的正义观

近、现代刑法观念一般认为,“杀人者死”体现的是人类的报应思想与主张。换言之,“杀人者死”是报应刑的要求。报应刑的基本要求是,刑与罪对应或对等,而与杀人罪对应或对等的刑罚,就是死刑。报应刑回应的是人类对公平正义的诉求,因此,具有普遍性,古今各民族刑法都不可避免地会受到报应观的影响,只是具体表现方式不同、程度不同而已。报应正义观念在古代中国非常深入人心,相应地,法律实践中就特别强调以刑抵罪、罚当其罪。

一、罚当其罪的思想渊源

由于古代中国人具有浓厚的报应正义观念,反映到法律思想与实践中,罚当其罪就是人们普遍认同的观点和原则。而“杀人者

死”，正是罚当其罪的要求，在中国传统语境中，这是共识。

（一）罚当其罪源于同态复仇

“杀人者死”、罚当其罪观念的产生，其实是很自然的事。对于杀伤等侵犯，人类自然或本能的反应是复仇。复仇最初的表现形式是血亲复仇，整个氏族都是复仇的主体或被复仇的对象。血亲复仇往往导致过度的、无休止的仇杀，为了避免这种悲剧性后果，复仇逐渐演变为对等的报复形式，即同态复仇。在同态复仇基础上，进一步的演化或抽象化就是仅注重价值相当，于是，就可能产生罪刑相抵或罚当其罪的国家刑罚观念与实践。

同态复仇是一种等害报应，它要求对侵犯者施加与侵犯对等的报复。同态复仇所遵循的原则，简单地说，就是以眼还眼，以牙还牙。同态复仇是人类社会早期回应侵犯的普遍方式，相信“生命与生命、肢体与肢体、伤害与伤害之间的自然换算，乃是所有文明类型在它们早期历史中历经过的。”^①

同态复仇的印迹，留在了各古老民族早期的法典或宗教典籍中。《圣经》上说，“凡流入血的，他的血也必被人所流。”^②更明确的说法是，“打死人的，必被治死；打死牲畜的，必赔上牲畜，以命偿命。人若使他邻舍的身体有残疾，他怎样行，也要照样向他行。以伤还伤，以眼还眼，以牙还牙；他怎样叫人的身体有残疾，也要照样向他行。”^③《汉谟拉比法典》中有类似的内容，其中第 196 条规定，“倘自由民损坏任何自由民之子之眼，则应毁其眼”；第 197 条规定，“倘彼折断自由民[之子]之骨，则应断其骨。”第 209 条和第 210 条规定，倘一自由民殴打另一自由民之女致死，则应以杀人者之女性命抵偿。《十二铜表法》第八表第 2 条规定，如果故意伤人肢体，而又未与受害者和解者，则他本身亦应受到同样的伤害。

① 梁治平：《法意与人情》，中国法制出版社 2004 年版，第 23 页。

② 《旧约圣经·创世记》。

③ 《旧约圣经·利未记》。