

ZHONGGUO XINGFA DE ZHUANHUA JIZHI

中国刑罚的转化机制

——以新旧五刑转化为视角

陆侃怡 著



中国政法大学出版社

ZHONGGUO XINGFA DE ZHUANHUA JIZHI

中国刑罚的转化机制

——以新旧五刑转化为视角

陆侃怡 著



中国政法大学出版社

2015·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

中国刑罚的转化机制：以新旧五刑转化为视角/陆侃怡著. —北京：中国政法大学出版社，2015. 5

ISBN 978-7-5620-6056-7

I. ①中… II. ①陆… III. ①刑罚—改革—研究—中国 IV. ①D924.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第094738号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)
编辑邮箱	zhengfadch@126.com
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	6
字 数	145 千字
版 次	2015 年 5 月第 1 版
印 次	2015 年 5 月第 1 次印刷
定 价	22.00 元

对于死刑制度的研究一直是刑法研究当中的热点，并且随着刑法修正案的不断出台，以及顶层设计中对于逐步废止死刑执行的目标的确定，早期关于中国是否需要废除死刑的争议暂时告一段落。但是接踵而来的是一个更加实际并且细致的问题，即在逐步废止死刑的基本目标之下，如何实现这样一种目标呢？理论上，我们可以选择一步到位式的从立法和司法上彻底废止死刑，也可以选择立法上暂时保留死刑，逐步在司法上减少乃至最终停止执行死刑。无论是何种方式，在世界各国的废止死刑的做法中都存有先例。对于死刑的废止，至少要做好两方面的准备：第一，在如今死刑问题普遍政治化的背景下，往往需要考虑国际废除死刑运行的进展；第二，如何使得整个刑罚体系更加协调，以使其可以填补死刑废止之后的基本角色，即所谓的死刑替代刑的问题。这两者一个为价值判断问题，一个为法律技术问题，都是废止死刑所必须考量的最基本因素。

在以往的研究中关于死刑是否需要废止或者如何废止的主题基本就围绕报应主义与功利主义之间的价值争议而展开。其有着哲学的理论深度，但是往往缺乏

对于其他学科背景观察视角的广度。由于死刑的效果问题本身具有既不能证真也不能证伪的特征，使得这些关于刑法哲学层面的讨论多少有种形而上的缥缈，而缺乏一种可以让其他部门法乃至普通人亲近的感觉，这多少让人有些遗憾。

本人的求学经历与其他法科的同学相比，多少有点不走“寻常路”。我在本科法学专业毕业后，出于对刑法专业的兴趣，选择了该专业。刑法以其深厚、复杂而又精巧的理论积淀深深地吸引了我，但是，在于与司法实践的接触中，我又常常感到，如此精巧、厚重的理论在实践中所能运用的机会却是少之又少。为此，常常苦恼不断发展的刑法理论技术到底是为了实现一种完备的逻辑体系，还是为了真正解决在实践中遇到的各类案件的定罪量刑问题。在一次偶然的机会中，一位教授讲解的主题恰好是关于当时刚刚兴起的“刑事和解”问题。当谈到这项制度的理论基础时，对应的是西方刑法理论中的“被害人学”以及“恢复司法”等问题。但是在课堂的最后，这位教授合上书本，非常真诚而又无奈地告诉我们，其实中国基层许多法院从很早以前就已开展了这方面的尝试，是一个典型的实践超前于理论的现象。但是如果需要进一步推广这项制度就必须寻找到了合理的理论支持，而这样的支持在目前大的理论环境下只能从西方刑法理论中去寻求，哪怕这样的理论支持在西方已经过时，甚至被证明是失败的。这是一堂令我印象深刻的课，在课后，我又查阅了各种论文资料，果然如这位教授所说，“刑事和解”的理论几乎无一例外的都来自于西方刑法理论。在一次无意的机会中，我旁听了一堂中国法制史的课，期间，有同学提到了中国传统司法中的民间调解制度和官方的和解制度，而后者就是目前失传很久的“保辜制度”。这项制度虽然在名称上消失于当代的刑法、司法体系，但是其中蕴含的和解思想以及制

度设计的技术都与刑事和解有着很大的相似。所以，在这之后，我开始逐步关注中国传统法律制度、思想中的各种内容，尤其是对当代刑法制度具有相同或者相似性的制度。

最终，在刑法学硕士毕业之后。我带着对中国法制史的浓厚兴趣，填报了法律史博士专业，并顺利通过了考试。就我个人的理解而言，无论是什么专业，其根本的目的都在于发现那些现实中确实存在的问题，并且努力去解决它。专业的划分仅仅代表着你拥有的某方面的方法、工具，使你更容易寻找到解决问题的路径而已。但是，这更意味着你拥有一种更加高级的学习能力和兼容能力。因此，无论是刑法理论，还是法制史的史料梳理，都能够成为发现问题、解读问题、解决问题的基础。

由于我的跨学科经历，以及对于刑法、法制史专业的热爱，我总希望能实现一种将两种专业融会贯通的设想。希望能以法制史繁多而又夯实材料增加刑法说明的充分性，通过刑法逻辑的精确性、严密性提升法律史史料的理论性。本书就是本人对于上述期待的一种尝试。全书抛开了当代刑法争议死刑制度的基本理论，而是从中国古代刑罚体系的转化中寻找问题的线索。通过以中国两千多年以来漫长的刑罚变迁为基本视角，以价值、制度、技术三个层面的描述来揭示中国古代刑罚资源转变的基本规律和要素，由此希望能够成为当下观察乃至构建废除死刑之前的过渡机制的参考。

由于史料的限制，我对于五刑转化机制的描述不能做到当下部门法要求得那么详细、完整。这是法律史本身的缺憾，但是却也具有另一个其他部门法所不具备的优势——时间优势。中国法律史以其超长的历史视角可以实现对于一种制度的长期观察，并且这样的观察能更多地体现出制度本身与整个法律体系、政治环境、经济发展水平、文化特征之间的互动关系，是

一个超越了刑法理论视角的观察。

当然，这样一种融合的尝试也会存在比较明显的缺陷。全书第一部分关于死缓制度的实证研究报告与后面的法律史梳理以及理论的展开多少有些脱节。而在对一些刑法问题进行法律史解答的时候，也会呈现理论性不足的问题。这些问题都是将来本人需要通过更加深入的学习来予以弥补的。并且，通过不断的学习，我也希望能够真正实现以问题为导向，各种专业融会贯通、水乳交融的目标。这在专业分割的背景下是一条前途未知的道路，但是我会以自己的努力去尝试，即便这条道路并不通畅，但其起码证明了这并不是一种特别合理的方法，这同样也是一个很有价值的结论。学术的魅力就在于未知、大胆设想、小心求证。曲折的道路与正确的结论同样具有存在的意义和价值，我愿为此进行不懈努力和尝试。

目 录

序 1

导 论 1

一、研究的缘起 1

二、研究现状与文献综述 2

三、研究方法、知识创新 8

第一章 死缓的悖论：死刑？自由刑？

——对南方某监狱实证考察 9

一、报告的意义 9

二、服刑人员对于死缓制度看法调查问卷的分析 10

三、监狱管理人员对于死缓制度看法调查表的分析 16

第二章 古代减死之刑的机制 24

一、引言 24

二、身体的政治——死刑执行方式的精简 29

三、流刑的展开——肉刑退出后的第一次弥合尝试 47

四、宫刑的变迁——刑种退出机制的描述 65

五、宋代折杖法——整体统一刑罚体系的一次尝试 77

- 六、从死罪到死刑的距离——分析中国传统社会的
死罪区分技术 93

第三章 清末立法减死之刑的变化 108

- 一、引言 108
- 二、死刑唯一的形成——文明与律法的“新关系” 114
- 三、劳役与自由——流刑和自由刑的“貌合”与“神离” 130
- 四、司法与立法的分离——死刑替代与死刑减等的分野 141

第四章 结 尾 156

附 录 166

- 一、监狱管理人员对于死刑缓期两年执行制度的看法
调查表 166
- 二、服刑人员对于死刑缓期两年执行制度的看法调查表 171

参考文献 175

后 记 186

导 论



一、研究的缘起

本书研究缘起于笔者进行的一次对死缓服刑人员的调研活动。在此次调研中，死缓服刑人员以及监狱管理方面对死缓制度本身的评价是离立法理论的期待如此遥远：死缓更多被认为是一种特殊的有期徒刑而不是死刑，以至于出现了立法目的、司法评价以及执行处遇上的分离。令死缓拥有接近死刑的恶性评价而又承担着无期徒刑甚至低于有期徒刑的责任，这在某种意义上是违背最朴素的公平正义观念的，以至于我们非常有理由怀疑以当时的死缓作为死刑替代刑的控制死刑的路径是否合理。刑罚执行领域在中国的边缘化，使得法律运作的最终效果与最初的设想之间并不一致，甚至可以认为是相距甚远。这究竟是死缓制度本身的问题还是我们法律运行模式的原因值得探讨。死刑废除之路是不可避免的，但是如何才能让这条道路走得更加平稳和自然这需要在价值引导以及制度设计上的双重努力。为此作为死刑的一种特殊执行方式的死缓制度究竟该如何调整将会成为未来一段时间内控制死刑的制度关键。

如何在死刑的威慑力和人道性之间保持某种平衡是一种立法的技巧，也需要遵循一定的刑罚演化规律。中国传统社会漫长的刑罚演化过程为我们提供了一个绝佳的历史视角。在传统

的政治治理目标中，该如何实现死刑适用的控制本身就是评价治理水平的重要依据，这得益于儒家文化中对于“人”主体的突出，也得益于农业社会对于劳动力的天然珍惜。为此我们有必要去回顾中国历史上减死之刑的做法而为当下死刑废除的平稳过渡提供某种参照。

二、研究现状与文献综述

由于本书处于法制史和刑法专业的交叉领域，故文献主要来自于法制史、刑法、法理以及部分社会学的内容。

（一）法制史领域

该领域主要需要论述的是：第一，古代和近代有关于减死之刑和周边制度的发展脉络；第二，古代和近代相关的死刑的法律思想；第三，宏观上考察死刑减等之刑所在的历史背景，尤其以法律环境为重点。胡兴东的《中国古代死刑制度史》主要以数据整理的方式，以通史的面貌梳理了中国古代的死刑制度，这其中包括了实体和程序的具体制度以及立法、司法乃至执行的种种情况，其中关于死刑的减等之刑也有部分涉及，这可以成为本书制度史料的初步参考。该文所得出的死刑的理论和实际执行的差距本身即为死刑控制的一种表现的结论可以作为本书讨论古代死刑减等的大致背景。清末沈家本的《历代刑法考》以细致考据的方式论述了中国古代种种制度的来源并作了点评，是一部集大成的刑法史料，故对于本书中的有关于若干刑罚种类的渊源的追溯有借鉴意义。就断代史而言，我们从学者薛梅卿的《宋刑统研究》、学者王云海的《宋代司法制度》、学者郑秦的《清代司法审判制度研究》、学者钱大群的《唐律研究》、日本学者堀毅的《秦汉法制史论考》、《〈折杖法〉对宋代刑罚的影响》等都可以找到部分有关于减死之刑的介绍。

荷兰学者冯客的《近代中国的犯罪、惩罚与监狱》中从法理、法制史、监狱史等各个角度论述了中国近代以来的监狱制度改革,以及刑罚执行上的变迁。其中大多以一手民间资料的方式展示当时的状况,而不是更多用官方的正式材料,这样的展示显得生动细致,但是就全文来看又稍嫌散乱,前后逻辑也不够严密。但重要的是它内容横跨法学、社会学多个领域,充分调动了各方资源的描述方式,对文书写作方法的选择具有借鉴意义。学者杨鹤皋的《魏晋隋唐法律思想研究》、《宋元明清法律思想研究》主要以封建统治者和当时的士大夫精英为主要研究对象,展示了中国古代主流法律思想的变迁。而对于本书而言,虽然并不是彻底的制度史的梳理,但是对研究具体的历史条件下的刑罚宽严的动态变化趋势具有重要的参考意义。学者苏风格的《明末清初法律思潮研究》中,对明代法律思想对于近代法律思想的影响颇有涉及。可以看到近代在中西法律思想交汇的时候,社会精英们也意图从出传统资源中找寻力量的努力,并且也影响了他们对于西方众多法律制度、思想学说的选择。学者贾国发所著《清末民初法文化流变》中对于近代的各个重要的文化、政治精英的法律思想进行了梳理归纳。学者张中秋所著的《中西法律文化的比较研究》从东西方法律起源的不同为始端,梳理了从东西方法律在文化属性、宗教伦理、学术、精神,乃至最终的价值取向上的不同和暗合。其虽然并没有特别的注明对于死刑文化的比较,但是在形而上层面的比较却可以成为本书在比较形而下的制度层面时的一种参照。日本学者大木雅夫所著的《东西方的法观念比较》围绕西方社会法和权利的概念,对西方各国(英国、法国、德国)基本法治观念作了梳理,而以远东的地域概念对传统中国和日本的法观念作了大致的介绍。其中,对于中国传统的审判制度在清末遇到近代化

改革的某些细节作了分析，特别是对民事诉讼的调停与新诉讼制度的关系和变化作了说明，以此从侧面表明中国传统法律在近代化过程中的不适与转变。该文对于本书最大的启发在于我们必须抛开对于近现代优劣的价值判断，或者至少不是开始就判断，而需要更加客观地了解法律最本质的社会调节功能，并不是一个简单的价值判断问题。

（二）刑法领域

我们需要阐明的是：第一，有关于当下死刑废除的进展情况，以及废除死刑运动背后的价值变化；第二，有关于刑事政策的相关理论，以及它对于文本刑法之间的关系；第三，刑罚配置的相关理论，尤其在拥有多种类别的刑罚种类的情况下；第四，死缓制度与死刑之间的某种依赖关系；第五，控制死刑的多种路径。学者杨文革的《死刑演变要略》主要以通史的方式梳理了中西古代到近现代的死刑变化，并大致总结了死刑演化的几个特点和规律。学者张正新的《中国死缓制度的理论和实践》以理论和实证的方式较为全面地介绍了中国死缓制度的历史渊源、法律价值和基本制度，但是更多是一种制度介绍性的文章，而缺少对其进行的分析。英国的罗尔吉胡德所著的《死刑的全球考察》以全球的视野介绍了当代世界各国死刑的不同情况和废除死刑的几种模式，但是并没有对不同的模式进行进一步比较。陈兴良的《死刑备忘录》中已开始关注死缓本身的价值和死刑立即执行之间的关系，并单独论述了死缓的价值，但是仍然更多从法律逻辑出发且不成体系。陈兴良教授另著的《刑种通论》也在其中单独介绍了死缓的问题，但是无论是广度还是深度都未对前著有较大的突破。高铭喧教授的《中华人民共和国刑法的孕育和诞生》中以写实的方式记录了死缓诞生到入典的部分情况，可以成为追溯死缓制度的一个基本背景。学

者沈海平的《寻求有效率的惩罚》，采用波斯纳的法经济学方法，以图表的形式分析了刑罚应如何合理配置才可以最大程度的遏制犯罪，同时可以兼顾社会执行的成本。在刑罚轻缓化的背景分析方面主要有：学者李震的《刑罚轻缓化的文化分析》、高铭暄和曾粤兴合著的《刑罚体现社会伦理的基本途径》、李震和张玉成的《刑罚轻缓化的社会因素分析》等。但是这些分析皆以宏观的视野从人性、社会经济等角度解释刑罚轻缓化的主流进化史，其深度尚没有到达技术层面，但是可以借鉴它考察刑罚轻缓化的几个路径，包括文化路径。对于死缓制度本身的争议自该制度出现以来就存在，虽然仍然主要以支持为主流，但是质疑、反对、改良的也开始日益有声。学者杨勇的《死缓本质新探——从死缓本身的法理逻辑矛盾谈起》从一个纯刑法技术的角度探讨了死缓在执行中的种种问题，如新罪旧罪问题、数罪并罚问题等，以此说明死缓这项制度在实践运用时的种种两难。富义和周林合作的《死缓制度的法理探疑》中对于死缓本身具有的适用模糊定义而令其有违背罪刑相适应的刑法基本原则风险表示了担忧，对于死缓与死刑立即执行之间存在事实上的巨大差距，以及死缓在实践中与无期徒刑有可能出现的轻重失衡表示疑问。学者马松建所著的《死刑司法控制研究》从实体控制和司法控制的两条主要路径来展示我国如何在具体的司法活动中严格控制死刑的做法，并将死刑政策的概念投入到废除死刑的背景之中，以刑法的法定性、谦益性、目的性、公正性为衡量指导的原则。同时也细致地按照刑法运作的环节，在定罪、量刑的问题上对于死刑的特殊性都进行了展示。杨宇冠教授主编的《死刑案件的程序控制》中罗列了西方主要国家对于死刑案件控制的程序性规定和做法，为本书考察其他国家的死刑减等执行的做法提供了部分的材料。梁根林教授所著的

《刑事政策：立场与范畴》对于刑事政策的本体论（渊源、地位、价值、与刑法关系）展开讨论，并提出了刑事政策的五个基本原则（法治原则、谦抑原则、人道原则、科学原则、教育改善原则），且在刑事一体化的视野中分析了刑事政策对于刑事立法技术和方法的影响。由马克昌教授主编的《近代西方刑法学说史略》以流派的方式梳理了启蒙主义刑事学派、古典刑事学派和近代刑事学派的基本理论和相互之间的交锋。该书对于本书把握近代以来西方刑罚学说的发展程度具有重要的参考价值，但是该书更多以刑法理论的变迁为主线，探讨的是刑法内部的一种学说史，而我们更需要关注的是理论本身变动的社会因素和动力，以探讨其背后的价值。

（三）其他领域

我们需要了解的是：第一，关于如何沟通刑法专业和法制史专业的方法论；第二，对如何看待中西方之间的法律思维差异的考察，以高度抽象的概念表达，而不仅仅停留在列举式的对比上；第三，需要富有想象力的，跳出法律逻辑的对于刑罚变迁的观察，并寻求这种变化背后的深刻社会原因。法国学者、思想家福柯的代表作《规训与惩罚》，以一种全新的角度看待西方近一百年以来刑罚体系的重要变化，以一种高度抽象且富有想象力的形式概括为近代以来刑罚所处罚的对象是由“肉体转化为灵魂”，使得一种刑罚景观学得到转变，并且这样的变化并不是一种简单的法律建制，而是在一个政治有机体中的不断变换的一环，其背后是一种权力模式的变化。马克斯·韦伯关于中国社会《道教与儒教》的论述，从西方文化中心的角度来评价中国传统的主流意识形态，并由此联系构成中国社会的独特法律制度和现象，把中国的法律思维和实体特征归于经验主义和实质正义，以此来区别于所谓法律思想发展完满状态的形式

逻辑主义。虽有“文化中心论”的嫌疑而被中国学者反驳，但是不得不承认，韦伯所构建的高度抽象的几个模式具有极大的理论容纳空间。作家金观涛与刘青峰合著的《兴盛与危机：论中国社会超稳定结构》、《开放中的变迁：再论中国社会超稳定结构》以一种阶层与意识形态的相互关系的分析方式，认为中国历代的社会都以意识形态的构建成了弥合整个社会关系的根据。整个社会存在于某种意识形态和由此指导之下的内容的替换而不是整体关系的打破。故当代社会如果要想实现一种转型就需要从根本上摆脱这样一种有着巨大适应能力的社会稳定结构，但是在此文中作者对于当下关注并不多。而在另一著作中，他开始更细致地分析中国的思想史的变迁，以此阐明中国最早的儒学并不具有构建社会稳定结构的能力，而是在吸收了佛道等多种思维，并在与政治的结合中实现了这样一种结构。近代的三民主义和毛泽东思想都是对传统理学的不同分支选择吸收并进行融合的结果。学者赵明所著的《近代中国的自然权利观》以近代法律思想的变化为脉络，最终阐明了近代国家在国家正当性上的变化，不再是礼仪道德，而是公民权利。虽然该文对于刑法问题并无直接涉及，但是由于刑罚权本质为国家权力的体现而由此需要遵循某种新的原则。学者刘亚丛所著的《事实与解释——在历史与法律之间》是一本探讨法学方法论的著作，力图开创一种法学和历史两个研究领域的沟通和协作。该书作者认为，当代中国法学发展甚至没有达到德国 20 世纪六七十年代的研究水平。将史学研究的三大领域历史考证、历史编纂、历史解释与法学研究的三大领域法律编纂、法律解释和法律事实进行某种程度的对比，并抽象概括为对于事实的认定、方法和效力上。具体而言就是法律事实与历史事实的比较集中于认定、方法、效力上；法律解释与历史解释的比较主要集中

在功能、方法上；法律论证与历史考证的比较研究主要集中在目的和方法逻辑上。这对于本书的研究方式，特别是如何用并不专业化的史实材料说明具有高度概念化，乃至理论专业化的刑法问题。这就需要一个转换的工具，这种转换工具需要能沟通在史料与专业术语背后的共同表述意义。

就众多的文献而言，主要集中于关于死刑的讨论，而相关制度，例如减死之刑的讨论并不多见。故无论对于思想史还是对于制度史的描述，关于减死之刑的直接探讨基本没有，即使是有关于死缓问题的专著也更多是一个刑罚学的角度而不是一个法史学的角度。所以对于本书而言，最关键的是如何对已有的材料进行二次运用，如何用已知的刑罚或刑法理论去探讨分析这样的材料。并且对于某些制度的考据问题，仍然需要求助第一手的资料，如《唐律疏议》、《宋刑统》、《庆元条法事类》、《元典章》、《大明律》、《大清律例》、《唐明律合编》等。

三、研究方法、知识创新

本书主要的研究方式为实证研究、法律逻辑推理方式、历史考据的方式等。

无论是对于刑法学而言，还是对于法制史而言，都没有对于减死之刑的专门论述，而更多的是将其放入一个死刑控制和废除的背景之中附带而过。本书尝试用法制史的分析思路来解决或者预测评价当下现实的刑罚问题。根据对于古代和近代减死之刑的考察，将控制死刑的路径区分为替换和减等两种，前者侧重于立法，而后者侧重于司法，并且在对待死刑的态度上皆有不同，是两种不同法律运作模式的路径。