

胡云腾 著

# 存与废

死刑基本理论研究

中国检察出版社

817

D914.01

H1536

# 存 与 废

——死刑基本理论研究

胡云腾 著

中国检察出版社

京新登字 109 号

**图书在版编目(CIP)数据**

存与废—死刑基本理论研究/ 胡云腾著.

北京:中国检察出版社,2000.3

ISBN 7-80086-738-2

I.存… II.胡… III.死刑—法的理论—研究  
IV.D914.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 20530 号

**存与废—死刑基本理论研究**

胡云腾 著

中国检察出版社出版发行

北京市东城区东总布胡同 10 号

新华书店经销

铁十六局材料总厂印刷厂印刷

850×1168 毫米 32 开 12.25 印张 313 千字

2000 年 4 月第一版 2000 年 4 月第一次印刷

印数:1—3000 册

ISBN 7-80086-738-2/D·739

定价:29.00 元

## 第一章 死刑概说

研究死刑,应当从其概念开始,因为概念抽象了事物的质的规定性,内在地联结着研究对象的范围,能够作为逻辑演绎和体系展开的起点。为此,有必要先对死刑的概念作出明确的界说。

从其外在属性而言,死刑是将人处死,通俗一点说,是一种杀人,文雅一点说,是剥夺人的生命权。然而,将人处死也好,杀人也好,剥夺人的生命权也罢,都只是对死刑的一种外在的、直观的表达,而不是对其的理性界定。因为杀人的表现形式多种多样,对人的生命权的剥夺也五花八门。战场上杀敌是一种杀人,个人谋财害命也是杀人,警察击毙拒捕的逃犯亦是杀人。再者,在正当防卫的情况下,为保护自己或他人的合法权益不受非法侵害而杀死不法侵害人,形式上也是一种剥夺他人生命权的行为,对他人实施安乐死,致使濒临死亡的人提前死亡,也可以说是对人的生命权的剥夺。因此,将死刑仅仅界定为将人处死、杀人或剥夺人的生命,充其量只揭示了死刑与其他形式的杀人的共性,而未揭示其个性,无从把死刑与社会上形形色色的杀人现象区分开来。

一般讲,区别死刑与其他形式的杀人行为的主要标志,是死刑适用主体的特定性和专属性,即死刑是以国家的名义、由特定的国家机关实施的杀人行为。据此,可以将死刑与个人、家族、亚文化团体(如黑社会组织)实施的杀人行为相区别。因为适用死刑是国家专有的一种权力,而个人、家族、亚文化团体不论以何种名义和理由实施的杀人,毕竟都与国家行使权力无关,均不是适用死刑。不过,主体的特定性还不是死刑质的规定性的全部,即并不意味着凡是以国家的名义或凡是国家机关实施的杀人都是死刑,比如,发

起或应对战争至少在国内法上是国家的一种权力,战争中的杀人也是以国家的名义实施的,同样,警察击毙逃犯,也是国家赋予警察的一种权力,因而也可以说是其代表国家实施的杀人行为,这两种情况下的杀人均不是执行死刑。由此可见,如果仅以死刑的主体是国家为充要条件,尚不能完整地揭示死刑与某些特殊情况下发生的杀人现象的区别。

如果说,以死刑适用主体的特殊性为切入点,无法界分死刑与其他形式的杀人行为的区别,那么,由死刑的法律属性可否揭示其与其他杀人行为的区别?回答也很难是肯定的。因为死刑固然是法律规定的杀人,具有其合法性,但是,法定的杀人或合法的杀人远非死刑一种。至少正当防卫、警察执行职务与战争状态下的杀人,也是法律所规定或允许的杀人,即同样是合法的杀人。因此,仅据死刑的法律属性,还无从将其与其他合法的杀人行为相区别。

至于由死刑的对象属性,更不可能揭示死刑与其他杀人行为的区别。因为与死刑适用的对象一样,私刑、正当防卫与警察执行职务的情况下的杀人,均是以违法犯罪人为对象。相应地,仅据死刑是处死犯罪人的行为,使死刑与同以犯罪人为对象的其他杀人行为的区别也无从体现。那么,究竟应该如何界定死刑?又怎样才可使其与其他或多或少地具有某些相似之处的杀人行为相区分?显然需要另寻他途。简言之,死刑的界定不能只立足于其某一或某些属性,而应立足于其所有属性,死刑与其他相似行为相区别的标准表现在多方面而不仅仅在某一方面。

综合学界关于死刑问题的有关看法,可将死刑的属性界定如下:

死刑的第一种属性在于其内容的特定性,即在于其剥夺的是个人的生命权利。不剥夺个人的生命权利的刑罚不属死刑,这是不言自明之理。据此,可以将死刑与以剥夺个人的其他权益为内容的刑罚方法相区别。

死刑的第二种属性在于其适用主体的特定性,即在于其是一种以国家的名义实施的剥夺个人生命的行为,亦即是国家行使刑罚权的行为。不是由国家实施的杀人行为,纵然也以剥夺人的生命为内容,不成其为死刑。据此,可以将死刑与私刑、正当防卫、故意杀人等个人、家族、亚文化团体等实施的剥夺他人生命的行为相区别。

死刑的第三种属性在于其法律渊源的特定性,即其是刑法赋予国家的剥夺个人生命的手段。不为刑法所规定的剥夺个人生命的行为,纵然是以国家的名义或代表国家实施的,也不属死刑。据此,可以将死刑与警察执行职务时实施的或在战争中实施的杀人行为等区分开来。

死刑的第四种属性在于其适用程序的特殊性。死刑的判处与执行,均有严格的程序规定,只有司法机关走完了所有的法律程序后将罪犯处死,才是完整意义上的死刑。如果一个罪犯未经法律程序即被处死,不属受惩于死刑;更进一步说,罪犯被判处死刑后自杀或者病死于狱中,也不意味着受到了死刑的惩罚。死刑的正当性依赖于程序正义,正因为如此,批评死刑的人才将死刑斥为一种表演。据此,我们可以将死刑与非经法律程序但正当的杀人区别开来。

死刑的第五种属性在于其适用对象的特定性。即其所剥夺的是犯罪人的生命,而不是其他人的生命。如果经完整的司法程序剥夺了非犯罪人的生命,无论在形式上是否合法,其结果要么属于错杀,要么属于滥杀,均不属适用死刑。据此,可以将死刑与种族灭绝、政治迫害之类的剥夺个人生命的行为区分开来。

死刑的第六种属性在于其惩罚性。惩罚性是刑罚的本质属性,因而也是死刑的重要属性。由于惩罚总是作为非法行为的后果而存在,相应地,死刑作为一种惩罚手段也应该是特定的非法行为的结果。明确死刑的这一属性是极为重要的。因为这也是死刑

与安乐死、战争中的杀人等相区别的重要标志,后者不具有惩罚性。

明确了死刑的以上属性,我们具备了给死刑下一定义的前提条件。在此基础上,我们可以将死刑界定为国家在刑法中所规定的基于犯罪而剥夺犯罪人生命的惩罚手段。

生命是个人至高无上的权利,是人的所有价值的载体。生命权之于人的这一意义,决定了死刑是最严厉的刑罚手段。在我们看来,不论在任何国家或任何时期的刑法中,死刑的严厉性均属诸刑之首。在其之上,不可能存在任何更为严厉的刑罚。死刑的这一特性,不可避免地引发出人们从不同角度的思考。而所有这些思考,归根到底,都是有关死刑的正当性的思考。同时对于这一问题的回答,难免得出不同乃至截然相反的结论。相应地,完全肯定或完全否定抑或部分肯定、部分否定死刑的正当性的立论,在所难免。由此必然引发出对死刑的态度的不同。完全肯定死刑的正当性者,必然主张保留乃至广用死刑,完全否定死刑的正当性者,必然主张废除死刑,而部分肯定、部分否定死刑的正当性者则可能主张在保留死刑的前提下限制死刑。正是如此,才酿成了世界性的死刑存废之争。

由上可见,考察死刑,应该以死刑是否正当为出发点,而以死刑的存废为归宿。

## 第二章 死刑的兴衰

死刑因直接脱胎于原始社会的习惯而构成一种最古老的刑罚。其兴盛于刑罚的报复时代,泛滥于刑罚的威慑时代,失宠于刑罚的等价时代,衰落于刑罚的矫正时代,至今日所处的刑罚的折衷时代,死刑已呈全面消亡之势。因此,死刑的兴衰过程,鲜明地标志着刑罚由严酷走向缓和的发展趋势。考察死刑的起源与兴衰过程,揭示死刑的兴衰原因,不但有助于揭示死刑之发展的基本规律,而且有助于揭示刑罚的一般发展规律,因而应该成为研究死刑的重要基点。

### 第一节 死刑的起源

死刑是人类历史上最古老的一种刑罚手段。与此相适应,死刑的产生构成刑罚的产生乃至法律制度的产生的重要标志。因此,死刑的起源构成研究死刑不可避免的一个重要课题。然而,死刑产生的时间、原因与渊源等又是学界众说纷纭、莫衷一是的问题。

#### 一、死刑产生的时间

据笔者所知,外国学者对于死刑产生于何时,很少涉足,<sup>①</sup>相应地,在这一问题上,在国外似乎不存在什么学术纷争。然而,在

<sup>①</sup> 如:笔者持有三种出自不同国家学者之手的研究死刑史的专著,其中竟无一论及死刑在任一国度的产生时间。参见 John Laurence, *The History of Capital Punishment* (New Jersey: Citadel press, 1960); 森川哲郎:《日本死刑史》,日本文芸社昭和 53 年版;(德)布鲁诺·赖德尔:《死刑的文化史》,三联书店 1992 年版。



我国,围绕中国法律或刑罚产生的时间所生的纷争却直接或间接地涉及到死刑的产生时间的确定,因此,也可以说,关于中国死刑产生于何时,是一个悬而未决而极易引起纷争的问题,因而有必要予以澄清。与此相适应,这里对死刑的产生时间的考察,权以中国的死刑的产生时间为限。

在我国法制史学界,围绕中国法律或刑罚产生的时间,主要存在如下三说:

其一,刑罚产生于五帝时代的虞舜后期。持此说者的根据是,《商君书·画策》有载:“皇帝内行刀锯”,这足以表明在五帝时代,已存在死刑与肉刑。同样,《尚书·皋陶谟》所载,五帝时代所存在的“有邦”、“兢兢”、“业业”、“一日”、“二日”均系死刑,而同时存在的“聪聪”、“明畏”系肉刑,由此亦可知,在五帝时期便存在死刑与肉刑。<sup>①</sup>

其二,法与刑产生于夏朝。此说在我国虽非绝对通说,但主张者甚众。其根据是,夏朝之前的三皇五帝时代,国家尚未形成,作为阶级统治工具的法律尚不存在,自然也不可能存在作为法律制裁手段的刑罚。据此,三皇五帝时代纵然存在某些行为规范与制裁性手段,其也只属原始习惯的范畴,而不具有作为阶级意志的体现的由国家制定或认可的的法律的意义,因而不属法律与刑罚的范畴。与此不同,夏朝时,中国的第一个奴隶制国家业已形成,自然也就出现了由国家制定或认可的作为阶级意志之体现的法律,理所当然地,也才有了阶级统治工具意义上的刑罚。<sup>②</sup>

其三,刑法起源时间折衷说。按照此说,中国氏族社会的解体和刑法的萌芽发端于尧舜时代,完成于夏朝。其根据是,处于氏族

① 参见蔡枢衡:《中国刑法史》,广西人民出版社1983年版,第56—65页;宁汉林:《中国刑法通史·第二分册》,辽宁大学出版社1986年版,第64—65页。

② 参见魏国庠:《中国历代刑法浅谈》,江西人民出版社1985年版,第13—14页、第23页;周密:《中国刑法史》,群众出版社1985年版,第一编第一章、第二章、第二编第一章。

社会末期的尧舜时代,虽然还没有形成统一的部落国家,但私有财产和阶级均已出现,因此,自尧舜时代至夏朝是国家与私有制形成的阶段。在这一过程中,完全可能产生某些刑法性质的强制性规范。这些强制性规范,在国家形成后,经统治阶级改造与认可,便成为作为维护私有制统治的手段的刑法。<sup>①</sup>

由以上三说,可以就死刑的产生时间得出不同的结论:

第一说以史为据,经训诂、考辨,不但证明了中国刑罚起源于尧舜时期,而且明确主张,死刑与肉刑的产生是刑罚之形成的标志。据此,中国的死刑发源于尧舜时期。

第二说以阶级分析的方法推定真正意义上的刑法产生于作为第一个奴隶制国家的夏朝。据此,作为法律制裁手段意义上的刑罚只能起源于夏朝,相应地,死刑的产生也应以夏朝为上限。

第三说虽有折衷成份,但其并未否定尧舜时期至夏朝的发展过程中可能存在刑法性规范,而只不过强调刑法只有到了夏朝才趋完备。据此,应该认为,此说与第一说在刑罚的起始时间上有共同的认识,即同样认为尧舜时期即有了刑罚的萌芽。由此推论,此说主张包括死刑在内的刑罚萌发于尧舜时期、完备于夏朝。因此,如以死刑的草创为标志,死刑的产生时间应定为尧舜时期,如以死刑的完备为标志,则死刑的产生时间应定在夏朝。

在以上三说中,第二说的不合理性是显而易见的。因为其关于中国刑法起源于夏朝的主张,明显地不符合有据可查的历史事实。大量史料记载充分表明,在夏朝之前的尧舜时代,即存在较为完备的刑罚手段,如《图书集成·祥刑典》载曰:“帝共命舜居摄,制五刑及流宥鞭扑赎赦之法。”这表明,在尧舜时期,即创制有由五种刑罚方法所组成的刑罚体系。这一记载,为《能鉴前编》所载“帝尧七十有六载制五刑”所印证,不容置疑。同样,《尚书·舜典》所载

<sup>①</sup> 参见张晋藩等:《中国刑法史新论》,人民法院出版社1992年版,第14—16页。

“五刑有服”，《竹书纪年》所载“帝舜三年，命皋陶作刑”，《左传·昭公十四年》所载“夏书曰：昏、墨、贼、杀，皋陶之刑也”，彼此印证，相互一致地证明了在舜时即有作为惩罚罪恶之手段的刑罚。前说完全无视众多史料的记述，而仅仅以“没有国家便没有法律”为据，简单地推论夏朝以前不存在刑法，或者断然否定夏朝以前存在的惩罚犯罪的“五刑”之类是刑罚，显然不是奠基于客观史实之上的结论，而只不过是主观成见的产物。与此相适应，将中国死刑的起源时间确定为夏朝，不具有合理性。

前述第三说既肯定在夏朝即国家产生之前有可能存在刑法性规范，又认为这些刑法性规范只是刑法的萌芽状态，只有到了夏朝即国家形成之后才臻完备。在表面上，此说既合逻辑，又反映了刑法由萌芽到成熟的客观规律，因而具有其合理性。然而，实际上，此说回避了一个关键性的问题，即在国家产生之前存在的所谓萌芽状态的刑法是不是刑法？对这一问题的回答只可能存在是与不是两种选择。如果承认其是刑法，便必然赞同前述第一说，即肯定刑法源于尧舜时期，进而必然肯定死刑产生于此时；如果否认其是刑法，便必然赞同前述第二说，即否定刑法源于尧舜时期而肯定其源于夏朝，进而必然否定死刑源于尧舜时期而肯定其源于夏朝。正由于前述第三说的立论奠基于对这一关键问题的回避之上，其所显示的所谓合理性就在于其实际上并未对刑法究竟是起源于尧舜时期还是起源于夏朝作出明确的解答。因此，该说也不是对刑法之起源时间的合理解释，据其所推论的死刑萌芽于尧舜时期、完备于夏朝的结论，自然也并未真正确定死刑的产生时间。

前列第一说不但将结论奠基于有关史料之上，而且，其所用的训诂、考辨法不失为研究历史的一种重要方法，因此，其结论应该说是一种客观而可信的结论。然而，其过分偏重于训诂、考辨之法，以致其论证过程失之繁琐与玄奥，反而削弱了其结论的可信性与可接受性。

笔者认为,《尚书·舜典》有关“象刑”的记述是考察中国刑罚起源的最重要的史料,而只需对此史料略加分析、推理,便可得出刑罚起源于尧舜时期的结论。

《尚书·舜典》载曰:“象以典行,流宥五刑,鞭作官刑,扑作教刑,金作赎刑”。关于“象以典刑”,自古至今,历存三说:第一说以为象刑乃画犯人之衣冠,异其章服使人知其为犯人,以为惩罚与儆戒。第二说以为象刑乃以绘画摹写用刑之状,公示众庶,使人知刑罚之可畏。第三说以为象刑只不过法之公示而已。<sup>①</sup> 第一说的力主者慎到称:“有虞氏之诛,以幘巾当墨,以草纓当劓,以菲履当刖,以艾鞶当宫,布衣无领当大辟”。<sup>②</sup> 据此,“象刑”的具体内容是让罪当处墨刑、刖刑、劓刑、宫刑与大辟之刑者,只穿戴某种特殊衣饰,以象征处刑,而不予实际处刑。此说的根据何在,不得而知。然而,即便按照此说,帝舜时期存在刑罚也是必然的结论。因为既然“象刑”之“象”是象征之意,便必然先有相应的刑罚存在。若先无“刑”存之,后何有刑“象”之?只有墨、刖、劓、宫与大辟之刑在此之前确实存在,才能生出以相应的服饰作为其象征之问题。第二说将“象刑”之“象”解释为画像,“象刑”指的是将诸种刑罚以图像的方式予以表示,以儆戒人们不要犯罪。这符合当时尚无文字,只有将图像作为刑之载体的规律性,因而具有较高的可信度。据此可知,帝舜时期即已有刑罚存在。因为只有实际存在刑罚,才有必要将诸刑绘之为画像而公之于众的问题。如果不存在刑罚,画上的刑以何为蓝本?第三说虽有以今推古之嫌,但由其同样必然得出帝舜时期即已存在刑罚的结论。因为只有实际存在刑罚,才生将其公之于众的问题。如果不存在刑罚,公示之刑由何而来,又如何付诸实施?

<sup>①</sup> 参见(日)穗积陈重:《法律进化论》,中国政法大学出版社1997年版,第110页。

<sup>②</sup> 《慎子》。

由上可见,无论对《舜典》所载“象以典刑”作何解释,都必然得出帝舜时代即已有刑罚的结论。据此,中国刑罚起源于尧舜时代而非起源于夏朝,应为定论。问题仅在于此时的刑罚是否包括死刑。

据《舜典》所载“流宥五刑”推论,帝舜时期的刑罚为“五刑”。因为只有存在“五刑”,才生“流宥”之问题。那么,“五刑”之中是否包括死刑?回答显然只能是肯定的:慎到所言的“布衣无领当大辟”中的“大辟”即为砍头,《左传昭公十四年》所载:“昏、墨、贼、杀,皋陶之刑也”中的“杀”亦非死刑莫属。据此,死刑当在帝舜时代的“五刑”之列。

综上所述,在尧舜时代,即存在以“五刑”为主的刑罚体系,而“五刑”之中包括作为死刑的“大辟”或“杀”。因此,中国的死刑起源于尧舜时代。

## 二、死刑产生的原因

作为以剥夺人的生命为内容的最严厉的刑罚,死刑为何会作为刑罚的最原始形态在人类历史上出现?换言之,死刑之产生的原因何在?这是古今中外学者涉足较多而又答案纷呈的问题。

在这一问题上之所以出现众说不一,原因有二:其一是不同国度死刑产生的原因可能不尽相同,而不同的学者以不同国度死刑产生的原因为据一般地论证死刑产生的原因,其结果必然是各持一端。其二是不同学者对同一国度死刑产生的原因认识不一,以致在死刑产生的原因上莫衷一是。为免以偏概全而生纷争,对死刑产生的原因的探讨理应依国度而论。

### (一)中国死刑产生的原因

围绕中国刑罚产生的原因,自古至今存在多种学说。由于如前所述,死刑是最原始的刑罚方法,其产生构成刑罚产生的标志,因此,有关刑罚产生的原因之争,必然或明或暗地包含死刑产生的原因之争。与此相适应,有关死刑产生的原因的讨论,也应以对有

关刑罚产生之原因的学说之分析为起点。

关于中国刑罚产生的原因,所存诸说如下:

1. 刑源于天说。刑罚从天而降,在今日,只存于神话之中。然而,在中国历史上,这却确实曾是对刑罚产生之原因的一种最古老的解释。有关“刑”之记载最为丰富亦为最古老的史籍之一《尚书》,即多处表述着刑源于天。如:《皋陶谟》称:“天工人其代之”;《甘誓》称:“天用剿绝其命,今予惟恭行天之罚”;《汤誓》称:“有夏多罪,天命殛亡……尔尚辅予一人致天之罚”;《大禹谟》称:“故圣人因天讨而作五刑。”如此等等,无一不是关于刑源于天的表述。除此之外的其他史籍,也不乏类似表述。如:《孔传》载曰:“民所叛者天讨之”;《祥刑要览注》亦称:“讨罪用刑,一出于天,非可得而私。”

2. 刑源于兵说。关于刑来源于战争之说,自古至今,主张者亦众。有关这方面的记述,不绝于书。汉代班固所著《汉书·刑法志》载称:“黄帝以兵定天下,此刑之大者”,便是主张,在黄帝时代,以军队征讨,是大刑。其又称:“大刑用甲兵,其次用斧钺”,将甲兵即出兵征讨与斧钺即砍头并称大刑,从而表明了“兵”、“刑”关系之密切。《辽书·刑法志》更直接主张,“刑也者,始于兵”。《左传》载,子产派使臣谴责作乱的士大夫公孙黑,并令其从速自尽,“不速死,大刑将至”。<sup>①</sup> 这里所谓“大刑将至”,自然是指出兵镇压。《商君书·修权》曰:“刑者武力”;杜牧《樊川文集》卷一〇《孙子注云》称:“兵者,刑也”,均是兵刑不分的记述。正由于有关兵刑不分的记载俯拾即是,才有学者主张,“兵之与刑,二而一也”<sup>②</sup>,刑起源于兵即所谓“刑起于兵”,兵不离于刑,兵刑交用,当为几千年来文明史发生、发展的一般规律”。<sup>③</sup>

① 参见《左传·昭公二年》。

② 参见钱钟书:《管锥篇·(一)》。

③ 参见周密:《中国刑法史》,群众出版社1985年版,第60页。

3. 刑为定分止争说。刑罚之所以产生,是为了确立上下贵贱之名分,避免争夺,这是中国历史上为数不少的思想家的主张。法家代表商鞅、韩非与儒家代表荀况均持此说。商鞅曾称,“古者未有君臣上下之时,民乱而不治。是以圣人列贵贱,制爵秩,立名号,以制君臣上下之义。……民众而奸邪生,故立法制为度量以禁之。”<sup>①</sup>显然,商鞅认为,确立法制的目的不外乎确定高低贵贱之别与禁奸止邪。韩非认为,“古者,丈夫不耕,草木之实足食也;妇人不织,禽兽之皮足衣也。不事力而养足,人民少而财有余,故民不争。是以厚赏不行,重罚不用,而民自治。今人有五子不为多,子又有五子,大父未死而有二十五孙,是以人民众而货财寡,事力劳而供养薄,故民争;虽倍赏累罚而不免于乱……是以古之易财,非仁也,财多也。今多争夺,非鄙也,财寡也。轻辞天子,非高也,势薄也。重争土囊,非下也,权重也。故圣人议多少,论薄厚为之政,故罚薄不为慈,诛严不为戾,称俗而行也。”<sup>②</sup>在韩非看来,在远古时代,人少物广,自然产品足以让人丰衣足食,人与人之间不存在你争我夺,因而不存在厚赏与重罚之必要。然而,到后来,人多物少,人与人之间的争夺在所难免,而争夺必然导致混乱,且无论是加倍奖赏还是累予惩罚,均难以避免。因此,用刑处罚轻微,并不意味着仁慈,而严刑苛罚也未必是残忍。与此相适应,避免争夺是刑罚的目的之所在。荀子提出:“物不能澹则必争,争则必乱,乱则穷矣。先王恶其乱也,故制礼义以分之,使之贫富贵贱之等。”<sup>③</sup>据他的解释,财富不足必生争夺,争夺必然导致混乱,混乱必然导致贫穷。为免混乱,古代君王才制定相应的规范确定贫富贵贱的等级。而人之争心源于人之罪恶的本性。故“古之圣人以人之性恶,以为偏险而不正,悖乱而不治,……重刑罚以禁之,使天

① 《商君书·君臣》。

② 《韩非·五蠹》。

③ 《荀子·王制》。

下皆出于治，合于善也”。<sup>①</sup>即是说，刑罚是为禁止人性之恶而生。

4. 刑源于阶级斗争说。刑罚是随原始人类分裂为阶级之后，统治阶级为防止与镇压被统治阶级的反抗而创制的，因此，阶级斗争对刑罚的产生具有决定性的作用。这是我国法学界长期以来近乎通说的主张。按照这一主张，在原始社会，不存在阶级之分与阶级斗争，因而不存在作为阶级斗争之工具的刑罚。然而，在步入有阶级的社会之后，社会划分为统治阶级与被统治阶级，统治阶级为了维护自身的统治秩序，将反抗其统治的行为规定为犯罪，并相应地创制了惩罚这些犯罪的手段，即刑罚。因此，阶级斗争是刑罚产生的根本原因。<sup>②</sup>

根据以上四说，必然就中国死刑产生的原因得出如下不同结论：

按照刑源于天说，所有刑罚手段端由上天安排。与此相适应，死刑自然是上天的产物。

按照刑起于兵说，刑罚起源于战争。死刑的产生自然只能是基于战争的需要和由战争泛化的结果。

按照刑为定分止争说，刑罚的目的在于避免争斗，禁止犯罪。相应地，死刑是基于遏制犯罪，维护社会秩序的需要而生。

按照刑源于阶级斗争说，刑罚是基于阶级斗争的需要而生。理所当然地，死刑也是基于阶级斗争的需要而生。

在前列所有诸说中，刑源于天说在历史上的出现有其必然性。因为在原始社会，人类智识未开，无力解释纷繁复杂的种种自然现象，因而设想在人与自然之上存在某种异乎寻常的力量。由于人们抬头是天，低头是地，而天在地之上，地低于天，自然而然地，这

<sup>①</sup> 《荀子·礼论》

<sup>②</sup> 参见张晋藩等：《中国刑法史新论》，人民法院出版社1992年版，第20页；周密：《中国刑法史》，群众出版社1995年版，第56页；魏国库：《中国历代刑法浅谈》，江西人民出版社1985年版，第14页，以及其他有关中国法理学、刑法史或法制史的教材或专著。



种异乎寻常的力量便归因于天。由此，人们形成了对天的敬仰、崇拜、迷信与畏惧。基于这种对天的崇拜，在法与刑产生后，将其与自然现象以及其他社会现象一样归因于上天的安排，便成为自然而然的事。随着时间的推移，或为使法与刑具有绝对的权威性，或出于对其之不可违反性的确信，法与刑源于天之说便为人们有意或无意、自觉或自发地宣扬和接受。时至今日，法律仍与“神圣”二字相联系，很难说不是这种尚天之风世代相承、相沿而成，尽管对于今人，法律的神圣化只是一种观念，而不再具有尚天之意蕴。然而，必然性不等于合理性。在历史上必然地存在的学说未必是合理的学说。相反，最早出现的学说越具有历史必然性，其往往便越不具有合理性。因为对任何现象最初的探讨与解释都有其局限性，所得出的结论难免片面乃至荒谬。正是如此，在今人眼中，将刑罚的产生归于虚无缥缈的天意的刑源于天之说的荒谬性不言自明。也正是如此，其才早已为人们所唾弃。理所当然地，死刑源于上天的安排，不言自明地不是关于死刑之起源的合理解释。

刑为定分止争说，与其说是对刑罚之起源的揭示，还不如说是对刑罚的功能与目的的抽象。因为其虽然立足于社会需要解释了刑罚之所以产生并存在的原因，即只在一般意义上揭示了中国最早的刑罚制度为何而存在的根据，证明了刑罚的正当性，但并未在具体意义上表明最先出现的刑罚之所以产生的原因。事实上，如前所述的商鞅、韩非与荀况的有关论述，无一是对中国古代为什么会产生刑罚的解答，而不过是对刑罚有何作用或刑罚为什么应存在的解答。既然如此，从刑罚所具有的作用与刑罚之所以应存在的根据来解释刑罚为什么会产生，便不是考察历史所应有的从历史事实出发的正确方法，而只不过是一种以今推古的主观推论，其结论既失之空泛，又难免偏颇。因此，刑为定分止争说不是对中国古代刑罚产生的原因的解答。相应地，死刑是基于遏制犯罪的需要而生，也不是对中国古代死刑产生的原因的揭示。