

杨兴培 著

# 反思与批评

## 中国刑法的理论与实践

REVIEW  
AND CRITICISM

The Theory and Practice of Criminal Law of China



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

013059895

D924.01  
66

# 反思与批评

## 中国刑法的理论与实践

### REVIEW AND CRITICISM

The Theory and Practice of Criminal Law of China

杨兴培 著



D924.01  
66



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS



北航

C1665997

图书在版编目(CIP)数据

反思与批评:中国刑法的理论与实践/杨兴培著. —北京:北京大学出版社,2013.8

ISBN 978 - 7 - 301 - 22843 - 2

I. ①反… II. ①杨… III. ①刑法 - 法的理论 - 研究 - 中国  
IV. ①D924.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 158079 号

书 名: 反思与批评——中国刑法的理论与实践

著作责任者: 杨兴培 著

责任编辑: 苏燕英

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 22843 - 2/D · 3376

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

新浪微博: @北大出版社燕大元照法律图书

电子信箱: [yandayuanzhao@163.com](mailto:yandayuanzhao@163.com)

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 23.75 印张 353 千字

2013 年 8 月第 1 版 2013 年 8 月第 1 次印刷

定 价: 48.00 元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子信箱: [fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

## 刑法时空中的反思与遐想——代序

在中国,刑法的理论与实践注定是个不会风平浪静的时空领域。刑法理论的时时浪花四溅,刑法实践的处处波澜频起,实在是一幅平常画卷。刑法学者对刑法理论永无止境的思考和探求,对刑法实践永不满足的反思和批评,是刑法学者不断获得前进动力的源泉,能够超越更是学者们的梦境追求,这也是刑法理论和实践的魅力所在。

刑法是用来实践的,故刑法的实践必须时时紧扣法律的实在性规定,刑法实践在这里对法律的守望比创造更重要,容不得执法人有半点的“自由自在”。刑法学是理论的,故刑法学的理论既可以跟随法律的实在性规定对刑法进行鞭辟入里的注释性解释,让刑法理论成为刑法实践的参谋;也可以站在刑法实在性规定之上仰望星空作“遐想”,刑法理论在这里对法理的创造比守望更重要,应当允许刑法理论人有完全自由的身体和自由的思想进行天马行空般的“漫游”;刑法学更是一门追问性的学问,在刑事领域需要法治的时代,刑法理论不仅要保持对刑法典章制度进行言说的兴趣,更要有对既有的刑法理论和刑法实践进行反思和评价的冲动和欲望。

刑事立法者无疑属于政治家的范畴,为了社会的秩序和安宁,对法律的制定有时采取实用主义的态度也是可以理解的;刑事司法者是实干家,在既已设定的法定框架内进行司法操作,只要其信仰确立、信念坚定、信心备足,虽然言语不多,其务实的作风应当受人尊敬。惟刑法学者有足够的时间和空间对法律的实践进行全方位、多角度、多层次的审视,然后用其智慧与足够的语言作出评价。刑法学者在刑法实务之外的诸多评价和理论设想,虽然无法取得足够令人信服的效果从而直接影响刑法的司法实践,但是刑法学者们具有构建理想的理论大厦和具有极大耐心进行的探索,也是社会分工中必不可少的一个环节。

当下的中国刑法领域,无论是实践还是理论,吸引人眼球的事件和观点层出不穷,但是苛而言之,分歧大而追问少,争议多却反思少,

## II 反思与批评——中国刑法的理论与实践

顺从多而批评少。固然,无意义的分歧与争论无助于理论的进步和实践的公正,但法学的反思与批评能够帮助刑法理论与实践寻找诸多法律待解问题的依赖路径。刑法学的反思不仅仅在于对过去理论现象与实践做法的全面回顾,而且还在于有着一种总结其经验教训的基本功能。刑法学的批评,更是一种复杂的语言形态,其中蕴含着一种新的价值内容。人们应当认识并学会理解,建立在尊重法律权威和理解刑法实践基础上的反思与批评,不但对刑法典章与刑法的实践无一害反而有百利。事实上,对以往理论和实践的反思本身就意味着对所涉问题的困惑和关切,对以往理论和实践的批评本身也蕴含着对理想答案的追求和期待。发现问题靠的是眼光和能力,但提出问题还得靠勇气和智慧,而问题的探讨和解答则更是需要现实的直面、价值的中立、知识的积累、常识的遵守、学术的储备和对人类未来的关怀。

经常记着艾萨克·牛顿曾经说过的话:把简单的事情想得复杂点再复杂点,就可以发现新领域;把复杂的现象看得简单点再简单点,就可以发现新定律。这句话可以给我们很多启示。刑法理论可以说就是为了寻找新领域和发现新规律而设立的一门学科,所以刑法学者有责任、有义务与提出任何问题的人们通过讨论一起解答问题,走出困惑。但刑法学者本身也会有自己的问题和困惑,所以学者们不断提出问题,也就是表示他们也仅仅是一个常人,也有他们无法理解和解答的问题。在历史上,所有有价值问题的提起都是以对以往历史的反思为基础的,而所有有价值的问题都可以引导人们走向思想和实践的深处,如1742年德国的数学老师哥德巴赫曾向当时的大数学家欧拉提出的“哥德巴赫猜想”,英国的哲学家休谟提出的“事实与价值”是否同一的问题,中国的黄炎培“窑洞对”中提出如何走出“盛衰周期律”的问题,都对所涉领域产生了巨大的影响。有的时候发现问题是一种兴奋,有的时候发现问题是一种痛苦。兴奋也好,痛苦也罢,刑法理论只有通过问题的发现和探讨并进一步作出解答才有价值。因为只有对问题进行必要的解答,才能形成一种新的理论观点和理论体系。而新的理论观点和理论体系又是一种寻找知识约定和价值共识的条件,这对刑法理论的发展极其需要,对于刑法实践来说也是必不可少的。

本书的作者就是基于这样一些浅显的道理而着眼作一些反思,也

是基于为刑法学的进一步发展的理想追求作一些批评,但是否做到了发现问题并又解答了问题,囿于作者的知识积累,常常感到心时时有余而力常常不足。尽管作者时时尽自己的心力处处剔除带有“乌托邦”色彩的理论成分和实践臆想,也尽量想抓住时下既紧迫又现实的问题,并从宽容的角度理解产生这些问题的历史背景与当下国情,但总是在不经意间有这样或那样的偏颇跳跃在眼前。本书初成之后,作者已经看到自己的初衷与现实之间还有着一段不小的距离,但作者常常具有的敝帚自珍的自我欣赏、骨肉难割的依依不舍使得自己不愿作过多的删改,只是想将自己曾经真实的想法呈现于读者眼前。当作者用反思方法和批评手段针对他人他事的时候,其实也早已准备好别人用同样的反思方法和批评手段在对准他自己的理论观点和理论体系,但整个刑法学理论和实践每每在这反思与反反思、批评与反批评的过程中得到了检验和发展。每念及此,作者又何乐而不为呢?

平心而论,今天的中国既缺少太多像英美法系中深通理论崇尚正义的实用性法律人才,也缺少像大陆法系特别是德国刑法学界中具有不断创造符合实践需要的崭新观点、新型模式的思辩性理论人才,但法学家的使命却常常引导我们需要时时作自我警醒。反思可以高瞻远瞩,批评可以追问问题,解释可以澄清迷惑。在刑法学领域中,只有经常性的反思、批评和尽可能的解答,才能让刑法理论在经常性热闹的过程中保持一份清醒,这是因为理论更新的动力往往来自于其对既有理论和实践的不断反思、不断批评和不断的超越。

杨兴培

2013年5月

于上海华东政法大学

# 目 录

|                           |    |
|---------------------------|----|
| 第一章 中国古代严刑峻罚历史的反思与批评      | 1  |
| 一、中国古代严刑峻罚的政治制度反思与批评      | 2  |
| 二、中国古代严刑峻罚的政治思想反思与批评      | 9  |
| 三、中国古代严刑峻罚的历史文化反思与批评      | 13 |
| 四、中国古代严刑峻罚的社会心理反思与批评      | 22 |
| 五、结语                      | 26 |
| 第二章 中国刑法罪刑法定原则困境的反思与批评    | 28 |
| 一、罪刑法定原则的意蕴和底蕴到底是什么?      | 28 |
| 二、刑事司法应当如何坚守罪刑法定原则的阵地与底线? | 35 |
| 三、刑法学者们应当对罪刑法定原则做些什么?     | 43 |
| 四、余论:中国刑法理论危机的到来          | 48 |
| 第三章 中国社会与刑法面临社会风险的反思与对应   | 51 |
| 一、中国社会已进入风险社会的思考          | 51 |
| 二、中国“社会风险”的考察与原因分析        | 53 |
| 三、风险社会中社会风险的刑事政策对应        | 60 |
| 第四章 中国刑法学借鉴域外犯罪构成的反思与批评   | 66 |
| 一、中国刑法学对苏式犯罪构成的承袭、借鉴与批评   | 66 |
| 二、中国刑法学对大陆法系犯罪构成的解读、借鉴与困惑 | 72 |
| 三、中国犯罪构成发展的路径选择与定位思考      | 79 |
| 第五章 中国刑法学犯罪构成本土化发展的反思与选择  | 85 |
| 一、对犯罪构成法海激浪的慎思与遐想         | 85 |
| 二、“苏式犯罪构成”的中国春秋           | 91 |

## 2 反思与批评——中国刑法的理论与实践

|                         |     |
|-------------------------|-----|
| 三、什么是犯罪构成,为什么要犯罪构成?     | 97  |
| 四、两种犯罪构成模式的暗合与差异        | 105 |
| 五、旧模式的必然终结与新模式的无尽探索     | 112 |
| 第六章 刑事古典学派理论现代复兴的思考     | 119 |
| 一、刑事古典学派的主要理论内容及其思想成就   | 119 |
| 二、刑事古典学派理论复兴的历史必然性      | 124 |
| 三、刑事古典学派理论在中国复兴的现实必要性   | 128 |
| 第七章 刑法实质解释论与形式解释论的透析与批评 | 133 |
| 一、实质解释论和形式解释论的概览与问题的提出  | 133 |
| 二、实质解释论的剖析与批评           | 138 |
| 三、形式解释论的批评与补正           | 146 |
| 四、刑法解释的价值审视与路径选择        | 149 |
| 五、刑法解释可取的方法选择和理想展望      | 153 |
| 六、结语                    | 160 |
| 第八章 期待可能性的理论反思与中国实践的批评  | 161 |
| 一、中国刑法学期待可能性理论的研究概览     | 161 |
| 二、中国刑法是否已有期待可能性的规定      | 165 |
| 三、期待可能性理论的本质是什么?        | 167 |
| 四、期待可能性理论在中国的命运发展       | 171 |
| 第九章 危险犯理论与实践的反思与批判      | 174 |
| 一、危险犯的理论透视与概念质疑         | 175 |
| 三、危险状态是犯罪构成的必要要件吗?      | 182 |
| 二、危险犯对定罪的作用与意义质疑        | 185 |
| 三、危险犯对量刑的作用与意义质疑        | 191 |
| 第十章 共同犯罪的正犯、帮助犯理论的反思与批评 | 200 |
| 一、共同犯罪人的分类方法分歧与分类价值所在   | 200 |
| 二、对正犯理论的反思与批评           | 205 |
| 三、对帮助犯的反思与批评            | 209 |

|                                  |     |
|----------------------------------|-----|
| 四、并不多余的再思考                       | 211 |
| 第十一章 身份犯与非身份犯的共同受贿定罪问题的理性思考      | 213 |
| 一、如何理解刑法关于受贿罪的共犯规定?              | 214 |
| 二、如何理解一般主体与特殊主体的相互关系?            | 218 |
| 三、如何理解自由与秩序、权利与义务的相互关系?          | 222 |
| 第十二章 刑民交叉案件法理分析的逻辑进路             | 227 |
| 一、刑民交叉案件属于单一民事法律关系的法理分析路径        | 228 |
| 二、刑民交叉案件具有多层法律关系的法理分析路径          | 233 |
| 三、刑民交叉案件具有多元法律关系的法理分析路径          | 236 |
| 第十三章 索取非法“债务”拘押他人行为性质的理性思考       | 241 |
| 一、问题的提出:绑架罪、非法拘禁罪和敲诈勒索罪的基本界限在哪里? | 241 |
| 二、问题的本质所在:非法之“债”是债吗?             | 245 |
| 三、问题的理性出路:法律除了解决难题以外是否需要引领未来?    | 250 |
| 第十四章 民间融资行为的刑法应对与出入罪标准的理性思考      | 253 |
| 一、民间融资行为和民间融资行为司法困局的现状概览         | 254 |
| 二、关于民间融资行为入罪现状之原因分析              | 259 |
| 三、民间融资行为的立法多元之完善                 | 262 |
| 第十五章 刑法修正案方式的慎思与评价               | 270 |
| 一、关于刑法补充修改与法律的稳定性、长远性要求          | 270 |
| 二、刑法的补充修改与刑法基本原则的关系              | 273 |
| 三、关于“犯罪圈”大小的问题                   | 276 |
| 四、关于“刑罚度”轻重的问题                   | 278 |
| 五、关于刑事立法的编纂问题                    | 280 |
| 第十六章 刑事司法迫切需要实现司法观念的现代化转变        | 283 |
| 一、转变之一:从重实体法轻程序法,两者并重,再到         |     |

#### 4 反思与批评——中国刑法的理论与实践

|                                        |     |
|----------------------------------------|-----|
| 重程序法的转变                                | 286 |
| 二、转变之二:从满足“几个基本”的要求到“排除任何合理怀疑”的转变      | 290 |
| 三、转变之三:从判决后的基本不管到建立对死刑呼冤者有条件的自请复查制度的转变 | 294 |
| 第十七章 “李昌奎案”轻启刑事再审程序的反思与批评              | 299 |
| 一、李昌奎案的波澜初起                            | 299 |
| 二、李昌奎案再审的本质聚焦                          | 301 |
| 三、刑事既判力的滥觞与尴尬                          | 304 |
| 四、刑事既判力的规制与限制                          | 307 |
| 五、社会危害性当中的民愤评价                         | 310 |
| 第十八章 中国立法腐败的反思与刑法应对                    |     |
| ——从郭京毅案透视、剖析高端精英的“立法腐败”                | 314 |
| 一、郭京毅案的社会危害所在                          | 315 |
| 二、郭京毅案的原因和教训所在                         | 318 |
| 第十九章 刑事执行制度一体化的理论构想                    | 326 |
| 一、刑事执行制度一体化的理论基础                       | 326 |
| 二、刑事执行制度一体化的体制构想                       | 332 |
| 三、与刑事执行制度一体化有关的几个问题                    | 339 |
| 第二十章 刑法学与犯罪学分野的反思与批判                   |     |
| ——兼论刑法学与犯罪学的合成与整体互动                    | 343 |
| 一、当前中国刑法学与犯罪学的分野带来的恶果                  | 344 |
| 二、我国刑法学与犯罪学分野的原因                       | 351 |
| 三、筑建整体互动刑事法学的必要性                       | 356 |
| 四、筑建整体互动刑事犯罪学的路径思考                     | 358 |
| 索引                                     | 362 |
| 跋                                      | 365 |

## 第一章 中国古代严刑峻罚 历史的反思与批评\*

回放、检索中国的古代历史,人们会轻而易举地发现,历朝历代的统治者们为了维护家天下的江山永固以防他人觊觎,都会遵循一个铁血规律:自始至终施以严刑峻罚,以实现牧民、御民、驭民、治民、防民的目的。在这种严刑峻罚的社会政治制度背景下,多少志士精英的身首异处,多少草根民众的鲜血四溅,多少窝里斗者的作法自毙,演绎了中国古代轮回不止的血腥图景。鉴古可警今,历史像是一个永不疲倦的老人,常常以其饱经沧桑的经历,通过低回的方式向后人诉说几多悲哀,从而使得在绵延薪传的苍凉岁月中透露出我们这个民族的寥落。这种人类史上少有的如此长期的严刑峻罚的血祭历史,折射出的深层原因,尽管已开始逐渐消退于历史的视野之中,但仍依稀可见而成为现代文明考古和民族自我反思的索解悬案。马克思曾英明地指出:“哲学家只是用不同的方式解释世界,而问题在于改造世界。”<sup>①</sup>对于那些已经走出历史困境的民族和国家而言,通过改造世界的方法已经消除了严刑峻罚的历史痕迹,固然值得额手称庆,但对于中国这个依然受着历史影响较深和重刑文化浸淫的国度而言,我们仍不能忽视只有深刻认识和解释历史才能有效地改造社会这一实践进程所具有的价值取向。中国古代何以如此喜好严刑峻罚这种血腥的方法进行民族内部自残和自我轮番作践?如果我们不从历史的政治和文化甚至社会观念深处考察和忧虑,恐怕我们还没有也不会真正走出这一历史的阴影,因而还不能全身心地迎接平允宽和的轻刑时代的到来,并

---

\* 本章与吕洁、陈国栋合撰。吕洁、陈国栋为华东政法大学刑法学研究生。

① 马克思:《关于费尔巴哈的提纲》,载《马克思恩格斯选集》(第1卷),人民出版社1972年版,第19页。

## 2 反思与批评——中国刑法的理论与实践

以此去建设一个和谐美丽的新时代。当然平心而论,我们也清醒地深知,乾坤有天地,光阴有昼夜。在漫长的中国历史长河中,也曾出现过宽刑、轻刑和省刑的时期,但这相比于严刑峻罚而言,是属于非主流的、非显性的和非稳定性的,所以我们在这里依然以严刑峻罚作为我们进行历史分析和评价的对象和进行历史考察的线索。

### 一、中国古代严刑峻罚的政治制度反思与批评

中国古代社会经历了原始社会、奴隶社会以及宗法专制中央集权体制社会这三种不同的社会形态。纵观中国古代社会,其所形成的专制制度、宗法制度、御民制度等政治制度以及严刑思想,都同古代的经济状况有着密不可分的联系。

中国古代的政治、文化都根植于自给自足的自然经济的土壤之中,其中古代中国土地所有制被定性为以地主土地所有权为核心的私有地制,土地所有权是土地所有制的法律表现,有什么样的所有制就有什么样的所有权关系。“土地的主人并不是普通民众:(中国的君主)和在亚洲其他地方一样,是土地的唯一主人……以农产品这种原始形式取得这样巨额的税收,是一种显著的证明:中国皇帝的权力和财富,和其他东方统治者的一样,是和他作为帝国统治下最高土地所有者的权力有密切关系,或者不如说是建立在这种权力上的。”<sup>②</sup>君主的绝对权威性使得其能够随意控制全国土地和其他自然资源。由此,君主专制的政治制度即成为历史的必然,形成了以皇帝为中心,皇权至上宗法专制中央集权的政治制度。“普天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣”<sup>③</sup>,便是中国古代社会的真实写照。而秦嬴政自称“始皇帝”以后,这种皇权至上、宗法专制、中央集权的政治制度历经两千多年的岁月荡涤,跨越无数次的改朝换代,沉淀为中国古代社会中一个典型而独特的顽疾。谭嗣同、毛泽东都曾一语而概括之:中国社会千年皆行秦制。经济基础决定上层建筑,纵观中国古代历史,自远古时代及至近代社会,始终处于家天下的君主专制统治之下,一个典型

---

<sup>②</sup> [英]理查德·琼斯:《论财富的分配和赋税的来源》,于树生译,商务印书馆1994年版,第93—95页。

<sup>③</sup> 《诗·小雅·北山》。

的特征就是君主专制制度的根深蒂固、叶茂果硕。甚至早在远古时期家天下的滥觞之时,作为部落首领的大禹(夏朝的实际开国者)就曾以唯我独尊的姿态,将只因开会迟到的防风氏“杀而戮之”。<sup>④</sup>在商代,君主曾自称“余一人”,以示其独一无二。周朝君王自称为“天子”,即自恃上天之子。正是有了这种“家天下”的君主专制制度的纵容和保障,就有了暴虐的刑罚制度,就有了夏桀无道、商纣剖心的暴刑故事,至于脯肉、炮烙、枭首、五马分尸的历代严刑酷刑层出不穷,及至秦始皇暴政制度建立,中国古代社会已开始走上了一条严刑峻罚、血光四溅的不归路。为了维护这种皇权至上、宗法专制、中央集权的家天下社会得以绵延不断薪火不绝,严刑峻罚就成为为这种政治制度保驾护航的刚性法器,成为这一政治制度的必然选择。反思这一历史进程,其中蕴含着太多令我们今人足以反省的制度原因。

### (一) 君权神授的专制制度使然

早期的西周统治者采用神权思想,一方面,以“天命”为自己政权的合法性进行论证,用“君权神授”、“君权天授”的说教,为自己的王权披上了一件神圣的外衣。神权服务于皇权,神权存在的主要目的就在于使皇权神化。另一方面,又引进“德”的概念,强调西周统治者要“以德配天”。统治者在思想上仍然利用神权作为统治人民的精神武器。皇帝自命为“天子”,秉承上天的旨意进行统治。因此,皇帝的命令就必须得到绝对的遵从。

秦汉以后,儒家学说日益受到最高统治者的重视,司法当以引经决狱将儒家经典中的经义和事例作为司法审判的准则和依据,出现了儒家经典法家化的倾向。“春秋决狱”考察行为人的主观动机,凡是主观上有犯罪动机,哪怕预备行为也要受惩罚。“唯心定论”原则成了一种唯动机论,过分强调主观动机,为暴君、酷吏滥施刑罚开启了方便之门。

及至儒法合流,作为宗法专制正统思想的儒家思想包含了法家的绝对君权,并受到神权与宗法更加缜密的保障。王权之下,法律也只不过是巩固其统治和镇压人民反抗的工具。“根据大一统君主主义理

<sup>④</sup> 《史记·夏本纪》。

论,在君主和法律的关系中,不是法律在君主之上,而是君主在法律之上。因为法律是君主制定的,法律的存废唯君命是从,法律的运行也全凭君主权威,在这种体制下,法律是君主治民治吏的工具,但法律却不能制约君主的权力,哪怕是对无道的暴君。”<sup>⑤</sup>君主罪刑擅断、法外用刑的特征贯穿了整个中国古代刑法史。上至朝廷、下至县衙,统治者处置政敌、镇压反叛,以及拷问犯人、审理案件都随心所欲,“就刑罚加重的趋势来说,封建专制的发展规律就是一个重要的原因”。<sup>⑥</sup>

君主专制社会的最高统治者以君权神授为其理论基础,用极其严格的名位等级、封建礼乐和皇位继承等各种措施集中凸现皇帝个人的绝对权威,保证皇帝高踞于国家机器之上,拥有至高无上的地位。皇帝一人独享天下,全国的土地、人民、财富均为他所有,正所谓天下之本无小大,皆决于上。“御民之辔,在上之所贵”,“天下不患无臣,患无君以使之”。<sup>⑦</sup>此外,君主是权力的化身,他还享有最高的行政权、军事权、立法权和司法权,集各种大权于一身。君主的意志凌驾于法律之上,被认为是“受命于天”,就连历朝历代的农民起义也只能打着“替天行道”的旗号,只反贪官不能反皇帝,皇权的神话为中国历代统治者充当了严刑峻罚的借口,君主常常以各种罪名滥施刑罚,维护其统治。

君主专制制度的另一表现是在法律的形式上,法由王出、刑由王定,君主可以随意造法。例如汉代以法律为基本法,又附以各种“令”、“比”、“例”,其中的“令”就是皇帝之言,所谓“天子诏所增损,不在律上者为令”。唐代的“律”、“令”、“格”、“式”,宋代的“律”、“令”、“科”、“比”等,随着君主专制制度的强化,其法律形式也日益多样,皇帝的“敕令”和“钦定律”占据越来越重要的地位。唐格、宋敕、元律、明诰和清例无不如此,法律只不过是历代君主随意而为的囊中器具。

从中国古代刑法典来看,法典中是以刑带罪、刑罚名目繁多,历代的法内之刑有很多属于酷刑。经春秋、战国、秦到汉初,刑罚体系虽略有变化,但大体不出五刑范围。“墨、劓、剕、宫、大辟”五种刑罚都是肉

⑤ 丁凌华、赵元信编:《中国法律思想史》,华东理工大学出版社1996年版,第19页。

⑥ 李交发:《中国传统诉讼文化的轻重之辨》,载《求索》2001年第5期。

⑦ 《管子·牧民》。

刑,会使犯罪人丧失身体组织的完整性,十分残忍。同时,除了身体的创伤之外,对心理的伤害也很巨大。古代十分看重孝道,所谓“身体发肤,受之父母,不敢毁损,孝之始也”。<sup>⑧</sup> 对于残缺了身体器官的人来说,就是对父母的大不孝。在遵奉祖先崇拜的古代,这就意味着精神被放逐,被其家族所排斥,丧失“家族人”的身份。<sup>⑨</sup> 将酷刑列入法典,中国古代刑法的残酷可见一斑。孟德斯鸠就曾指出:“严峻的刑罚比较适宜于以恐怖为原则的专制政体,而不适宜于以荣誉和品德为动力的君主政体和共和政体。”<sup>⑩</sup>

在君主专制政体下,国家法律制度的建设及实际操作,都是围绕着君权进行的。君王可以随心所欲地对一个人以莫须有的罪名定罪,并滥用酷刑。君主的能力与其所拥有的无限权力不对称问题的内在矛盾之本质就是人治与法治的矛盾。这一内在基本矛盾中缺乏法治的约束力量和规范价值,使得中国古代君主专制政体这一制度缺乏弹性和平衡,在这种矛盾运动作用下,中国古代君主专制制度形成的狭隘性、封闭性与非理性因素是严刑峻罚产生的根本要素。

## (二) 等级森严的宗法制度使然

与君主专制制度相伴而生的就是宗法等级制度。中国古代社会是一个宗法社会,以血缘、家族为基础的人伦尊卑等级的秩序亦称“伦常”,一以贯之,“君君、臣臣、父父、子子”的等级观念根深蒂固,礼教中的“三纲五常”成为宗法等级的最好理论基础。“礼”是维护宗法等级制度的最有力武器,“君为臣纲,夫为妻纲,父为子纲”,此三纲的首要功能是政治性和道德化,严密阻绝了中国法治思想和与此相关的文化观念的生成。

首先,“君为臣纲”,反映了中国古代社会最主要的君臣关系,这种严格的等级是绝对的、无法逾越的。所谓“君要臣死,臣不得不死”,就体现了这一等级制度无奈的坚不可摧。朱元璋亲自编写《明大诰》,自创死刑方式,对贪官污吏实施剥皮实草,以示警戒。对于在朝廷之上劝诫皇帝的谏臣,则可当庭杖毙,可谓是我国专制社会君臣关系中一

⑧ 《孝经·开宗明义章》。

⑨ 参见郭建、姚荣涛、王志坚:《中国法制史》,上海人民出版社2006年版,第249页。

⑩ [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1961年版,第83页。

种独特的现象。

其次,“夫为妻纲”是在家庭内部关系中,维护男子的重要地位而赋予家族内丈夫的一种特权。在专制的宗法家庭之中,丈夫始终占据绝对的权威地位,妻子只是从属性的,在家庭内没有独立的人格,沦为丈夫的附属品。这种“男尊女卑”的婚姻家庭制度,早在西周礼制中就得以确认。在春秋时代又得到了孔子的大力提倡和宣扬:“天尊地卑,乾坤定矣,卑高以陈,贵贱位矣……乾道成男,坤道成女。”<sup>①</sup>在古代休妻的条件中,“无子”、“恶疾”、“不事父母”都成为丈夫“七去”的理由。由于男尊女卑思想的大肆流行,在婚姻家庭方面形成了“妇人,从人者也;幼从父兄,既嫁从夫,夫死从子”的“三从”观念。在婚姻关系中,妻子的地位完全被忽略,成为一个家庭内丈夫的随附符号,没有自身的实体价值,从根本上说是古代礼教的最大牺牲品。

再次,“父为子纲”是调整家庭内部父亲与子女关系的纲常礼仪之规。强调父亲的绝对权威,注重长幼有序,提倡孝亲。在这种宗法等级制度下,家是社会最基本的生产和生活单位,统治者十分重视家族内部关系,力在维护家长族长的支配地位与世袭特权的伦理原则,并将其视为国家政治和法律制度的基本出发点。《唐律疏议》中的“十恶”重罪,就包含了“恶逆”、“不孝”、“内乱”、“不睦”,体现了“父为子纲”已经由伦理纲常转化为法律形式加以巩固,表明法律对家长权的保护和确认。“十恶”从《齐律》发端一直延续到明清,其中伦理的等级制度已逐渐内化为法律的精髓。“在中国,自然经济、宗法结构和专制政体延续了几千年,形成了浓厚的等级特权观念,它支配着人们的思想和心理活动,也渗透到古代法律的各个领域。历代统治者都将人们分成许多等级,并为每个等级规定了不同的法律地位,赋予不同的权利和义务。”<sup>②</sup>

此外,中国古代的封爵制度、官职制度、礼仪服制等,无不体现了社会各阶层的森严等级。战国时期,各诸侯国的政权为了加强统治,相继制定了法律条文,以对宗法的各种爵秩等级加以确认和维护。如

① 杨鹤皋、范忠信、李雪梅:《中国古代法律思想论集》,中国政法大学出版社2003年版,第131页。

② 王汉卿:《中国传统文化和现代法制建设》,载《法学评论》1994年第1期,第82页。

秦国商鞅变法令即“明尊卑爵秩等级,各以差次。名田宅、臣妾、衣服以家次”。<sup>⑬</sup>在这种等级制度下,法律的制定和执行也深受影响,留下了深刻的等级秩序的烙印。各诸侯国法律还按等级规定了各种刑罚。如《秦律》即对刑徒、奴隶的惩罚最重,对一般庶民也较重,对吏和有爵位的官就轻得多。官爵高的还可以减刑,更可得到赎罪的优待。

在专制等级社会里,法律保证不同等级的人们有不同的社会地位和生活方式,以至于在刑罚方面也加以显现。等级制度赋予不同的等级以不同的法律特权。等级地位越高,法律特权就越大。专制法律就是等级的法律;在法律上的等级特权,本质上就是阶级特权、阶层特权。帝王因处于宗法等级制度的最高端,所谓“天地君亲师”集于一身,故而可享有超越一切法律的特权,并且又是一切等级特权的保护者。皇亲、国戚、贵族、官僚则有通过议、请、减、赎、官当等形式,获得不受普通司法机构和一般法律程序约束并最后逃避法律制裁的特权。与此同时,对于一般百姓,刑罚则明显加重,有时还实行非常残酷的按照与犯罪人血缘关系远近的所谓“族诛连坐”的刑罚,于是严刑峻罚成为专制时代的历史必然。

### (三) 国家本位的防民驭民政策使然

中国古代典型的宗法社会和等级制度严重影响着国家的建构,最独特的表现就是家国同构现象。在宗法等级制度下,家是社会最基本的生产和生活单位,统治者十分重视家族的内部关系,意在维护家长族长的支配地位与世袭特权的伦理原则,并将其视为国家政治和法律制度的基本出发点。家族内部家长的意志独大,就会导致家法威严的后果。国是家的放大,君臣关系就是父子关系的延伸,中国古代家国同构现象异常明显。君主是黎民百姓的最高家长,君主对他的臣民可以像父亲对儿子一样,拥有绝对的权威和支配地位。因此表现在司法上,就可以随意定罪、擅自量刑。

在中国传统法律文化中,家国本位主义的色彩极为浓厚,这是传统社会国家权力观念发达的产物,以保持社会国家稳定为目标,用法律来防民驭民。由此使得刑法也以国家利益和社会秩序的稳定为最

<sup>⑬</sup> 《商君书》。