

中*西*法*律*传*统

(第七卷)

中南财经政法大学法律文化研究院 编
ZHONGXI FALÜ CHUANTONG



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

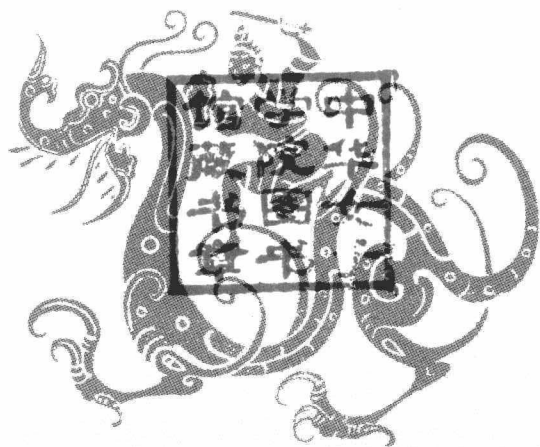


中·西·法·律·传·统



(第七卷)

中南财经政法大学法律文化研究院 编
ZHONGXI FALÜ CHUANTONG



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目 (CIP) 数据

中西法律传统. 第7卷/范忠信, 陈景良主编. —北京: 北京大学出版社, 2009. 10

ISBN 978 - 7 - 301 - 15955 - 2

I. 中… II. ①范… ②陈… III. 法律 - 思想史 - 对比研究 - 中国、西方国家 IV. D909.2 D909.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 179171 号

书 名: 中西法律传统 (第七卷)

著作责任者: 范忠信 陈景良 主编

责任编辑: 薛 颖 李 锋

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 15955 - 2/D · 2432

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.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

890 毫米 × 1240 毫米 A5 21.625 印张 523 千字

2009 年 10 月第 1 版 2009 年 10 月第 1 次印刷

定 价: 39.00 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 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

本书承

中南财经政法大学法律硕士教学中心

资助出版

目 录

	中国法律传统
1	从终极的肉刑到生命刑 ——汉至唐死刑考 /[日] 富谷至 著 周东平 译
49	中国传统法文化中的情理法辨析 ——以敦煌吐鲁番唐代法制文献为例/王斐弘
91	从公罪私罪区分看明代官场政治/柏 桦 葛 荃
101	“民从私约”与民事纠纷解决 ——对明代徽州 38 件契约文书的 分析/韩秀桃 金大宝
136	明清地缘社会解纷机制问题研究现状/陈会林

- 167 清代巴县的乡保、客长与“第三领域”
——基于巴县档案史料的考察/陈亚平
- 204 天道观的兴起与商周法律思想的转变/朱 腾
- 219 “慎刑恤杀”传统与古今死刑复核
制度/邱远猷 王 茜
- 267 情证折狱与古代中国的诉讼理想/蒋铁初
- 298 中国传统司法的公开模式及其对当代中国
的借鉴意义
——以宋代以来州县司法为中心的
考察/黄晓平
- 326 传统中国商业法制的一段秘史
——制度变迁视角下的牙人牙行制度/黄东海
- 344 中国传统人格意识与法治精神的冲突
——立足于与西方法治宗教之维
的比较/乔 飞
- 368 传统中国公文法律制度初论/王祖志
西方法律传统
- 401 中世纪英国法院制度的演变/程汉大
- 449 试论福蒂斯丘的法律思想/陈敬刚
- 476 家庭的历史变迁与法律变革
/[意] F. D. 布斯奈尼 著 杨 姗 译

近代法制变革

- 497 近代中国法律的半封建性和法制改革的保守性/欧阳湘
- 530 中华民国宪法之父与民国宪政之梦的幻灭/何 鹏
- 542 南京政府前期中央银行法律制度发展论
(1927—1936)
——以政府主导下的制度生成过程
为视角/李永伟
- 564 马锡五审判方式的再思考/余钊飞

史料研究

- 581 唐开元二十五年《律》为日本《养老律》
蓝本之新证
——以敦煌吐鲁番发现的唐律、
律疏残卷为中心/郑显文
- 609 元代法律碑刻要目及简释/李雪梅

读书与评论

- 630 名从主人：几种海外中国法学研究译著中
的人名汉译指瑕/罗 鑫
- 645 新视野下的传统中华法制文明
——读范忠信、陈景良《中国法制史》
/王 沛

学术信息

- 651 “第一届法律文化全国博士论坛”
（武汉）综述/汪雄涛
- 665 “第二届法律文化全国博士论坛”
（北京）综述/袁 辉 冯 勇 陈庆花
- 669 “圣安娜”留学散记/杨 珊

Contents

Chinese Legal Tradition

- Tomitani Itaru (Translated by Zhou Dongping): From the
Extreme Corporal Punishment to the Punishment Depriving
Life: A Textual Research on the Death Penalty from the
Han to the Tang Dynasties (1)
- Wang Feihong: Distinction Between *Qing*, *Li*, and Law in
Traditional Chinese Legal Culture from the Perspective
of the Dunhuang and Turfan Legal Documents in the
Tang Dynasty (49)
- Bai Hua & Ge Quan: The Bureaucracy Politics in the Ming
Dynasty from the Perspective of Distinction between the
Public and the Private Crimes (91)
- Han Xiutao & Jin Dabao: "Folks Are Bound by Private
Contract (*Ming Cong Siyue*)" and the Civil Dispute Resolution:
An Analysis of 38 Pieces of Contractual Documents in
Huizhou during the Qing Dynasty (101)
- Chen Huilin: The Status Quo of Researches on Dispute
Resolution Systems of the Ming and Qing Geo-society ... (136)

- Chen Yaping: *Xiangbao*, *Kezhang*, and “the Third Realm”
in the Qing Baxian: A Study Based on Ba Xian
Archives (167)
- Zhu Teng: The Rise of the Way of Heaven and the Transition
of the Legal Thought from Shang to Chou Dynasties (204)
- Qiu Yuanyou & Wang Qian: The Tradition of “Criminal
Punishment and Death Penalty With Prudence”
(*shenxing Xusha*) and the Past and Present Death
Penalty Review Systems (219)
- Jiang Tiechu: Judgements Based on Both the Circumstance and
Evidence (*Qingzheng zheyu*) and the Ideal of Litigation
in the Imperial China (267)
- Huang Xiaoping: The Mode of Traditional Chinese Open Justice
and Its Enlightenment to Modern China: An Exploration
Centered on Trials in the Magistrate’s Court during the
Song Dynasty (298)
- Huang Donghai: A Secret History of the Commercial Legal System
in Traditional China: the Institution of Broker and
Brokerage-house (*Yaren Yahang*) under the Perspective
of Institution Transformation (326)
- Qiao Fei: Conflicts between the Traditional Chinese Personal
Conscience and the Western Spirit of Rule of Law:
Based on Comparison with the Religious Dimension of Rule
of Law in the West (344)
- Wang Zuzhi: A Preliminary Study of the Legal System of Official
Documents in Traditional China (368)

Western Legal Tradition

- Cheng Handa: The Transformation of Courts System in England
during the Middle Age (401)
- Chen Jinggang: A Preliminary Study of John Fortescue's
Thoughts of Law (449)
- F. D. Busnelli (translated by Yang Shan): The Historical
Transformation of Family and the Reform of Law (476)

Legal Transformation in Modern China

- Ouyang Xiang: On the Semi Feudality of Modern Chinese Law
and the Conservative Nature of Legal Reform (497)
- He Peng: The Father of the Republican Constitution and the
Shattered Dream of Establishing Constitutionalism in the
Republic of China (530)
- Li Yongwei: On the Development of the Legal System of Central
Bank during the Early Period of Nanjing National Government,
1927—1936: From the Viewpoint of How an Institution
Was Evolved under the Leading of the Government (542)
- Yu Zhaofei: Reconsideration of the Ma Xiwu's Trial Mode ... (564)

Researches on Historical Materials

- Zheng Xianwen: New Evidence That Demonstrates the “*Lv*”
Formulated in the 25th Year of Kaiyuan Period, Tang
Dynasty Was the Prototype of Japanese “*Yanglaolv*”:
An Exploration Centered on Fragmentary Documents of
Tang Code (*Tanglv*) and the Interpretations of Its Articles
(*Lvshu*) Discovered in the Dunhuang and Turfan (581)

- Li Xuemei: A Compendious Catalogue of Legal Inscriptions during
the Yuan Dynasty and the Brief Commentaries on Them
..... (609)

Reading & Comments

- Luo Xin: To Use People's Names Adopted by Themselves:
Criticisms towards Incorrect Translations of Names in
Some Chinese Translated Works of Chinese Legal Studies
by Foreign Scholars (630)
- Wang Pei: Traditional Chinese Legal Culture in A New Horizon:
A Comment on *The History of Chinese Legal System* Edited
by Fan Zhongxin & Chen Jingliang (645)

Academic Information

- Wang Xiongtao: Summary on the First National Doctoral Forum
of Legal Culture (Wuhan) (651)
- Yuan Hui, Feng Yong, and Chen Qinghua: Summary on the
Secnd National Doctoral Forum of Legal Culture (Beijing)
..... (665)
- Yang Shan: Essay on My Experience of Studying Abroad in
Sant' Anna (669)

中国法律传统

从终极的肉刑到生命刑

——汉至唐死刑考

〔日〕富谷至* 著 周东平** 译

序言

前近代中国的死刑，也许经常给专业以外的人以残虐、苛酷、猎奇、非人道的印象。像炮烙、剥皮、醢、菹、刳剔、镬烹等刑罚，确有想象的成分。

炮烙之刑究竟是史实吗？剖心而观之的行为果真存在吗？毋宁说，这些是为了特意突出暴君而创作的，今且暂置不论。^{〔1〕}只是，在排除了私刑、皇帝的特别处刑等情形之外，仅以律所规

* 作者系日本京都大学人文科学研究所教授，文学博士。

** 译者系厦门大学法学院教授。本文译自〔日〕富谷至主编：《东亚的死刑》，“第一章 从终极的肉刑到生命刑——汉—唐死刑考”，日本京都大学学术出版会2008年版。

〔1〕 这儿所说的死刑的种类，请参考沈家本：《历代刑法考·刑法分考》。另外，此处的醢等刑罚，还列举了近世的宋元时期所执行的事例。

定的刑罚（法定正刑）来看，中国的刑罚自统一国家秦朝之后，直至最后的中华帝国清朝为止，都极为单纯且缺乏想象中的残酷性。

唐律的《名例律》中，明确记载有两种死刑：绞与斩。绞是绞杀（缢杀），斩是斩杀，原本均在中公开执行。其规定见于《唐令·狱官令》：

诸决大辟罪，皆于市，五品以上，犯非恶逆以上，听自尽于家，七品以上及皇族若妇人，犯非斩，皆绞于隐处。

绞与斩这两等死刑为后来的宋、明所承袭。尽管宋代的凌迟、明代对官吏的杖杀是众所周知的，但以《名例律》为首的律条所列举的作为法定正刑的死刑，直至清朝为止仍然是绞、斩两等。^{〔2〕} 只是，两等的死刑从秦汉律开始没有变化，但并不一直是绞、斩而已。

这个结论在下文将有详细的考证，此处仅提示秦汉的法定正刑是腰斩和弃市两种。所谓的弃市，就是斩首，亦即切断首级的刑罚。总之，从秦汉时期直至20世纪初期的清朝，中国法定正刑的死刑仅有腰斩、斩（首）、绞（首）三种，从种类来说没有多样性，从执行方法来说较简单，从残酷性来说，比起世界上的其他地区较为淡薄。

只是，如果说古代中国或帝制时期的中国是个与残酷无缘的社会，中国史从极早的阶段便已脱离了残酷性，我是不能同意

〔2〕《清国行政法》第三章“诉讼程序”第三节第一款“刑罚的总类”中的“正刑”规定：“正刑乃律所规定的刑罚，有笞、杖、徒、流、死五种。”其中的死刑只列举绞、斩两种。

的。但作为法定正刑的死刑，为何没有通常所认为的残酷性，其原因何在？对此疑问，本文力图通过对秦汉至唐代为止的死刑历史的考察，给予若干解答。

一、汉代的死刑——死刑执行状况

（一）秦汉时期的刑罚

秦汉时代死刑的法定正刑有枭首、腰斩、弃市。

《九朝律考》、《历代刑法考》列举汉代死刑的名称、种类如下：

枭首、腰斩、弃市——《九朝律考》；

腰斩、弃市、枭首、磔——《历代刑法考》；

腰斩和弃市以及枭首、磔等，是被执行的死刑及其种类。所谓腰斩，从字面上看就是拦腰切断的刑罚；所谓弃市，不外乎公开执行死刑于市之意。《礼记·王制》所谓“刑人于市，与众共弃”，亦有相同的表达。不过，《礼记·王制》完成于汉初，更有人确指为文帝时期^[3]，而“弃市”的刑名在秦律中已有^[4]，因此《礼记·王制》这句话应是依照已经执行的弃市刑来解说的。

[3] 《经典释文》在《礼记·王制》中有“卢云：汉文帝令博士诸生作此篇”的注释。还可参见武内义雄：《〈礼记〉研究》，载《武内义雄全集》第三卷，角川书店1979年版。

[4] 睡虎地秦律所见的弃市的条文如下：“士五甲毋子，其弟子以为后，与同居，而擅杀之，当弃市。”（《法律答问》七一）“同母异父相与奸，可（何）论？弃市。”（《法律答问》一七二）

笔者以为，从这两条归纳出弃市刑所适用的犯罪是不合适的。因为《法律答问》选取的是定罪量刑时遇到问题的案件，而怎样的犯罪必须适用弃市刑，并不能从一般案例中推导出来。

弃市刑是在市公开执行，此点当无异议，但其执行方法历来认为是切断首级。如沈家本在《历代刑法考·刑法分考》“弃市”的按语中指出：“汉之弃市乃斩首之刑”。可见汉代弃市的执行方法是砍头即斩首的看法具有普遍性。但最近学界提出异论，认为弃市是绞杀，汉代绞刑已经作为法定正刑存在了。^{〔5〕}果若如此，则中国古代至近代的死刑似乎一贯都是绞、斩刑。对此，鄙意无法赞同^{〔6〕}，以为：包括秦朝在内的中国古代死刑之一的弃市，主要是斩首，弃市刑的执行方法在某个时期才变为绞首。变为绞刑的问题详见后述，此处首先考证汉代的弃市刑。

（二）绞刑与弃市

《史记》、《汉书》乃至出土文字资料中，“绞”字是在怎样的意义上使用，此处试做探索。

首先，绞有纠、纠索、纽之意。居延汉简等记载的数目甚多的“绞”，均作为索的意义来使用。^{〔7〕}

……十二条毋组 ● 十一空毋韦绞 ● 毋纤毋四系葉 14. 23
令日入绞廿五丈 146. 92

〔5〕 张建国著：“秦汉弃市非斩刑辨”，载氏著：《帝制时代的中国法》，法律出版社1999年版；水间大辅：“从张家山汉简〈二年律令〉看秦汉刑罚研究的动向”，载《中国史学》第14号，2004年出版。

〔6〕 与张建国、水间大辅氏的观点相反，我认为“汉的弃市=绞首”不能成立。详见富谷至：“生命的剥夺与尸体的处理”，载富谷至编：《江陵张家山二四七号墓出土汉律令研究》，朋友书店2006年版。还有，本文第一节的论述与该文重叠之处甚多。此乃为论述的逻辑性计而不得已的技术性处理，望读者见谅。

〔7〕 绞有靴子的鞋垫的意义。林已奈夫：《汉代的文物》，京都大学人文科学研究所1976年版，第38页。居延汉简中的绞也具有这一意义的可能性。只是，无论如何无法确认其为刑罚名。

《说文解字》第十篇：“绞，缢也”，将绞解释为缢死之意。因其用绳索交叉系住头部，故由“糸”与“交”的偏旁构成绞，意为绑住首级吧。

如果是交叉绳索的话，所谓绞就是绞紧首级至死，是 strangle，而不是悬吊首级的 hang。吊死、吊杀称之为“经”，《论语·问宪》所谓“自经于沟渎而莫知之”，《荀子·强国》所谓“救经而引其足”等，其处的“经”明系吊死。在睡虎地秦简《封诊式》中，有题为“经死”的爱书，是关于勘验悬吊首级而自杀的尸体的文书。

由此可见，“缢死”、“绞杀”是 strangle，“经”则是 hang。但不久，两者的区别逐渐泯灭，趋同于“绞首而死”之意。上引《论语·问宪》条所附南梁·皇侃疏云：“自经，自缢也”的注解，还有《荀子·强国》唐·杨倞注也有“经，缢也”的解释，说明了与其相关的变迁。

经、绞、缢，确实意义接近起来了。但它们在汉代的史料中，尚未有作为刑罚的执行或标记为刑罚名称之例，全部限于他杀或者自杀意义上的杀害。兹以“绞”为例，列举相关记载如下：

绞杀侍婢四十余人（《史记·建元以来侯者年表》）；

缢而杀之（《史记·吴太伯世家·楚世家》）；

绞杀从婢三人（《汉书·景十三王传》）；

绞杀胸膈（《汉书·宣元六王传》）；

自绞死（《汉书·陈万年传·赵广汉传·王莽传》）；

“以绶自绞死”（《汉书·武五子广川王传·广陵厉王传》）。