



中国古代死刑制度史

A Study of the Death Penalty System
in Ancient China

胡兴东 著



 法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国古代死刑制度史

A Study of the Death Penalty System
in Ancient China

胡兴东 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国古代死刑制度史/胡兴东著. —北京:法律出版社,
2008.9

ISBN 978-7-5036-8783-9

I. 中… II. 胡… III. 死刑—司法制度—法制史—研究—
中国—古代 IV. D924.122

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第139861号

© 法律出版社·中国

中国古代死刑制度史

胡兴东 著

责任编辑 高山
装帧设计 李 瞻

开本 A5

版本 2008年9月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 18.125 字数 452千

印次 2008年9月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8783-9

定价:42.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序：反思中国古代死刑文化的 表达与实践

胡兴东先生即将付梓出版的著作《中国古代死刑制度史》，对中国古代的死刑制度作了全面而细致的考察，揭示了死刑制度在中国文化发展历史长河中的起源、发展及其演变规律。在时间维度上，该书研究了从三皇五帝开始直到清朝末年上下五千年间的死刑制度；在空间维度上，该书考察了中国境内中央政权管辖下和非中央政权管辖下的领域存在过的死刑制度；在研究对象上，该书不仅详细梳理了法律中的死刑制度，而且重点研究了死刑制度的实践和影响死刑制度变迁的文化因素；在研究路径上，该书除了坚持历史主义的研究态度外，还秉承历史人类学的治学理念，将死刑制度作为人类的历史经验进行实证的、知识考古型的研究。具有上述特点的史学著作必须以翔实的史料为基础，所以，胡兴东先生写作此书的艰辛是可以想见的。

承蒙胡兴东先生的好意,我得以先睹此书并为之作序。实际上,以下文字与其说是“序”,不如说是我的读书笔记。

死刑作为一种刑罚制度已经在人类社会中存在了数千年。自20世纪中期以来,一些国家废除了死刑或实际上停止了死刑的执行,但是,当今世界上的大部分国家仍然保留着死刑制度。死刑是一种剥夺人的生命权的刑罚,在现代刑法理论中,对死刑的合法性和必要性一直存在着激烈的争论,论者多从人权保护和社会秩序的角度来论证死刑的废止与保留。建立在现代价值理念上的死刑存废观点,虽然只是揭示了死刑制度在现代社会的利与弊,但足以令人感到对社会有重大影响的死刑问题不容小视。然而,对死刑这样一种具有悠久历史的刑罚制度,仅仅考察它的现状远远不足以认识其存在的合理性。所以,在死刑制度的研究中,从历史的视角进入,将死刑制度作为一种文化现象予以考察,追究死刑的起源、发展及其演变,是认识死刑制度的一条必要的路径。

死刑是一种古老的刑种。在人类最早的文字记载中,死刑就普遍存在于人类社会中。一般认为,国家产生以前,人类社会在其发展过程中经历了氏族社会、部落社会和部落联盟社会几个历史阶段,逐渐从政治、经济上的简单社会步入复杂社会。在简单社会中,“以命偿命”、“以牙还牙”的同态复仇是主要的惩罚方法,它简单而直观地宣示着一种普遍的正义——等价复仇,以此来建立人类社会的必要秩序。在国家产生之后的复杂社会中,前国家社会的部分规范被认可为国家的法律,由同态复仇演变而来的法律原则“杀人者死,伤人者刑”,成为中国古代国家制定法律所遵循的基本理念。由此可见,死刑是一种在前国家社会中就已经存在的刑种,古代的国家继承了死刑刑种,并建立了以生命刑为中心的刑罚制度。

中国古代社会中的死刑不但是大多数罪的适用刑种,而且死刑的执行方式也是花样繁多。据胡兴东先生统计,汉朝汉武帝时死刑罪名多达1882个,而清朝末年时死刑罪名也有840个。历史上出现过的死刑执行

方式有数十种之多,手段残酷至极,几乎穷尽了古人的智慧。死刑的残酷性是世界古代史中普遍存在的现象。法国著名思想家福柯对法国17~18世纪刑罚制度的残酷性作过这样的描述:死刑“不仅剥夺了人的生存权,而且它也是经过计算的痛苦等级的顶点,它包括从斩首(这是将全部痛苦简化为在一瞬间完成的一个行为——这是零度的酷刑),绞刑、火刑和轮刑(这些都延长了痛苦),到肢解活人(这种方法使人的痛苦达到极点)”^①。增加的死刑罪名和残酷的死刑执行方式,使死刑不仅成为制造痛苦的技术的酷刑,也成为制造国家恐怖的工具,统治者试图以血腥的恐怖统治来镇压和威慑社会上存在的反抗统治关系的斗争。尽管“死刑在文明过程的某一些阶段中对社会是必需的”^②,但是,历史也证明,过于残酷的刑罚只是维护统治关系的权宜之计,在社会动荡,民不聊生的时代,普遍而残酷的死刑只会加剧统治者与被统治者之间的矛盾,坚定被统治者不畏死亡的反抗斗志,导致统治者的覆灭。近代以来,随着资产阶级革命的胜利和对人权的觉醒,世界范围内的刑罚改革蓬勃发展,死刑的罪名或者被废止,或者被限制,死刑的执行方法也趋于人道,减轻受刑人的痛苦成为死刑执行的目的之一。所以,死刑的演变和改革是人类进步的一个标志性的社会现象。

死刑制度不仅是法律制度的一个重要组成部分,同时也是社会文化表现于制度层面上的一种文化现象。死刑的性质、罪名、种类、审判、执行方式、价值取向都与死刑制度存在当时的文化相关,并受制于或决定于当时的文化。从文化的视角观察中国古代死刑制度,会发现浸润在中国文化中的死刑制度带有显著的中国伦理文化特点,这些制约或决定中国古代死刑制度的伦理文化特点构成了中国古代的死刑文化。概括来说,中国古代死刑文化的内容主要有:“天人合一”的罪责观,“因果报

① [法]米歇尔·福柯:《规训与惩罚》,三联书店1999年版,第37页。

② [英]梅因:《古代法》,商务印书馆1959年版,第219页。

应”的刑罚观，“皇权至上”的价值观，“顺时而杀”的行刑观，“与众弃之”的威慑观，“赦宥相济”的少杀观等。死刑文化观念贯彻于历代刑法之中，并深刻地影响着死刑定罪与执行的实践活动。值得注意的是，这些观念是官方奉行的理想化的死刑制度，它虽然也针对罪当处死的犯罪人，但主要是约束统治者和掌握生杀大权的各级官吏。例如，在关于报应观的论述中，胡兴东先生指出：“中国古代死刑及其他司法运作中的报应观具体体现在宏观与微观两个层次上：宏观层次上每个王朝死刑及其他司法运作的好坏会对这个王朝的政运产生影响；微观层次上官员在处理这些司法问题时是否清正将对他的家庭与他本人的仕途和寿命长短产生影响。”

胡兴东先生在考察中国古代的死刑制度中，发现法律中的死刑制度和实践中的死刑运作并不一致。这恰恰类似黄宗智先生提出的“法律的表达与实践”之间的背离与统一问题。黄宗智先生在研究清代民法领域时强调其关注的法律表达主要是指对事实的描述、事实的理想化以及描述与理想的深层构成逻辑，并试图从法律实践的角度来重新阅读成文法的条文。^① 如果将死刑制度作为一种表达看待，历代刑法中规定的死刑罪名、死刑种类以及死刑的执行方法与司法实践中的死刑罪名、死刑种类以及死刑的执行方法虽然有一致性，但却存在着较大的差距。所以，胡兴东先生在本书的分论中，除了对死刑适用程序、死刑罪名作出论述之外，还对每个历史断代中的死刑运作制度进行专门论证，从而辨明了成文法中的死刑制度与实践中的死刑运作之间的异同，并通过史料的分析与统计，证明了中国古代刑法中的死刑罪名，在审判实践中只有一部分是被实际裁判的罪名，而被判处死刑的罪犯也有一部分被真正执行死刑。由此可以看出，成文法上的死刑制度虽然在表达上力求完备和理

^① 参见黄宗智：《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》，上海书店出版社2001年版，“中文版序”和第15页。

想化,但实践中的死刑运作制度则更注重死刑的效果和死刑数量的控制。

综上所述,胡兴东先生的这部著作作为我们提供了十分丰富的中国古代死刑制度的知识,并使我们能够通过死刑——一种特殊的刑罚制度来认识中国的文化史和法律史。相信这部著作的出版将会对中国法律史的研究起到积极的推动作用,也希望胡兴东先生在法律史的研究中继续以“坐冷板凳”为荣,为读者奉献更多的精品著作。

张晓辉

2007年11月20日于昆明寓所

自序

本书的写作源于一个偶然的的机会,两年前因为参与相关课题,发现学界对中国古代死刑制度问题还没有一个全面的、综合的考述论著,于是下决心对中国古代死刑制度问题进行一个全面的考察和研究。开始之时认为该问题可能用二十万字左右就能够论述清楚,但随着研究的深入,却多出了一倍。虽然字数已经不少,但对我来说却是越来越感到不满意:要看的书太多,相关的问题太复杂,总有很多地方没有深入的讨论。所以此书仅是自己研究中相对成熟的成果,在精力和时间的限制下,无法把它做得让自己认为“完美”。

本书的写作上,虽然并不想有意赶上国内近年来死刑存废问题的争议之车,但不可避免地受到了此方面的驱动和影响。从内心上我无意对现在死刑制度存废之争做出什么样的评判,或者说支持谁、反对谁。本书的研究仅作为一种知识考古,一种死刑制度在中国古代经验历史的描述。因为我

认为死刑的存废问题从某种意义上来说不是学术问题,它具有更多的政治考量和时代利益的表达。死刑这种刑罚自产生之日起就在伦理上备受争议,它是人类社会基本伦理命题中不能自洽的命题之一。这种争议其实是由人类社会在制度设制中存在相反价值追求所造成。此外,这一制度后面还存在着社会利益群体的强势表达。从某种意义上看,死刑的存废不是一个纯粹的法学问题,也不是一个纯粹的经验总结的问题,而是一个社会中利益表达机制的问题。所以人道主义者反对死刑的力量往往是弱小的,因为只要人类社会存在群体之间的利益之争,死刑就会以社会秩序获得下的威慑主义和人们感性经验下的报复主义作为基础,提出它存在的有力论证。

从中国古代死刑制度的历史看,死刑制度存在及应用是否达到了相应的效果是值得怀疑的,因为在民不聊生的时代,死刑的效果就不存在。从某种角度看,死刑的正义性和威慑目的的获得反而是要以社会中芸芸众生能够在自己时代的价值下,自我评价时感到“体面活着”作为前提。对此,正如老子指出的“民之轻死也,以其求生之厚也,是以轻死”。^① 所以在特定时期,死刑仅是一种统治集团用以挣扎的臆造绳子。

也许只有到了那一天,人类能够在生命的价值和意义上获得全体共识时,死刑存废才会在人类“恶”与“善”的两面中获得一致,这一问题也得以完全的解决。

胡兴东

2007年7月31日

^① 《马王堆汉墓帛书(老子)乙本》,文物出版社1976年版,第46~47页。

目 录

导论 / 1

第一编 中国古代死刑制度总论 / 13

第一章 中国古代死刑适用原则 / 15

一、慎用原则 / 15

二、以礼为量刑原则 / 18

三、有限法定原则 / 20

四、最早针对侵犯集体利益行为原则 / 23

五、化死入生原则 / 25

第二章 中国古代死刑制度的文化语境 / 27

一、天人合一观 / 28

二、报应观 / 30

三、“无讼”下的盛世观和仁政观 / 34

- 四、与众弃之观 / 35
- 五、陈尸示众观 / 37
- 六、顺时而杀观 / 38
- 七、福祸下的赦宥观 / 41

第三章 中国古代死刑分类制度 / 50

- 一、中国古代死刑分类的变迁 / 51
 - (一) 决不待时与待时而决 / 51
 - (二) 殊死与非殊死 / 53
 - (三) 真犯死罪与杂犯死罪 / 57
 - (四) 立决与监候 / 65
- 二、对中国古代死刑分类制度的评价 / 67

第四章 中国古代死刑制度中的替代刑 / 70

- 一、先秦时期 / 70
- 二、秦汉时期 / 72
- 三、三国两晋南北朝时期 / 76
- 四、隋唐时期 / 78
- 五、宋、辽、金、西夏诸朝 / 82
- 六、元明清时期 / 88

第五章 中国古代死刑制度中的行刑种类 / 96

- 一、中国古代死刑行刑种类的变迁 / 98
 - (一) 起源与新增时期：黄帝至商朝 / 98
 - (二) 繁多与残酷时期：西周至汉朝 / 100
 - (三) 减少与适中时期：三国至唐朝 / 107

(四) 继承与反动时期: 宋至清前期 / 110

(五) 人道主义时期: 清末 / 113

二、对中国古代死刑行刑种类的评价 / 114

第二编 中国古代死刑制度分论 / 115

第六章 先秦时期的死刑制度 / 117

第一节 先秦时期死刑适用程序 / 118

第二节 先秦时期死刑罪名 / 122

一、立法中死刑罪名的变化 / 123

二、先秦时期诸朝死刑罪名 / 124

(一) 黄帝、尧、舜、禹时期 / 124

(二) 夏朝 / 125

(三) 商朝 / 126

(四) 周朝 / 127

第三节 先秦时期死刑运作机制 / 138

一、量刑原则的出现和完善 / 138

二、特定死刑犯的量刑 / 141

三、特定死罪中的赎刑 / 143

四、特定罪名中的量刑 / 144

五、缘坐在死刑中的适用 / 147

第七章 秦汉时期的死刑制度 / 152

第一节 秦汉时期死刑适用程序 / 153

一、死刑适用程序的总体设置 / 153

二、各级司法机关的职权 / 155

(一) 县级 / 155

- (二) 郡级 / 156
- (三) 中央司法机关 / 158
- 三、其他相关司法机关 / 161
- 第二节 秦汉时期死刑罪名 / 161**
 - 一、立法中死刑罪名的变化 / 162
 - 二、秦汉时期死刑罪名 / 168
 - (一) 秦朝 / 168
 - (二) 汉朝 / 170
- 第三节 秦汉时期死刑运作机制 / 193**
 - 一、特定死刑犯的量刑 / 194
 - (一) 官员贵族 / 194
 - (二) 老人、妇女、儿童和精神病患者 / 194
 - 二、特定罪名中的量刑 / 197

第八章 三国两晋南北朝时期的死刑制度 / 201

- 第一节 三国两晋南北朝时期死刑适用程序 / 203**
 - 一、死刑决定权由地方掌握的表现 / 203
 - 二、死刑决定权上收运动 / 204
- 第二节 三国两晋南北朝时期死刑罪名 / 205**
 - 一、立法中死刑罪名的变化 / 206
 - 二、三国两晋南北朝时期死刑罪名 / 209
 - (一) 曹魏时期 / 209
 - (二) 西晋东晋时期 / 210
 - (三) 南方诸朝 / 212
 - (四) 北方诸朝 / 213
- 第三节 三国两晋南北朝时期死刑运作机制 / 216**
 - 一、死刑减等不分等原则的确立 / 217
 - 二、特殊死刑犯的量刑 / 218

- (一) 怨毒杀人减死 / 218
- (二) 八议入律 / 218
- (三) 存留养亲制度 / 219
- 三、特定罪名中的量刑 / 221

第九章 隋唐时期的死刑制度 / 225

第一节 隋唐时期死刑适用程序 / 225

- 一、死刑复核和核准的统一 / 226
- 二、各级司法机关的职能 / 227
 - (一) 县级 / 227
 - (二) 州级 / 228
 - (三) 中央司法机关 / 228

第二节 隋唐时期死刑罪名 / 230

- 一、立法中死刑罪名的变化 / 231
- 二、隋唐时期死刑罪名 / 235
 - (一) 隋朝 / 236
 - (二) 唐朝 / 236

第三节 隋唐时期死刑运作机制 / 256

- 一、特定死刑犯中的量刑 / 256
- 二、特定罪名中的量刑 / 261
- 三、死刑适用中加减原则的完善 / 265

第十章 五代宋辽金西夏时期的死刑制度 / 266

第一节 宋辽金西夏诸朝死刑适用程序 / 267

- 一、宋朝死刑适用程序 / 268
 - (一) 一般司法机关 / 269
 - (二) 提点刑狱司 / 272
 - (三) 几个特殊程序 / 274

二、辽朝死刑适用程序 / 278	
三、金朝死刑适用程序 / 278	
四、西夏死刑适用程序 / 279	
第二节 五代宋辽金西夏诸朝死刑罪名 / 280	
一、立法中死刑罪名的变化 / 281	
二、五代辽宋金西夏诸朝死刑罪名 / 284	
(一) 五代时期 / 284	
(二) 宋朝 / 288	
(三) 辽朝 / 291	
(四) 金朝 / 293	
(五) 西夏 / 294	
第三节 五代宋辽金西夏诸朝死刑运作机制 / 313	
一、五代时期死刑运作机制 / 314	
(一) “奸”、“盗”罪中的死刑适用 / 314	
(二) 缘坐从死制度的变化 / 316	
二、宋朝时期死刑运作机制 / 316	
(一) 特定死刑犯中的量刑 / 316	
(二) 特定罪名中的量刑 / 318	
(三) 特殊情节下的死刑适用 / 324	
三、辽朝时期死刑运作机制 / 325	
(一) 死刑适用中汉法的引入与扩大 / 325	
(二) 与“盗”罪有关的死刑适用 / 326	
四、金朝时期死刑运作机制 / 327	
五、西夏时期死刑运作机制 / 329	
第十一章 元明清时期死刑制度 / 332	
第一节 元明清时期死刑适用程序 / 333	
一、元朝死刑适用程序 / 333	

- (一) 司县 / 334
- (二) 路府州 / 335
- (三) 行省 / 337
- (四) 以刑部为中心的中央司法机关 / 338
- 二、明朝死刑适用程序 / 341
- 三、清朝前期死刑适用程序 / 345
 - (一) 一般司法机关及权限 / 345
 - (二) 特别司法机关及权限 / 347
 - (三) 不同死刑案件的复核制度 / 347
- 四、清末法律改革后的死刑适用程序 / 349
- 第二节 元明清时期死刑罪名 / 354**
 - 一、立法中死刑罪名的变化 / 354
 - (一) 元朝 / 354
 - (二) 明朝 / 355
 - (三) 清朝前期 / 363
 - (四) 清末法律改革时 / 366
 - 二、元明清时期死刑罪名 / 367
 - (一) 元朝 / 368
 - (二) 明朝 / 375
 - (三) 清朝前期 / 393
 - (四) 清末变法修律时 / 427
- 第三节 元明清时期死刑运作机制 / 432**
 - 一、特定死刑犯中的量刑 / 433
 - (一) 老幼中的死刑适用 / 433
 - (二) 存留养亲在死刑适用中的变化 / 433
 - (三) 特定群体中的死刑适用 / 435
 - 二、特定罪名中的量刑 / 438