

法律史评论

LEGAL HISTORY REVIEW Vol.13 2019 No.2

(2019年第2卷·总第13卷)



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

《中国学术期刊（光盘版）》全文收录

《万方数据－数字化期刊群》全文收录

《中文科技期刊数据库》全文收录

《超星期刊域出版系统》全文收录

法律史评论

LEGAL HISTORY REVIEW Vol.13 2019 No.2

(2019 年第 2 卷 · 总第 13 卷)

目 录

CONTENTS

1	专 论
3	中国历史中的杀人偿命观演绎及其现代启示 李 平
23	礼法文化中的“情实”问题及其巫术渊源 郑 智
46	礼法之治与泰始律令 邓长春
74	唐代华夷关系理想图景下的“天下法”解析 王炳军
86	清初的推官及其裁废 ——兼论地方行政格局的变革 项巧锋
105	司法改革为何会“运动”起来 唐华彭
113	书 评
115	寺田浩明著《中国法制史》 〔日〕高见泽磨 著 魏 敏 译
121	人 物
123	清季杨荫杭的法政活动与思想轨迹（1899～1911） 刘 璐

139	史 料
141	民国荣县商会档案（上） 周 聪 整理 陈佳文 校补
161	会议综述
179	《法律史评论》稿约

专 论

中国历史中的杀人偿命观演绎及其现代启示

李 平*

摘 要：被“常识”化的杀人偿命观实非中国文化原创，实与佛教强势东来相伴，根自佛理中性罪、业报观念，见诸文字不早于隋代，且经历了僧众杀生偿命说向杀人偿命观的转变。其后元代行“命价”，更从反面促成了其为国人固守。佛理东渐之前，尧舜之后官方便循罪刑相称原则，虽间有墨家杀人者死之议，然多有条件限制，既不绝对也非主流。自刘邦约法三章言“杀人者死”后此说方始广为接受，但终不曾与罪刑相称原则相抵牾。是可见中国传统死刑观屡经变化，颇有佛教、蒙古等异质文化印记，展现出中土文化的包容力与生命力。无论杀人偿命与否，均本自天理与人伦，且俱为罪刑相称原则所收束。故不可径以现代西方法理反对死刑而对抗杀人偿命，须寻求以天理、道理为基点重审死刑存废问题。

关键词：死刑 杀人偿命 杀人者死 罪刑相称 复仇

一 问题

说到死刑存废之争，当今中国法律界的专业人士们立场鲜明且针锋相对的论说可称得上层出不穷。众所周知，废除死刑的观点始见于贝卡里亚的《论犯罪与刑罚》，西欧国家最早认同并付诸立法实践。20 世纪中叶以后逐渐被视为“人权”保障程度的标志之一，进而甚至成为西方社会以其一贯的强势姿态力图使之“全球化”的主张。^① 这背后除了拿得上台面的“人权”“人道主义”等合理性依据之外，自然与推广所谓的西方式民主、自由一样别有一番“用心”。西方社会这类列强式意识形态输出和文化殖民的做法由来已久，明者自明，无须多论。然而近年来国内学界似乎也渐渐习染此风，显露出将废除死刑作为“政治正确”的趋势，并且试图以此来“匡飭”立法、司法乃至社会观念。^② 与此同时，中国民众中杀人偿命观念普遍存在，常被视为传统法文化的

* 李平，历史学博士，清华大学法学院助理教授，清华大学“仲英青年学者”。

① 西方社会死刑废除运动的进程概况，参见〔英〕胡德《死刑的全球考察》，刘仁文、周振杰译，中国人民公安大学出版社，2005，第1~29页；孙世彦《从联合国报告和决议看废除死刑的国际现状和趋势》，《环球法律评论》2015年第5期，第116~135页。

② 这类论著数量巨大，在此不一一征引。代表性的论述参见曲新久《推动废除死刑：刑法学者的责任》，《法学》2003年第4期，第44页。

子遗,以及废除死刑这一现代刑法发展趋势的绊脚石。主流学界多将杀人偿命等观念视为落后传统,不仅不深解其源流与“道理”,甚至以消除之为能事。

准此,当下深受西方学理甚至价值标准浸染的中国法学家们大多声称,固执于中国古代传统存留至今的“杀人偿命”等观念是国内民众不接受废除死刑的主因之一。^①这与废除死刑的“文明”要求相悖,也不合于现代社会发展潮流,甚至有碍社会“进步”。^②其预设无疑是中国古代法律文化“落后”,而西方法律文化“先进”,故二者之间但有矛盾分歧,便直以“西”是而“中”非,且把矛头指向传统法文化,以之为法制现代化的羁绊。是故,联系近年来一些引发强烈社会反响的杀人案件与审判,^③不难发现时常出现一组令人颇感尴尬的影响,概括起来可谓公众喊杀声一片,被害人家属愤恨,犯罪者侥幸,司法者无奈,立法者窘迫,法学家欣慰与纠结。^④

若是暂且搁置西方学界废除死刑之论本身的合理性问题,仅着眼于时下为国人所坚守的“杀人偿命”观念,除开泛泛地将之归于传统文化,关注到它与废除死刑主张的冲突之外,很少有人真正加意于深入理解它究竟是怎样的“传统”孕育出来的观念,又何以能在传统政治社会环境不复存在,民众观念今非昔比的当代中国依旧具有如此

① 中国人对废除死刑大体上持不支持态度者居多。这有多次问卷调查数据可以提供佐证。参见许佳《理性、平和的死刑观探微》,《人民检察》2014年第8期,第55~57页;胡云腾《死刑通论》,中国政法大学出版社,1995,第302页;赵秉志《中国逐步废止死刑论纲》,《法学》2005年第1期,第55页。2011年、2015年刑法修正案总共取消了22个死刑罪名,更被视为立法朝向废除死刑迈进的标志。参见高铭喧、苏惠渔、于志刚《从此踏上废止死刑的征途——〈刑法修正案(八)草案〉死刑问题三人谈》,《法学》2010年第9期,第3页;赵秉志《中国死刑立法改革新思考——以〈刑法修正案九〉(草案)为主要视角》,《吉林大学社会科学学报》2015年第1期,第5页。

② 当然相反的声音始终存在,但是无论数量、讨论的深度、影响力,较之支持废除死刑的论说都处于劣势,而且其中绝大部分是针对现实状况和个案作出的简短评述。例见王联合、徐留成《杀人偿命与保留死刑限制死刑理念探析》,《学术交流》2009年第3期,第71~74页;邓传芳、张训《论民众刑法情绪的倾向》,《江苏警官学院学报》2012年第3期,第5~12页;房丽《论中国死刑民意形成因素》,《学术交流》2014年第1期,第32~37页;许佳《理性、平和的死刑观探微》,《人民检察》2014年第8期,第55~57页;等等。

③ 例如最近对“2016年新东方校园奸杀案”作出的判决及其引发的社会反响。案件经过参见http://www.sohu.com/a/152611648_209102; http://www.sohu.com/a/153154378_177972;罪犯的态度参见<http://club.kdnet.net/disphbs.asp?id=12227205&boardid=1>;部分评论见<http://tieba.baidu.com/p/5189094945>。受害人母亲的态度尤为典型,据报道:“对于判决结果,李洁(受害者的母亲)说出‘尊重判决’的语气有点勉强。一方面,我国现行法律规定,未成年人犯罪不适用死刑,无期徒刑已经是最高的刑罚,即使她要求上诉,刑期上也没有加重的空间。但另一方面,她说:‘作为母亲,我当然希望让他死刑,自古以来杀人者偿命。’”参见http://m.sohu.com/a/152327851_160789/?_trans_=000115_3w_a&f=index_news_12。

④ 房丽在分析2013年北京男子摔女童案件时的一段叙述,将这种窘境表达得极为真切:“作为一名学法者,理智上我承认死刑具有种种不足,我国应逐步限制甚至最终废除死刑,但作为一名母亲,在现行的刑罚执行状态下,我认为此类恶性杀人案中死刑必不可少。”(房丽:《论中国死刑民意形成因素》,《学术交流》2014年第1期,第32页)深受中国传统文化影响的台湾社会在面对废除死刑主张时出现了与大陆非常类似的反响,不过台湾学界和官方似乎更具“西化”的自觉和行动力,因此也引发出更为严重的官民对抗情绪。最近的实例,参见陈晓星《女童案引发台湾死刑讨论》,《人民日报》(海外版)2016年4月9日,第3版。

高的认同度，这背后的“道理”究竟何在？^①这篇文章无意介入刑法学界已有的理论争论，也无意在现有死刑存废诸论之间择其一而从之，而是旨在基于对上述问题的历史考证和分析，为更深入地理解像“杀人偿命”这类至今对国人观念具有强大影响力的传统观念的内涵与源流提供助益，并期望从中寻求到可资今鉴的启示。

二 杀人偿命观的源与流

（一）“杀人偿命”的由来

反对废除死刑者经常以国人尚多坚守“杀人偿命”观念为理据；更学究气一些的论述会把国人之所以不认同废除死刑，连同“杀人偿命”观念归因于整个中国传统文化，特别是儒家文化。也许“杀人偿命”的表达太过于司空见惯，很少有人细细玩味这个表述，尤其是“偿命”。“命”何以能“偿”？背后的道理何在？由于杀人和偿命从结果上看颇似同态复仇，于是绝大多数论家均将其成立的原因与合理性基础归因于原始社会“以牙还牙、以眼还眼”式报复刑观念的孑遗。^②并且由于得到了大量人类学田野调查材料的佐证，似乎这种仅基于比附和臆断作出的解释已经成了不刊之论。但有三个很重要的问题被忽略了：其一，文献中可见的最早的刑罚制度和观念记载，大抵始自五帝末年的尧舜时代。此时无论主流观念还是制度设置并不以同态复仇为刑罚原则。自《禹刑》以后三代刑书传统相为因循损益，也从未将同态复仇当作原则。所以用同态复仇来解释缺乏史料印证，并不允当。^③其二，“偿”意味着有价，可计量，这与先秦人对“命”的理解格格不入。^④

① 尽管在讨论死刑问题时屡被谈及，但学界专门研究“杀人偿命”的论著少之又少。尚海明新近的论文中提出了一种非常具有开创性的解释，将杀人偿命与传统的生死观、祖灵观之间的联系巧妙地勾连在了一起。可惜由于观察视角太过着眼于民间观念，同时采取了类似社会史的视角，使得“杀人偿命”观念的生成演变并没有厘清，也没有关注到背后的义理支撑。说得更形象一些，这更像那些海外汉学家的研究，也就是与中国传统无关者用现代的研究视角与方法来审查和品评中国古代的史事、文籍，而非真正去理解中国文化。这或许也是整个现代中国学界普遍存在的“以西释中”倾向的反映之一。参见尚海明《善终、凶死与杀人偿命——中国人死刑观念的文化阐释》，《法学研究》2016年第4期，第61~78页。蒋冬梅的专著《“杀人者死”的中国法律传统研究》（上海人民出版社，2011）是她博士论文的修订本，围绕着与“杀人偿命”关系密切的“杀人者死”观念，对观念本身以及落实到司法实践中的影响进行了系统研究，可以说全面但不够深刻。为数不多的专论中，还有俞江《中国刑法史上的“杀人偿命”》一文，但其论述实际上并没有说清“杀人偿命”观念，而是重在讲述例外法律制度 and 案件，以此来衬托他支持废除死刑的立场。参见俞江《中国刑法史上的“杀人偿命”》，《文化纵横》2012年第4期，第38~40页。

② 例见阴建峰《故意杀人罪死刑司法控制论纲》，《政治与法律》2008年第11期，第13页。

③ 尧舜及夏代刑制，可参见《尚书·虞夏书》部分；三代概况参见沈家本《历代刑法考》，中华书局，1985，第5~9页。相关细节后文中还会谈及。

④ 先秦两汉思想观念中的“命”至少包含了天（帝）命/性命、生命/命运和使命三层意涵，且三者始终贯穿交融。人受命于天，立命于世而又承担“弘道”之使命。是故可功利化计量的“命”观念即便曾经存在，亦不可能成为主流。早期“命”观念，参见连劭名《卜辞所见商代宗教哲学中的“命”》，《古文字研究》2003年第5期，第65~69页。儒家论命，参见丁为祥《命与天命：儒家天人关系的双重视角》，《中国哲学史》2007年第4期，第11~21页；曹福林《“时命”与“时中”：孔子天命观的重要命题》，《清华大学学报》（哲学社会科学版）2008年第5期，第39~49页。

其三,杀死杀人者,拿他的命偿还给谁?是还给死者还是告慰生者?如果是后者,倒是在早期文献中颇有印证,符合复仇的逻辑。但是这样理解却不合于“偿”。如果是偿还给死者,就涉及死者为什么会需要得到他人的“命”来对偿。而遍观先秦对祖灵、人鬼的各种记载,均不见此类“需求”,所以也难以解释通达。^①

巧的是,类似“偿命”的表述也从来不曾出现于先秦两汉的文献中,这和他难以与早期思想观念兼容的情况正相呼应。最早谈及“偿命”的都是佛教经籍,而这个观念真正进入中土话语,且被普遍接受,大概是隋唐以后的事情。最早的记载见于隋天台智者大师(智顗)口述:

作法忏成违无作罪灭,而性罪不除。如犯杀生,作法忏成违无作罪去,而偿命犹在,即其义也。取相忏能灭性罪,性罪去违无作罪亦去。^②

据此可知,佛家杀生偿命背后的理据在于“性罪不灭”说,与大乘佛教因果不灭,“诸业亦不灭,以其不生故”的观点相呼应。简单地说,导致一定果报之身、口、意、行为“业”,有善业、恶业之分,杀生之恶业引发怨债,即杀生所结下的冤仇。故“佛教认为今生杀生,来生须偿命”。^③这个思路后来被详阐作:

无作罪者,昔受佛戒,由作法故,发无作体。若毁犯者,得违逆罪。今由作法,翻破此罪也。取相忏,能灭性罪。性罪若去,违无作罪亦去。如伐树,而枝叶萎,根本未去,续生如故。记云性罪者,十恶也。不论受与不受,犯之性自是罪也。《大论》云:斩草杀畜,二罪同忏。二种违制之罪俱除,而杀畜偿命犹存。由以定心,想成胜相。熏修力强,能转恶业。是故能灭性遮二罪也。^④

还有如唐代僧人智严译的《师子素驮娑王断肉经》更是直言:“夫食肉者。历劫之中生于鸟兽。食他血肉展转偿命。若生人间专杀嗜肉。死堕阿鼻无时暂息。”^⑤

不过就像上面几则引文中所见,佛家原本说的是“戒杀”,如《楞严经》说:“汝等当知。是食肉人,纵得心开似三摩地,皆大罗刹,报终必沉生死苦海,非佛弟子。如是之人,相杀相吞,相食未已,云何是人得出三界。”之后才说“杀生致报”。而且

① 尚海明专门论述了鬼对偿命的需求,但他并没有细分佛教传入前后的差异。参见尚海明《善终、凶死与杀人偿命——中国人死刑观念的文化阐释》,《法学研究》2016年第4期,第68~72页。

② 智者说,灌顶录:《金光明经文句》卷三,《大正新修大藏经》(后略为“大正藏”)第39册,新文丰出版公司,1983,第60页。

③ 项楚:《敦煌变文选注·上编·双恩记》,中华书局,2006,第1073页。

④ 钱庵校订《四教仪注汇补辅宏记》卷九之上,已续藏第57册,第924~925页。

⑤ 《大正藏》第3册,第393页。

佛教中的偿命观以“戒杀”理论为基础，乃是戒一切杀生行为，自然也当反对基于俗世王法的死刑之杀。所以佛家偿命原本只指向轮回后的来世偿还，而不认同在现世中以人为杀伐的方式让杀人者偿命。而且无论是“戒杀”还是“杀生致报”，按照佛理的原义本应更加侧重不杀，并不能当然地推导到支持死刑。

而严格地说，出现“杀生偿命”之论已是佛教东来三四百年之后的隋唐时期了。^①而且最早开始借着佛理中的“偿命”论来讲“杀人偿命”却是受到了佛教影响的隋唐教外人士。《唐律疏议》中已经说到“凡属于同一主人所有之私奴婢，互相残杀致死，杀者依律当为死者偿命”，^②可见即便佛学初入中土便有排山倒海之势，让上自天子、下至皂隶俱为之倾心，特别是随着一阐提亦可成佛被认同之后，“众生平等”似已近乎常识，但是芸芸众生中中国人似乎对“人”特加瞩目。^③所以出现杀人偿命的说法，明显是中土人士将原有的死刑观^④融入了佛教偿命论，或者是反过来“利用”佛教的偿命理论来强化原有死刑观的合理性。

而为了赢得中土官方和主流文化的认同，佛家也做出了相应的调整和让步。当然这期间不免经历一番交争。其结果是隋唐时教内也已经开始申说“杀生偿命”等现世报理论。宋代以后“杀生偿命”最终被接受为“杀人偿命”。佛门中专门讲杀人偿命也正是到了宋代方始出现，见诸《密庵和尚语录》之“狗子无佛生。杀人便偿命。楚痛百千般。因邪却打正”；^⑤又如《佛祖统纪》载“法师如靖，赐号普明。早入慈辩室。杭人有以私憾害其兄者。后深知悔以闻，一律师答之曰。杀人偿命何足为问”。^⑥此时教外的用例更是常见，用法与僧众也无二致。^⑦由此可窥知宋代以后融会了本土传统与佛教思想的“杀人偿命”观念已经成形且广为接受。

① 具体情况参见纪志昌《六朝佛法与世教交涉下的戒杀论述》，《中国文哲研究集刊》2014年第45期，第41~94页。纪氏文中关注到了东晋郗超（336~378）的《奉法要》，这可能是佛教徒中专门针对杀人的果报问题作理论诠释的作品。但是这个视角并没有引起教内广泛关注。这个情况恰好印证了我在之前的论说：仅按佛教教理，杀人并不构成特立于杀生的一个论题。而之所以后来会有“杀人偿命”，无疑是受了中土文化刺激而做出的权变。

② 刘俊文：《唐律疏议笺解·名例·官户部曲官私奴婢有犯》，中华书局，1996，第477~478页。

③ 这一情况背后的观念基础后文中将有详论。

④ “原有的死刑观”详见下节解说。

⑤ 了悟等编《密庵和尚语录》，《大正藏》第47册，第976页。

⑥ 志磐：《佛祖统纪》，《大正藏》第49册，第222页。

⑦ 官方表达，例见《册府元龟·刑法部》载：“（后唐）长兴二年四月，大理正剧可久奏引《开成格》应盗贼须得本赃然后科决，如有推勘因而致死，以故杀罪论。臣详此理未便，且云无持赃待捕之贼或偷身隐讳，所司又须讯拷，死反偿命，实恐惠奸起。”（沈家本：《历代刑法考·律令五·贼徒推勘致死以故杀论》，中华书局，1985，第953~954页）民间实例，可见广为征引的宋代《稽神录》之“鲁思郾女”故事，其中有“今虽后身（即转世以后），固当偿命也”的表述。参见徐铉《稽神录·补遗·鲁思郾女》，中华书局，2006，第124~125页。并可见诸唐洛州都督鄆国公窦轨的一则轶事，载李昉等编《太平广记·报应二十五·窦轨》，中华书局，1961，第890页。

综上所述,从印度佛教专讲偿命,到汉化以后由杀生偿命转而强调杀人偿命,这个过程其实非常漫长,而且显然受到了中土文化的影响。然而由于教外材料所限,无法获知观念互动过程的更多细节。不过基于现有的文献大致可见到三个阶段。第一阶段自东汉佛教初来到南北朝时期,教内只谈杀生之戒与轮回中的业罪、果报,且渐与中土观念融合形成“杀生致报”观。第二阶段自隋唐起,开始讲“杀生偿命”。教外则已经形成“杀人偿命”说。第三阶段大抵自宋代以后,“杀人偿命”开始遍见于佛教文献,同时在俗众和士人观念中也逐渐被接受为“当然”命题。或者说,自此以后“杀人偿命”观念可得毫无阻碍地出入于儒、释、俗之间了。至此而后,“杀人偿命”在元明清时代汉传佛教经论注疏中可谓层出不穷。总的来说,观念的演进模式,既可以理解为佛家为了在中土弘教而“迁就”中国本土的观念,亦可视为二者经历了长期互动与交争之后寻找到了和合融会的方案。

从此过程中还可析出以下几点认识。

第一,“偿命”观念为舶来品,但终为国人所接受。它背后的“道理”其实只是佛理,但无论如何,国人被说服了。为什么国人能够被说服呢?这与佛学义理本身的优势以及佛教教团自三国两晋至隋唐间的大规模拓展均有关系。

第二,佛理中的“偿命”观并没有被原封不动地接受,而是有了之前谈到的“杀生”到“杀人”的改动。为什么会有这一字之改,下节还会详论。此处要强调的是,这虽可算是一次被动接受,但却不是毫无保留的照搬。

第三,偿命观念法律化并显化了强调偿命与原始佛教义理的矛盾。毕竟佛家“一方面申明‘善恶有报’的因果律,一方面又依‘缘起’正理导出‘护生’理论。大乘佛教更强调菩萨对罪苦众生无怨无悔的救度”。^①于是在支持杀人偿命观的同时,也产生了诸如主审官信佛而不愿判死刑的相反情况。^②质言之,可算作文化适配和兼容的问题。

(二)“命价”与“偿”命观

前节说到,宋代以后杀人偿命观念已为国人广泛接受,甚至常识化了。但是它多少具有些许“俗”的气质,更多被视为俗语、通识,而甚少进入“官话”中,更遑论成为严格意义上的法律术语。^③不过到了元朝,由于一个极为特殊且颇具偶然性的诱

① 释昭慧:《“废除死刑”的佛法观点》,《哲学与文化》2003年第1期,第133页。

② 这其实与原始佛教中的“戒杀”逻辑颇为一致。例如宋代官吏中流行“救生不救死”的观念,致使官员常为了自己积阴德、阴功而不愿判处死刑。但是这种裹杂着强烈为“私”目的的观念和举止向来不能获得官方和主流知识界的认同,甚至为之所痛斥。是故我们可将之视为一种“歧出”的观念而在本文中存而不论。相关史实参见尚海明《善终、凶死与杀人偿命——中国人死刑观念的文化阐释》,《法学研究》2016年第4期,第69页。

③ 除了之前引到的《唐律疏议·名例》和《册府元龟·刑法部》文两见之外,典制、正史中鲜有提及。

因,即官方强势推行“烧埋银”和“命价”之法,^①杀人偿命观念的内涵又经历了一次重大变化。略述其要如下。

法律化的烧埋银制度最早见于至元二年(1265)的圣旨条画:“凡杀人者偿命讫,仍出烧埋银五十两。若经赦原罪者,倍之。”^②其中对命案的处理涉及三方面内容:杀人偿命;征五十两烧埋银给苦主;若赦免罪,加倍征收烧埋银。但是,这项立法其实反映的是之前汉人与元政权关于杀人偿命与命价之法实施与否长期争斗后妥协的结果。

烧埋银和命价是蒙古人入主中原之前就已长久袭用的习惯法。^③元代以前汉人原本并不存在类似的制度或习惯,并且官方对命案私和也极为反对。^④但是自灭金之后,蒙古统治者便将之作为祖宗之法在中原强势推行。忽必烈即位时便直接强调“祖训传国大典,于是乎在,孰敢不从”。^⑤但是绝大部分汉人并不认同,感情上也不能接受通过折价的方式让弑亲的仇人免于死刑。为了解决蒙汉观念冲突带来的不利影响,“在没有法律可适用的情况下,地方政府在实践中尝试将汉法的偿命与蒙古法的命价累加适用”。^⑥至元二年的那条圣旨便是这个折中思路为政权正式认可的标志。这种既照顾汉人杀人偿命诉求,又符合蒙古人命价祖制的立法,正式将杀人偿命“法律化”了;官方接受杀人偿命与元人命价并存,也标志着蒙古人对汉人文化的妥协。如此一来,杀人者须得抵命的观念反而由于其被赋予的“汉族”立场被强化了。

由于前有佛家“偿命”之说,后有蒙古统治者“命价”制,在此汉人偿命观与蒙古人命价制度双重影响之下,偿命的观念开始发生了变化。偿命之“偿”的含义由原本针对冤魂的偿还转而更侧重于对生者、官方的赔偿。随之而来的变化是杀人偿命一语中“偿”的功利计算和实用意义开始被重视,人们在观念中渐渐接受“命”为可估价、计量的对象。于是就形成了一个既不同于佛教原义,也有悖于中土传统的功利化

① 简而言之,“命价”意指杀人者或其家属通过国家向苦主支付一定物质赔偿,以作为折抵其本人偿命的价款。“烧埋银”就是具体方案之一。

② 陈高华等点校《元典章》,天津古籍出版社,2011,第1489页。

③ 参见张群《论元朝烧埋银的起源》,《历史教学》2002年第12期,第63~66页。类似的习惯法曾经为不少民族所习用,例如早期日耳曼人,而藏族甚至沿用至今。概括参见苏永生《“赔命价”习惯法:从差异到契合——一个文化社会学的考察》,《中国刑事法杂志》2010年第7期,第1~12页;更细致的研究可参见淡乐蓉《藏族“赔命价”习惯法研究》,博士学位论文,山东大学,2010。

④ 参见王炳军《偿命、命价与烧埋银——试论元代烧埋银制度的形成》,《浙江万里学院学报》2016年第2期,第33页。

⑤ 宋濂等:《元史》,中华书局,1977,第64页。

⑥ 王炳军:《偿命、命价与烧埋银——试论元代烧埋银制度的形成》,《浙江万里学院学报》2016年第2期,第34页。

的新式杀人偿命观。且命价制度也没有随着元亡而终止,明代处理边务时还屡见使用。^① 这从另一个侧面表明“命”可估价而“偿”的观念已经为国人所熟识、接受。

明清以后,复合了佛教“偿命”、元代人“命”有价可量化计算内涵的杀人偿命观念已经被广泛接受且被视为当然。例如罗钦顺云:“抑程子止言物尔,未及于事?只如俗说‘杀人偿命,欠债还钱’,则事事皆有定理,亦自可见。”^② 这表明罗氏已经将杀人偿命视为“定理”。又如明代《琐缀录》载正统五年:“时福建佥事廖谟杖死驿丞,东杨以乡官欲坐偿命,西杨以乡故,欲拟因公,互争不决,请裁于太后。王振因而进言:‘二杨皆有私,偿命过重,因公过轻,宜对品降调府同知。’太后颔之。”^③ 民间话本中类似表达更是常见,如明代故事《快嘴李翠莲记》中载:“婆婆休得要水性,做大不尊小不敬。小姑不要忒侥幸,母亲面前少言论。瞥些轻事重报,老蠢听得便就信。言三语四把吾伤,说的话儿不中听。我若有些长和短,不怕婆婆不偿命!”^④ 清代《贝如笙代人报仇》载:“贝从容自言曰:‘杀人偿命,罪有攸归,贝如笙岂嫁祸他人者?’遂赴县自首。”^⑤ 不过总的来说,相比较于按命价制度的杀人者向被害者家属偿还银钱,杀人者向被杀者偿命、被杀者向杀人者索命的关系模式更为人所接受。如言“‘杀人偿命,欠债还钱。’方禹为杨五所害。死后向杨索命之词”。^⑥

但是,从元代以后的文献中也可寻绎到一些与佛教偿命观和元代命价观并不相容的杀人偿命观念表达。典型者如“‘养儿防老,积谷防饥。’百川学海。婺源民詹惠明乞代父偿命。临刑无惧色。诵此二句。太守曾天游奏之。乃免死”。^⑦ 再结合前节讨论佛教由“戒杀”向“杀生偿命”再向“杀人偿命”聚焦的过程,其原动力并非来自佛理内部。由是似可推论,在受佛教影响形成“偿命”观念之前,应当还有某种与杀人偿命相类似,且特别强调“杀人”和宗族责任关系的本土观念存在。正是它的存在,引起了佛教戒杀观念容忍甚至支持了杀人偿命,也使得元人不得不为之妥协而放弃专行命价制度的本意。为此,就需讨论前佛教时代中土人士对死刑的态度,也即引出了下节的话题。

① 例如:“命右佥都御史王翱提督辽东军务。时辽东守将屡失机,朝廷以为忧,乃命翱往督之,令便宜行事。翱至……谓边境不可以法律治,凡词讼专用贖法,无问轻重,量情以布绢谷粟贖罪,虽人命亦令偿之,曰:‘偿命无益死者之家,而财或足以济其用。’故行之不疑。”(陈建:《皇明通纪·正统七年》,中华书局,2008,第637页)还有如王阳明曾谈及“兵回之日,死者之家,例有偿命银两,总其所费,亦以万数”(王守仁著,施邦曜辑评《阳明先生集要·经济编卷六·平思田·奏报田州思恩平复疏》,中华书局,2008,第681~682页)。再如晚明熹宗天启二年(1622)“歹青,虎墩兔近属也,边臣议岁给偿命银一万三千有奇,而虎怏怏,益思扬去”(张廷玉等:《明史·外国八》,中华书局,1974,第8492页)。

② 罗钦顺:《困知记·附录·与林次崖金宪》,中华书局,2013,第197~198页。

③ 陈建:《皇明通纪》,中华书局,2008,第625页。

④ 洪樾辑,程毅中校注《清平山堂话本校注》,中华书局,2012,第119页。

⑤ 徐珂编撰《清稗类钞》,中华书局,2010,第2861~2862页。

⑥ 赵翼:《陔余丛考》,中华书局,1963,第961页。

⑦ 赵翼:《陔余丛考》,中华书局,1963,第962页。

三 杀人者死与不共戴天

(一) 先秦的杀人者死与不共戴天

佛教东来之前,中土人士对命案和死刑最常见的表达是“杀人者死”。^①而它所以负有盛名,或要归因于公元前206年刘邦率军占领秦都咸阳时“与父老约法三章耳:杀人者死,伤人及盗抵罪。余悉除去秦法”。^②约法三章中的“杀人者死”在汉代被反复论及,具有相当大的影响力,自与其祖宗之法的地位不无关系。不过这尚不足以成为它获得儒生、俗众广泛认同,^③且在汉代之后仍被称引并成为常识的全部理由。

若是再往前追溯,最早谈“杀人者死”的并非刘邦,而是春秋战国之际的墨子。刘邦以之作为三章之法的首章,恰好说明这个观念到了战国晚期以后已经成为民众的常识。这和战国时具有教团性质的墨者团体在民间具有巨大影响力有直接关系。《吕氏春秋·去私》篇中秦墨腹䵍杀子的故事便是一例:

墨者有钜子腹䵍,居秦,其子杀人。秦惠王曰:“先生之年长矣,非有它子也。寡人已令吏勿诛矣。先生之以此听寡人也。”腹䵍对曰:“墨者之法曰:‘杀人者死,伤人者刑。’此所以禁杀伤人也。夫禁杀伤人者,天下之大义也。王虽为之赐而令吏弗诛,腹䵍不可不行墨者之法。”不许惠王,而遂杀之。子,人之所私也,忍所私以行大义,钜子可谓公矣。

虽然传世本《墨子》中已经见不到腹䵍称引过的“墨者之法”,不过在《非攻上》篇中有文曰“杀一人谓之不义,必有一死罪矣”,《天志上》也说到“吾言杀一不辜者,必有一不祥”,与腹䵍的观点实无二致。

考察《墨子》中的主要论点不难发现,能够为杀人者死提供直接依托者莫过于“兼相爱”。兼爱意味着墨子把“人”预设为平等的个体,人与人之间无论生命、价值、观念都应平等,甚至同等。所以杀人这种剥夺一个人的生命的行为,也理应对应等质等量的惩罚,即杀人者被处死。这种将行为功利化、可计量化和规范化规制的思路,非常符合墨子作为技术人(工匠)所固有且擅长的思维模式,且遍见于《墨子》全书。^④

① 对杀人者死观念演进的讨论,参见郭建《“杀人者死,伤人者刑”的演进》,《人民政协报》2007年4月9日,第B04版。但郭文所述太过粗略。前引蒋冬梅《“杀人者死”的中国法律传统研究》一书也有涉及,但其中并没有专门进行观念史梳理。

② 司马迁:《史记·高祖本纪》,中华书局,1982,第362页。

③ 像东汉时造反者“(樊)崇等以困穷为寇,无攻城徇地之计。众既浸盛,乃相与为约:杀人者死,伤人者偿创”(范晔:《后汉书·刘盆子传》,中华书局,1965,第478页),这显然不能看作是在祖述刘邦之法。

④ 最典型的例子莫过于墨子在《法仪》中对法治,即规范化社会治理的推崇。详见李平《论〈墨子〉与先秦法学兴起》,《法制与社会发展》2014年第2期,第103~116页。

墨家之外，先秦时的另一则明确表述见诸《荀子·正论》：“杀人者死，伤人者刑，是百王之所同也，未有知其所由来者也。”^①这句话汉代以后的儒生法吏都常称引。但是在荀子之前的儒家典籍，包括作为经典诵习的《书》《诗》《易》《礼》《春秋》，都见不到五帝、三王时有杀人者死之法，而且荀子自己在之后也说“未知其所由来也”。所以有理由推断荀子在下笔时并没有详加考证，而是拿着当时深受墨家影响而形成的常识观念来给自己“刑称罪则治，不称罪则乱”的论点做了背书。后世儒生，特别是汉代以后诸儒同样没有详加考辨，便经常称引荀子此论来强调罪刑理应相称，反对随意重刑或恩赦。例如西汉时著名的薛宣、薛况案，廷尉上奏云：“杀人者死，伤人者刑，古今之通道，三代所不易也。孔子曰：‘必也正名。’名不正，则至于刑罚不中；刑罚不中，而民无所措手足。今以况为首恶，明手伤为大不敬，公私无差。《春秋》之义，原心定罪。原况以父见谤发忿怒，无它大恶。加诋欺，辑小过成大辟，陷死刑，违明诏，恐非法意，不可施行。圣王不以怒增刑。明当以贼伤人不直，况与谋者皆爵减完为城旦。”^②

不过至少在荀子看来，杀人者死这个常识化论点并不会与儒家早期经典之间存在质的冲突，相反应可以很容易地建立起某种关联。虽然荀子本人并未明确谈及，但可以推断这个关联点一则有可能建立在他已经谈到的罪刑相称上，二则可从孔子以后不断强化的“复仇”理论处获得支撑。

罪刑相称的原则渊源甚古。至晚到了舜时已有了“五刑”之制，他命皋陶“汝作士，五刑有服，五服三就。五流有宅，五宅三居”（《尚书·舜典》），“五刑有服”就是要求罪刑相称。殆至禹夏之后代有《禹刑》《汤刑》《九刑》为代表的刑书之制，^③更表明其时业已超越同态复仇而建立了规范化的对应机制。^④孔子对此也深表赞同，所以对晋邢侯“杀叔鱼与雍子于朝”一事，仲尼直言：“邢侯之狱，言其贪也，以正刑书，晋不为颇。”（《左传》昭公十四年）而前引薛宣案中廷尉引了孔子“正名”为理据，恰好说明罪刑相称是汉儒接受杀人者死观念的原因之一。

但是必须注意，尽管早期政治文化中已经确立了罪刑相称原则，却从未见有“杀人者死”的表述，也不存在杀人行为必须与死刑严格对应的制度设置。具体地说，一

① 王先谦：《荀子集解》，中华书局，1988，第328页。

② 班固：《汉书·薛宣传》，中华书局，1962，第3395～3396页。

③ 见《左传》昭公六年载叔向之论“夏有乱政而作《禹刑》，商有乱政而作《汤刑》，周有乱政而作《九刑》”。

④ 人类文明早期阶段普遍存在“同态复仇”式的刑罚方式，乃是近现代人类学家们几成共识的结论。但是在中国的早期史料中很难获得直接印证。这里无意辨析此论在中国是否合用。但纵使在更古老的时代曾经存在，至少到五帝末期已经被抽象且规范化的刑罚所取代了。到了舜以后，即便民间仍旧可能存在类似于同态复仇的个案，但一则属于非法，二则其行为是否真是同态复仇的观念在支撑也须得再加分析。