

中国古代废除死刑论的得与失^{*}

【法】杰罗姆·布尔贡

内容提要:反对死刑的人士常常将唐玄宗 747 年发布的敕令视为中国历史上废除死刑的最早记载。但不幸的是,全面的历史考察发现,尽管绞刑和梟首两种主要的死刑方式曾被暂时废除,但死刑仍旧通过其他方式得以延续。尽管在今天主张废除死刑的人们看来,公元 747 年敕令并不是废除死刑的先驱,但该敕令仍值得关注,因为它本身反映了很早就产生的,具有原生性和典型中国特色的死刑废除论。汉武帝在公元前 167 年曾做出过一系列法律改革,终于在经历了几百年的进步、倒退与重复之后彻底废除了肉刑。中华文明实际上是最早根据人道主义原则来评价刑罚的正当性的,并决定那些被视为残酷的惩罚应当由国家加以废除。欧洲是在启蒙时期出现了宏大的法律改革并于 18 世纪晚期获得了成功,而中国在此很早之前就已经经历了法律进步主义的各种挑战。

关键词:死刑 废除论 敕令

杰罗姆·布尔贡(Jérôme Bourgon),法国国立科学研究中心研究员,里昂高等师范学院东亚研究所研究员。

长久以来,中国的死刑废除论仅仅被一些中国和日本的专家以及极少数西方学者认为是一个有趣的题目。^[1]但在最近,反对死刑的人士开始注意到,早在公元 747 年唐玄宗就曾颁发过有关废止死刑的敕令,这可以被视为历史上最早废除死刑的实践,中国的死刑废除主义由此开始获得人们的广泛关注。^[2]中华帝国因为其肉刑的残酷程度远远超过西方而闻名于世,可事实上,中华帝国也曾经历过与肉刑完全不同的“黄金时代”,它在彻底消灭死刑这一梦想形成很早以前就出现了。令人遗憾的是,被美化的废除死刑运动

* 此文系作者专投本刊首发。译者:李滨,北京师范大学法学院教授。

[1] 参见沈家本著:《历代刑法考·附寄穆文存(一)》,中华书局 1985 年版,第 19,50-51 页。Hulsewé, *Remnants of Han Law*, p. 309 sq., 334 sq.; Niida Noboru, *Chūgoku hōseishi kenkyū*, 东京大学出版社 1960 年版,第 73 页及以下; Arnd Helmut Hafner, *ShinKan keibatsu teikei no kenkyū*, 东京:外语大学出版社 2009 年版,第 213-285 页。

[2] 例如,《维基百科》就提供了这方面的相关信息, http://en.wikipedia.org/wiki/Capital_punishment。对此,可参见拙著: *Fausse bonne nouvelle: la Chine a aboli la peine de mort en 747, L'histoire* n° 357, Octobre 2010, p. 46。

和被丑化的“中国酷刑”一样,都不符合历史的实际情况。由于某些原因,废除死刑运动的历史更加不真实。它本身非常复杂,只不过被西方学者的兴趣和研究方式扭曲了。

当我们借助合适的史料将 747 年敕令还原到当时的背景之中来研究时,就会发现它实际上并非如人们想象得那么重要——因为死刑实际上从未被废除!但与此同时,该敕令仍然得到了人们的重视,原因在于它涉及一个范围更为广泛、内涵更为丰富的中国废除死刑的运动。历史上某一种废除论可能掩盖了其他的废除论,以至于研究者只关注死刑,而没有考虑死刑与整个刑罚体系的关系。而这恰恰就是本文所要研究的关键问题:即从一个包含不同程度的残废肢体刑罚的体系转变为另一个在原则上禁止破坏身体完整性的刑罚体系。在前一个刑罚体系里,死刑是最严重的残废肢体的刑罚;在后一个刑罚体系里,死刑,特别是枭首,作为一种极刑,是以对历史野蛮性的最后让步这种方式被保留下来。这一变迁经历了大约七百年才完成(从公元前 2 世纪到公元 6 世纪),在这一过程中,曾出现过各种不同的改革做法,并时而伴随着历史的倒退。尽管如此,上述历史进程在整体上仍旧非常清晰:刑罚体系的转变以欧洲启蒙时期之前从未有过的规模与力度得以实现,其中伴随着各种论争,虽然法典编纂有着刻板的形式,但我们仍旧能够从中感受到它们所闪现的思想火花。显然,在 18 世纪的欧洲之前,中国是最早并且是唯一出于人道主义的动机宣布废除一系列肉体刑罚的国家,将对人身的尊重确立为一项基本原则。

从废除酷刑这一源远流长的历史进程来看,747 年的敕令显得滞后而且作用有限。不过,我们还是要从这一敕令出发,因为它在时间上距离我们最近,在内容上也是我们最熟悉的。由此,我们可以了解中国的死刑观念中所使用的某些提法与概念,并且在更广的范围内认识到由中国的历史资料引出的那些问题,特别是我们主要依赖的“官史”及官方编辑的其他资料所引出的问题。总之,应当将较晚出现的 747 年敕令重新还原到刑法演变的历史中去,进而回溯至最早废除肉刑的立法,即公元前 167 年汉文帝的诏书。最后,我们将从整体上分析评价这种早熟的刑法人道主义的影响与局限性。

一 747 年废除死刑的敕令:谜团与实情

人们近来对 747 年敕令的热衷,最为典型地反映在《维基百科》关于“死刑”这一词条的解释上,大量的互联网网站都把它当作无可置疑的权威资源提供链接,这里对它的相关内容引述如下:

尽管在当今的中国每年都有很多人被执行死刑,但在唐代死刑曾经被废止。唐玄宗(712-756 年在位)曾于 747 年颁布法令废止死刑。在废除死刑的同时,唐玄宗命令朝臣以类比的方法,对那些犯有应被处死的罪犯适用与死刑最接近的刑罚。由此,根据罪行的严重程度,相对应的刑罚可以是使用重杖击打或是流放至岭南,它们都可用来替代死刑。但是,死刑在被废除十二年以后,由于安禄山叛乱而于公元 759 年被恢复。在这一历史时期,在中国只有皇帝才掌握着对罪犯的生杀大权。在唐玄宗时代,死刑相对而言并不多见,公元 730 年只有 24

例,736 年仅有 58 例。^[3]

上面的《维基百科》词条还援引了美国历史学家查尔斯·本(Charles Benn)一部关于唐史的著作,与其他一般性作品的通常做法一样,这部著作囊括了来自各种不同渠道和具有不同可信度的大量史实。^[4] 该作者分析得出的结论可以概括为:第一,死刑确实曾在唐代被废止;第二,废除死刑的法令只是在法律上大大减少了被判处死刑的犯人数量,从而接近于事实上的废除死刑;第三,这一刑法上的“黄金时代”因安禄山叛乱而终结,中国由此再次进入到血与火的混乱时期,由此导致唐朝“前期”的迅速衰落,促使唐朝后半段历史及以后各个朝代的组织框架发生了深刻的改变。上述剧烈变动对刑法体系产生了重要影响,当时的历史背景导致人们的道德标准崩溃,法律因此也变得更加严苛。上述分析其实早在 20 世纪 30 年代就已经由保罗·拉契纳夫斯基(Paul Ratchnevsky)提出:

唐明皇曾经试图废除死刑,天宝 6 年正月丁亥(公元 747 年 2 月 24 日)颁布的敕令曾废除了绞和梟首两种死刑方式。这一改革遭到了大臣们的反对,并且受到诸如马端临这样的中国历史学家的批评。该敕令实际上并没有存续很长时间,随着安禄山的叛乱,死刑又被恢复。^[5]

对上面两段文字进行比较,可以得出如下几点结论。首先,关于史料来源,拉契纳夫斯基的分析更为精确、具体,而查尔斯·本则混淆了不同的史料,进而提出过于概括性的观点:后世的很多评论并不完全了解唐玄宗 747 年废除死刑的敕令。马端临实际上在 14 世纪初,即在上述敕令颁布 700 年之后,对这条敕令进行过描述。其次,是关于上述法令在技术和法律方面的问题。所谓废除死刑实际上是用其他刑罚来代替死刑,即用实施重杖来代替绞刑和梟首。这也反映在判决的法律条文适用时采取类推的做法上,具体而言,法官在做判决时不再援引关于绞刑或梟首的法律条文,而是援引没有规定死刑的“最近似条文”。最后,上面的引文随后还罗列了一些重要史实,这些史实在一定程度上否定了《维基百科》的编辑们所要强调的,在中国历史上确曾存在过废止死刑的先例这种观点。不过,查尔斯·本却走得更远,他认为“重杖犯人”曾经在唐代被广泛适用,尽管它本身是“非法”的。^[6] 如果用“重杖”打死犯人曾经被“普遍适用”,那么人们就会不明白为何这种替代做法——杖刑,而不是绞刑或梟首——能够被视为是对死刑的废止!

上面引述的文字其实包含了不少含糊和混淆的内容。我们以这些内容为例,尝试从中分离出那些可以被识别的史实资料,并将这些资料与后人的评价与解释区分开来。

重新审视公元 747 年的敕令具有重要意义,由此可以尝试去把握敕令的最初意图、其历史背景与意义。下面就是 747 年敕令的最早文本,摘抄于《旧唐书》(618 - 907):

[3] 参见拙著:Fausse bonne nouvelle: la Chine a aboli la peine de mort en 747, *L'histoire* n° 357, Octobre 2010, p. 46.

[4] Charles Benn, *China's Golden Age: Everyday Life in the Tang Dynasty*. xxiv, 327 New York and Oxford: Oxford University Press, 2004. 本文引用了该书的第 209 - 210 页。维基百科对该书页码的援引是不准确的。

[5] Paul Ratchnevsky, *Un code des Yuan*, Paris: 1937, Institut des Hautes études chinoises, tome 1, p. 10.

[6] Charles Benn, *China's Golden Age: Everyday Life in the Tang Dynasty*, Charles Benn, *China's Golden Age: Everyday Life in the Tang Dynasty*. xxiv, 327 New York and Oxford: Oxford University Press, 第 210 页。

【747年】2月25日^[7]：亲祀圜丘，礼毕，大赦天下，除绞、斩刑，但决重杖。于京城置三皇、五帝庙，以时享祭……^[8]

与其他官吏相同，唐史也在后来的宋代——以及同时期的后晋（公元936 - 946年）——被进一步编纂，这些编纂依据的是朝廷史官保留下来的文件档案。^[9] 官吏对这些文件的编纂始终考虑到应当压缩史料，以便使它们符合已有的格式。这样一来，有关史料的援引就变得非常简明扼要：在上面引述的文字中，有关史料最后被简化为30个左右的汉字，而其中只有八个字涉及死刑的废除。此外还应当注意的是，上面那段文字并没有出现在《刑法志》中，而这恰恰是上面那段涉及法律制度的文字最应该出现的地方，事实上，上面援引的文字只是出现在《旧唐书》的编年史部分，即记录皇帝活动与事件的本纪之中。^[10] 这表明，上述文字更具有宗教和仪式的性质，而并非法律的性质。皇帝作为天人之间联系的中介（皇帝本人即为天子），举行仪式庆贺新年，这是他最重要的使命之一。此时，他宣布大赦，即全部赦免各种罪行应当适用的刑罚，其中包括那些常赦“不得饶恕”的罪行。^[11] 正是在大赦的背景下才做出了废除绞刑和枭首的命令，取而代之的是“重杖”。需要说明的是，唐代的刑法将刑罚按照严厉程度分为五种，从重到轻依次是：

1. 死刑：分为绞刑和枭首。

2. 流刑：分为三级，依次对应于500、750和1500公里的流放距离，其中第一级的流刑还包括一百杖的附加刑，第二、第三级的流刑则依次再递增三十杖的附加刑。

3. 徒刑：分为五级，刑期依次是一年，一年半，二年，二年半，三年。

4. 杖刑：分为五级，从轻到重依次由50杖增加到100杖。

5. 笞刑：分为五级，从轻到重依次由10次增加到50次。^[12]

死刑的执行有两种方式，即绞刑和枭首，前者被认为轻于后者，因为刑律规定后者意味着“身首异处”。^[13] 从表面上看，用杖刑来代替绞刑和枭首是用矫正性质的刑罚来取代极刑。换句话说，是利用第四级的刑罚在跨越第二、三级刑罚的基础上取代第一级刑罚，这种跨越的幅度是非常大的，它没有依照减刑应依次逐级进行的原则。假如人们只是关注唐代刑律第一条关于死刑分为绞刑与枭首的这项规定，那么就会自然得出上述做法

[7] 天宝六年正月戊子——并非如拉契纳夫斯基所述的丁亥（2月24日）。

[8] 《旧唐书九》（本纪），中华书局1975年版，第209页。

[9] 与其他朝代不同，唐朝有两部官史，其中一部是在后金时期编写的，被称为《旧唐书》；另一部则是在更晚的宋代编写的，称为《新唐书》。

[10] 按照由司马迁（公元前145 - 公元前86年）在《史记》中确立、由后来史学家不断完善而形成的模式，官史通常包括三个大部分，即记载政治首领（皇帝、君王）事迹与行动的“本纪”；汇集各种不同类别信息的“书”或“志”，如法律、经济、仪式等等；以及“列传”，用于记载重要的历史人物，如大臣、文人、反臣、罪犯，以及有历史影响的女性。官史还通常包括编年史图表，即“表”。中国的官史有二十四部，其中有的涵盖几个朝代，它们往往并存于同一时期。

[11] 历史学家对于大赦与常赦的区别存在争议，对此可参见 Brian McKnight, *The Quality of Mercy. Amnesties and Traditional Chinese Justice*, Honolulu: The University Press of Hawaii, 1981, 序言的第11页，正文第47页。

[12] 这里对刑罚由重到轻的划分，与由《唐律疏义》记载的《唐律》第一个条文的规定相同，参见 Johnson 对唐律的译本（两卷），Niida Noboru, *Chūgoku hōseishi kenkyū*, 东京大学出版社1960年版，第109页。

[13] 身首异处显然与埋葬罪犯尸体有关，被枭首的罪犯在家谱中的记载会被中断。

构成废除死刑的结论。可是,这一结论却有两个值得商榷的地方:

其一,《旧唐书》中记载的文字究竟是赦免还是废除死刑?废除死刑有可能是在赦免的框架下做出的,如果是那样的话,其性质就会变得含糊不清,因为废除从原则上讲应当是永久和单一的行为,而赦免则是暂时并且可以不断重复的。这里有必要指出的是,“大赦”或“常赦”以及其他各种性质的法外施恩,对于皇权而言都是十分常见的做法,甚至可以说它们是皇权的某种嗜好。美国汉学家布莱恩·麦克奈特(Brian McKnight)曾在这个问题上写过一本很有名的书,他曾计算过在 8 世纪中期,每平均 18 个月皇帝就会做出赦免。^[14]他还曾援引了唐玄宗在公元 729 年做出的赦免,其中使用的说法与公元 747 年的敕令非常近似,只不过其中没有使用“废止”梟首和绞刑的提法。^[15]由此可见,史实已经表明,流刑这类刑罚的严重程度被相对化了,因为赦免的频率几乎使犯人在真正到达流放地点之前就被赦免了!这同样也会让废除死刑的意义相对化,特别是对于“除绞、斩刑”这样的说法,它的意义就显得不那么重要了:因为“除绞、斩刑”很可能是暂时的,它们只发生在新年或者说公元 747 年皇帝举行新年礼仪的那个“吉日”。

其二,更值得商榷的是所谓的替代刑罚。“但决重杖”这个说法中有两个字值得注意。其实唐律中并没有规定“重杖”,而只是规定了“杖”,不存在所谓重杖或轻杖这类的提法——因为“重”字在这里可以包含两层含义,一是指杖在重量上的“重”,二是指“加重”杖刑的意思。^[16]敕令并不是要用一般的杖刑替代死刑,而是用加重了的杖刑来替代,在各种刑罚的分类中并没有这种加重的杖刑。

另一个需要澄清的字是“决”。它可以被解释为“使用”,这样的话,“但决重杖”就意味着“仅使用杖刑”,它也可以被解释为“决定”、“判决”或“判处”,那么“但决重杖”的意思就是“仅判决杖刑”,不过,“决”也可以被解释为“实施”或“执行”,这时“但决重杖”就意味着“仅执行重杖”。然而,相关史料表明,我们应当接受的是上面最后一种解释,这种解释意味着在后果上比其他解释都更为严重。

最后还需指出成问题是,实际执行死刑的统计数字,根据查尔斯·本的说法,在公元 730 年有 20 件左右的死刑案件,公元 736 年有 50 件左右的死刑案件。从当时的 5 千万人口和所处的历史时期来看,死刑案件的数量相比之下还是很少的。但这些数字是否真实可靠呢?各种官吏记载在数字上并不一致,包括被认为与死刑案件统计最相关的《食货志》也存在同样的问题,这就会使上述统计的可信性受到质疑。查尔斯·本是从唐史的

[14] Brian MacKnight, *The Quality of Mercy. Amnesties and Traditional Chinese Justice*, Honolulu: The University Press of Hawaii, p. 70, 该作者还进一步指出在唐初每 55 个月会有一次赦免,到后来 747 年敕令颁布那个时期,赦免的周期缩短到 18 个月,这就表明赦免有不断增加的趋势。

[15] 布莱恩·麦克奈特将 729 年的敕令翻译成英文为:“Let a great act of grace be proclaimed to all under Heaven. Let all those liable for crimes committed prior to dawn of the twenty - second day, eleven month, seventeenth year of K' ai - yuan without distinguishing whether their crime has been discovered or not, whether their crime was serious or not, including those who would not be freed by an ordinary amnesty, be completely freed”。

[16] 从唐代开始,“重杖”还被用来表示笞(即轻竹片)与更重、更严厉的杖之间的等级关系。上述刑罚的严厉程度还体现在数量上:笞刑在 10 与 40 次之间,杖刑在 50 至 100 次间。根据上述标准,“重杖”通常是 80 次,“满杖”则指达到最高的 100 次。这种并不具法律效力的通常做法,在刑律中并没有规定,上面的引文中并没有给予特别关注,这里只是做简单的补充说明。

《刑法志》中援引死刑案件的数字的,他很随意地将这些数字与747年废除死刑的敕令联系起来,从而认为该敕令很自然地导致了历史的变迁。然而,这一简单结论显然是错误的!实际上,正如上面提到的,《刑法志》并没有提及747年的敕令。那么《刑法志》中的那些数字又指的是什么呢?那些数字只是表明唐玄宗比他的先皇武则天更为仁慈。在中国唯一女皇帝武则天统治的30年内(公元684-704年),她曾扶植和依赖佛教,使之获得重大发展,进而在公元690年试图建立自己的王朝,同时,还毫不留情地惩处了反对自己称帝的那些大臣们。正因为如此,官史记载对武则天的评价并不高,这是很容易理解的。在滥杀无辜的“暴君”武则天之后,其继承者是一位开明的天子,他经过40年的努力终于让朝廷恢复了良好运转,让大唐由此进入了“盛世”:所有这些都是《刑法志》的编纂者们希望在历史上留下的记载。^[17]有关死刑数量的记载恰恰只是上述说法的量化形式。

接下来就应分析曾经代替绞刑和枭首的“重杖”。这里将主要参考著名历史学家马端临编写的,包含348章的《文献通考》这部历史文献大百科全书。这部典籍文献的宏大编著相对于官史而言具有两大优势。一方面,编写者的视野并不局限于某一个朝代,而是放眼于中国历史本身具有的延续性。^[18]另一方面,虽然马端临也使用官史,但他搜集的官史更为丰富和多样。此外,《文献通考》对各种典章根据其不同主题所作的分类也比官史更为系统,同时,他还解释了其中各种援引的具体含义,对它们的历史意义进行了分析评价。747年敕令被编入“刑制”这一部分,但在内容上要比唐代官史中的记载相对更为具体,现摘抄如下:^[19]

六载,敕自今以后所断绞、斩刑者,宜削除此条,仍令法官约近例详定处分。又诏曰:“徒非重刑,而役者寒暑不释械系;杖,古以代肉刑,或犯非巨蠹而捶以至死,其皆免,以配诸军自效。…”

上面这段文字记载证实了我们的质疑:唐玄宗只是“削除”了刑律中有关绞刑和枭首的条文,但这并不等于废除死刑,因为死刑仍然可以通过使用竹杖来“捶以至死”。用杖刑打死犯人被认为是“役者”的通常做法,它一直持续到法定死刑被正式废止的747年,即早于755年发生的、导致国家混乱与刑法加重的安禄山叛乱。这就是说,叛乱在一定程度上巩固了杖刑致死的做法,此前这一并不完全合法的做法在实践中曾被容忍,而安禄山的叛乱则使该做法获得了正式认可。至此,公元762年,刑律以“顿”来规定竹杖实施的次数,摘抄如下:

代宗宝应元年,诏:“制敕与一顿杖者,其数止四十;至到与一顿及重杖一顿、痛杖一顿者,皆至六十。并不至死。”^[20]

[17] 《旧唐书》,第2150页。

[18] 关于马端临在中国历史文献学方面的贡献,参见拙著: *Problèmes de périodisation en histoire chinoise, Périodes, la construction du temps historique. Actes du 5e colloque d' Histoire au présent. Paris: Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, pp. 71 - 80.*

[19] 马端临,《文献通考》,第166卷,本文所援引的该部分,没有对应的页码。

[20] 《文献通考》,第166卷;《新唐书》,第1416页。

在唐以及其他朝代,对杖刑进行数量限制的目的在于制约司法机关,防止杖刑的滥用。但很显然,这种法定限制与“重杖”这一刑罚本身的性质相冲突,因此,它在 20 年后即被废止。公元 782 年,刑部尚书班红曾奏疏皇帝,其内容如下:

其十恶中谋反、大逆、叛、恶逆四等,请准律用刑;^[21]其余犯别罪合处斩者,今后并请重杖一顿处死,以代极法。重杖既是死刑,诸司使不在奏请决重杖限。^[22]

皇帝接受了上面的奏疏。由此可见,在所谓废除死刑的 30 年后,皇帝通过准许刑部这一最高司法机关奏疏,让“重杖”变成了被正式认可的适用于一般犯罪的死刑执行方式。因此,不能像查尔斯·本那样,因为唐律的第一个条文所列举的刑罚中并没有“重杖”,就认为它是非法的。^[23]在更为混乱的“五代十国”时期(公元 907 - 960 年),那些法典没有规定的刑罚方式也曾被普遍和正式使用过。而其中最有名就是凌迟或分尸。^[24]

在这个问题上,马端临为后世留下了一个重要的按语,而这恰恰是他整部著作的价值所在。为了弄清一种刑罚代替另一种刑罚的做法,马端临对历史进行了追根溯源的研究。他的研究让我们不再局限于死刑及其在公元 747 年后的十多年里所谓被废除的这个思维框架,而是切中了问题的要害,这就是中国历史上于公元前 2 世纪开启的刑法体系的整体改革。马端临的按语内容如下:

鞭扑在有虞为至轻之刑,在五刑之下,至汉文帝除肉刑,始以笞代斩趾,而笞数既多,反以杀人。其后以为笞者多死,其罪不至死者,遂不复笞,而止于徒、流。魏晋以下,笞数皆多,笞法皆重,至唐而后,复有重杖、痛杖之律,只曰一顿,而不为之数,行罚之人得以轻重其手,欲活则活之,欲毙则毙之。夫生之与死,箠楚之与刀锯,亦大有间矣。今重杖、痛杖之法,乃出入乎生死之间,而使奸吏因缘为市,是何理也?至于当绞、斩者皆先决杖,或百或六十,则与秦之具五刑何异?^[25]建元(公元 140 - 135 年,汉武帝统治时期——本文作者注)时始定重杖为死刑,贞元(公元 785 - 804 年——本文作者注)时始令死刑不先决杖,盖革累朝弊法云。^[26]

马端临的按语告诉我们,最初笞刑并不是要代替死刑,而是代替那些残废肢体的刑罚,特别是最为人们知晓的斩足。这是一种残忍的刑罚,属于中国人常说的“生刑”,即接受刑罚的人在受刑后会继续活下来。用笞刑来代替斩足,这是一种仁慈的做法,因为受刑

[21] 唐律对这些重大的罪行,规定适用的刑罚是枭首并加以示众。

[22] 《文献通考》,第 166 卷。

[23] Charles Benn, *China's Golden Age: Everyday Life in the Tang Dynasty*. xxiv, 327 New York and Oxford: Oxford University Press, p. 210.

[24] 参见 Timothy Brook, Jérôme Bourgon, Gregory Blue, *Death by a Thousand Cuts*, Harvard University Press, 2009, 特别参见本书第四章对这种刑罚的历史回顾。

[25] 参见注 28。

[26] 《文献通考》,第 166 卷。

的人在被惩罚与“矫治”之后仍然保留躯体的基本完整。可是,原本是代替“生刑”的刑罚手段很快则转变为另一种形式的死刑执行方式,其原因有二:一是用来行刑的笞后来变成了“戒尺”或者细竹棍,进而转变成重杖;二是因为担心过分仁慈会惯纵犯人,所以笞刑实施的次数增加了。当朝廷认识到这些问题时,就越来越使用流刑和徒刑来取代足以致犯人死亡的笞刑。为了限制可能导致犯人死亡的笞刑,后来又出现了对笞刑与杖刑的严格区分,前者使用戒尺,后者则用一种新的更重的杖来实施刑罚。公元7世纪,即唐初,“重杖”的功能最终得以明确,并且用代表实施次数的“顿”来加以限制。不过,马端临也指出,在经历了一段时间之后,杖刑的次数不再由立法加以限制,这样一来,行刑者就能随意地实施杖刑,使杖刑转变为一种事实上的死刑。

马端临还对历史上另一种做法进行了批评,这就是在实施法定死刑,即绞刑或枭首之前,先对犯人实施“重杖”或“痛杖”。他认为,这种双重刑罚实际上就是由秦始皇发明的、残忍的“具五刑”。我们下面会再次提到“具五刑”,但这里必须强调的是,马端临的这种说法也许有些牵强,因为在死刑之前实施杖刑,其实只是两种刑罚的累加适用,而不是“具五刑”所说的同时实施五种刑罚,但是,他的观点实际上反映了刑法中两个最基本的原则:首先,绝不当混淆保留犯人的生命与剥夺犯人的生命这两类不同的刑罚:正如他所指出的,实施死刑的工具“刀锯”与实施生刑的“箠楚”是完全不同的。抹杀这种区别,混淆两类不同的刑罚工具,也就意味着让官吏和刽子手不再受法律的制约,任意实施刑罚或是收受贿赂出卖仁慈。其次,另一个基本原则是,死刑应当作为最严重的刑罚,居于刑罚体系的最高点,即所谓的“极刑”。正因为如此,不应当在死刑之外再增加其他附加刑罚,例如笞刑,否则就超出了极刑的限度,从而转变为一种残酷或暴戾。马端临对公元792年废除死刑前实施笞刑的敕令表示赞同,他明确提到“或至死刑,犹先决杖,处之极法,更此伤残,恻隐之怀,实所不忍。”^[27]从此,在中国的历史上,实施死刑之前不再附加实施任何形式的刑罚,如杖刑或其他形式的酷刑,这显然区别于基督教统治下的欧洲。^[28]不过,死刑之前不再处以杖刑的历史还没有为我们的问题提供答案:这就是用杖刑处死犯人的问题。在这一点上,马端临在其按语中流露出的乐观想法还是有些肤浅,因为官史记载表明,用“一顿重杖”来执行死刑的做法普遍存在于中世纪的各个朝代,^[29]并一直持续到清代(1644-1911)末年。^[30]

人们不应当完全相信那些废除死刑敕令的文字,当然,如果只看到那些敕令所表达的美好意愿,那么人们也同样会被误导。我们很难从现有的皇帝敕令和官史的只言片语中归纳出其内在逻辑,因为其中充斥着不少拖延实施、前后不一致以及相互矛盾的情形。尽管如此,从更长远的时间跨度来看,它们所反映出的变革确是不容置疑的,有些变革还非

[27] 《文献通考》,第166卷。

[28] 对此可参见Pascal Bastien最近完成的著作对上述情形的描述: *Une Histoire de la peine de mort. Bourreaux et supplicés: Paris, Londres, 1500-1800*, Paris: Le Seuil, 2011;另参见Paul Friedland, *Seeing Justice Done. The Age of Spectacular Punishment in France*, Oxford University Press, 2013。

[29] 参阅《旧唐书》,第2104页;《新唐书》,第1417页;《南史》,第1107页;《旧五代史》,第454页。

[30] 参见铃木秀光:《杖考—清代中期死刑案件处理の一考察》,载《中国—社会と文化》,第17卷,2002年6月。

常彻底、毫不妥协。整体上,这些变革一定会让人们感受到历史的“进步”,这不仅是因为刑法制裁手段受到某种克制,而且也因为克制刑法制裁手段所依据的原则,这些原则被明确提了出来,并被加以阐释。改革者的头脑里有着进步的观念。企图恢复历史上曾经有过的刑罚,背叛前朝人道做法的那些皇帝,很可能被人们视为倒行逆施的暴君,如同秦始皇或其他因残暴而被推翻的“昏君”。

在我看来,上述情形与马端临记载的另一段历史相对应。它始于唐初,延续至公元 640 年,那时唐太宗与他的大臣们正在编纂中国历史上最重要的刑律,后世各个朝代也常以唐代的刑律作为参考。在刑律的编纂过程中,唐太宗与大臣们曾产生过分歧。有一位大臣曾提出实施仁慈的做法,建议将刑律中 50 多个条款中涉及的绞刑用斩足来代替。对此,据《文献通考》记载,太宗皇帝反驳道:“古人已经废止残废肢体的刑罚,如今重新实施斩去右足的刑罚,这让人绝难接受”。大臣们还是想说服唐太宗:“残废肢体的刑罚在过去是为了惩戒那些较轻的罪行。如今陛下则是用它来宽恕那些本应处死的罪行。刑律规定用斩足代替绞刑,这是保全犯人的性命,犯人们只会因为得到宽恕而高兴,怎么还会怜惜被斩掉的右足?对于那些旁观者,斩足也一定会起到警示和劝导的作用。”唐太宗并未妥协,他说:“‘死者不可复生’,正因为如此用斩足代替绞刑才显得合理。可是,假如我们去想想那些受斩足之刑犯人的痛苦,那这种刑罚显然是令人难以接受的。”这时,一位大臣则提出刑律编纂者们最为关心的刑法体系的严谨性问题,并以此作为具有决定性的论据来反对斩足,即,假如刑律允许斩足,那么就会引起下面这个无法解决的难题:

古者五刑,刑居其一。今肉刑既废,以笞、杖、徒、流、死为五刑,而又刑足,是六刑也。于是除之。^[31]

上述文字表明,将死刑转换为斩足,这可以被看作是一种仁慈的做法,但是,增加斩足这一刑罚就会打乱刚刚建立起来的五刑体系的严谨性,正因为如此,斩足应当被彻底废除。该观点是具有权威性的,它表明:自周代(公元前 1121 - 公元 256 年)以来,五刑已成定制,由古人流传下来的前朝各种制度已成为应当效仿的、不容置疑的范例。正是根据古代形成的定制,刑罚只能划分为五级,既不能增加,也不能减少,尽管各种刑罚的具体性质和它们相互间的顺序关系会发生较大的变动,但五刑的做法在中国一直沿袭到 20 世纪初。如果用斩足来代替死刑,就会在唐律设定的五刑之外增加第六种刑罚,从而破坏刑律自身的逻辑。该观点的实质是:斩足这一刑罚完全不适应新的刑法体系,假如不从根本上改变刑法体系,那么就无法将斩足纳入到该体系中。然而,改变刑法体系,重新引入残废肢体的刑罚,即使以代替死刑为借口,也将成为历史的倒退,这在当时显然是不可能的。

747 年敕令对绞刑和枭首的短暂废止绝不是“废除死刑”。由于继续实施重杖的原因,死刑从未被废除过。当然,在历史上也曾出现过其他一些废除做法,如果我们不按照今天狭隘的标准来看待死刑,那么其中有些废除死刑的实践就会显得更为重要。死刑废

[31] 《文献通考》,第 166 卷。

除是一个显著,同时又非常复杂和充满矛盾的过程。历史上曾出现过许多废除死刑的实践,那些先前已经被废止了的死刑又常常在后来的实践中被再次废除,这就使人们不得不怀疑每一次死刑废除实践的实际效果!^[32] 历史不断地重演,废除死刑的法令不断被重复,人道的说法也不断被提出。所有这些都转化为某种“信息的传递”,官史记载中的统治者显然都想为后世留下“好生”的开明君主形象。实际上,正如唐太宗援引古人“死者不可复生”的说法,所有废除死刑的皇帝都在有意识地效仿古制,而这就是汉文帝在公元前167年颁布的诏书。接下来,本文将分析汉文帝的这一诏书。

二 公元前167年废除残废肢体的刑罚:宽厚的模式

中国古代实施的五刑被称为“肉刑”,因为这些刑罚在犯人身上留下永远的伤疤。尽管这些刑罚很残酷,但它们仍然按照严重程度被严格地加以区分,具体而言包括:(1)墨(黥刑,在脸上刺字)、(2)劓、(3)宫、(4)刖、(5)大辟(有腰斩、车裂、斩首弃市等)。

古代文人及历史上最早的那些典籍都曾记载过这些恐怖程度不断增加的刑罚,人们很熟悉那些曾被处以各种死刑的历史人物,还有他们被处死时的情景!比如秦朝的李斯,曾被秦二世在审讯后处以“具五刑”的惩罚。^[33] 非常有象征意义的是,历史文献常常强调各种令人恐怖的死刑,而忽略作为血淋淋肉刑的附属品或替代的那些刑罚,如监禁、徒刑、流刑。判断罪行或刑罚严重程度的标准是它们对身体完整性的破坏程度,而那些并非实施于身体的刑罚被各种正式刑罚所掩盖,但事实上这类刑罚却始终被利用得最多。尽管在历史上曾有多次改革,通过将残废肢体的刑罚转化为流刑或罚金从而逐步予以废止,但五刑仍旧是刑法体系的支柱。

公元前167年汉文帝统治时期,在经历了早期的由秦灭亡引起的社会动荡之后,汉朝的统治进入了一个比较稳定的阶段。当然,汉朝后来也曾发生过地方势力叛乱,但在整体上汉代的统治仍然比较牢固。正是在这一背景下,发生了人们熟悉的缙紫救父的典故。根据《汉书·刑法志》的记载,当时的齐太仓令淳于意,因得罪他人而受诬告并被判处刑罚。在淳于意被押解到长安受刑的时候,他望着女儿们叹气说到:“唉,可惜我没有男孩,遇到急难,一个有用的也没有。”他最小的女儿缙紫听到父亲的哀叹,又是悲伤,又是气愤,便提出陪着父亲一同到长安。缙紫到了长安,托人给皇帝呈上一封奏章,其中写道:

妾父为吏,齐中皆称其廉平,今坐法当刑。妾伤夫死者不可复生,刑者不可复属,虽后欲改过自新,其道亡繇也。妾愿没入为官婢,以赎父刑罪,使得自新。^[34]

[32] Hulsewé 在其前引书中罗列了若干重复废除死刑的历史,参见第114、272、385页(注185)。

[33] 参见 Chavannes, *Les mémoires historiques de Se - ma Ts' ien*, tome 2, p. 73, 李斯可能先后被刺字、剜鼻、斩足、杖击致死,最后还被截成两段,其皮肤和骨架被晾在城墙上。

[34] 《汉书》卷二十三,第1097 - 1098页; Hulsewé, *Remnants of Han Law*, 第334 - 335页。

淳于意之所以后悔没有生儿子,是因为当时的孝道允许儿子在一定条件下代替父亲受刑,而对女儿则没有那样的要求。淳于缇萦上书实际也是在恳请皇帝准许她替父受刑,以表明女儿能够与儿子一样恪守孝道,淳于缇萦也因此被记载到《烈女传》和《孝女经》之中,成为中国历史上一个有名的人物。值得注意的是,皇帝赦免了淳于意,没有让缇萦替父受刑。按照后人的说法,缇萦的话使汉文帝“怜悲其意,遂下令曰:

制诏御史:盖闻有虞氏之时,画衣冠、异章服以为戮,而民弗犯,何治之至也!^[35] 今法有肉刑三,而奸不止,其咎安在? 非乃朕德之薄而教不明与? 吾甚自愧。故夫训道不纯而愚民陷焉,《诗》曰:‘恺弟君子,民之父母。’今人有过,教未施而刑已加焉,或欲改行为善,而道亡繇至,朕甚怜之。夫刑至断支体,刻肌肤,终身不息,何其刑之痛而不德也! 岂为民父母之意哉! 其除肉刑,有以易之; 及令罪人各以轻重,不亡逃,有年而免。^[36]”

相比淳于缇萦的典故,汉文帝的诏书显然更为重要。缇萦救父的典故更多地出现在《汉书·刑法志》以外有关汉代历史的故事书中。这就会使人们产生这样的想法,即,当时的朝廷是有意强调缇萦给天子上书的情形,目的在于通过这个感人和充满人道情怀的故事来反映当时进行的刑罚改革,而如果仔细研读《汉书·刑法志》,就会发现这项改革实际上已经进行了很多年。缇萦救父这个非常有代表性的孝道故事,标志着中国历史上最重要的一种政府治理行为。“死者不可复生,刑者不可复属”这些从少女缇萦嘴里说出的话,很快就被朝廷大臣们援引到改革肉刑的进谏中。^[37] 改革肉刑的历史见于汉代法令的早期文献编纂之中,由此成为以后历代参考利用的法律遗产。^[38] 改革肉刑的历史在被载于《汉书·刑法志》之前就已经出现了,并对后世产生了深远的影响。此后几个世纪中的刑罚改革均援引汉代的历史作为依据,例如,当唐太宗与大臣们讨论是否应当用斩足来代替绞刑时就曾受汉代刑罚改革历史的影响。由此,尊重人身体的完整性便成了中华帝国时期具有宪法意义的法律原则。

可以说,汉文帝的诏书是中华帝国时期刑法哲学思想的代表:天子应当像“父母”那样教育臣民,应当预先明确规定哪些行为是被禁止的,否则,对于那些并不知晓法律规定的臣民而言,刑法就会变成陷阱。孔子也曾讲:“不教而杀谓之虐”。^[39] 对于自诩有“好生之德”的天子,如果不教育臣民,不预先清楚地规定那些被禁止的行为,从而给臣民制造陷阱时,那就是非常严重的过错。天子如果不想使自己的正当性遭到破坏,步前朝被推

[35] 传说中的舜曾经仅使用象征性和不会令人痛苦的刑罚,但这只是传说,后来的儒家重要人物荀子批判了这一说法。尽管如此,关于舜的上述传说还是被视为一种理想模式,并常常被后来的刑法改革者所援引。汉文帝的诏书即是一个典型的例子。

[36] 《汉书》卷二一三(刑法志三),中华书局1962年版,第1098-1099页。

[37] 参见 Balazs,《隋书》,第335页。

[38] “令甲”,是指汉代最早的天子诏书的汇编。公元前167年的诏书在其中位列第二,Hulsewé 的英文翻译参见 Hulsewé,同前引书,第42页。

[39] 《论语》第二十章之二。

翻暴君的后尘,那么他就应主动地改正过错。废除那些“断肢体,刻肌肤”使犯人终身不息的刑罚,代之以那些能够让犯人主动改过并重新回归社会成为庶民的刑罚,实际上也是天子自我悔过的公开表示。

《汉书·刑法志》对于汉文帝的诏书也表达了这样的想法。按照记载,汉文帝用有期限的劳役代替了残废肢体的肉刑,这使得犯人们能够经过若干年后重新回归社会,即通过刑罚使罪行得以清洗。按照《汉书·刑法志》的说法,改革得以持续进行,在汉文帝颁布诏书之时,两位大臣就已经编制出一份刑罚转换的清单。例如,“当黥者,髡钳为城旦舂”,即用繁重的劳役来代替在脸上刺字的肉刑。对于那些被判处真正残废肢体的刑罚的犯人,如劓、斩左趾,则用三百到五百下的笞刑来代替,前面已经提到,这种笞刑实际上是用重竹杖实施的刑罚。

然而,上述改革的结果却出乎人们意料,因为那些本应受益于笞刑代替残废肢体刑罚的犯人们,往往还是被笞刑致死。实际上,从减轻刑罚严厉程度的角度来看,最重的刑罚本来应当由 500 笞刑减少为 300,对次重的刑罚则应由 300 笞刑减少为 200,依此类推,但当时的改革并没有做到这一点。可见,公元 747 年的死刑废止并由“重杖”加以代替的做法,只不过是历史上汉代刑罚改革在六、七百年之后的再次反弹而已。在这两次改革之间的六、七百年的刑罚历史又是什么样的呢?古人们曾以不同的方式将前文马端临记载的三种刑罚加以结合运用,这三种刑罚分别是死刑、杖、流与徒。此外,还包括罚金刑,因为上述三种刑罚均可以同时附加罚金,具体金额根据不同时期和案情而有所不同。在实践中,上述不同刑罚是可以相互转换的:死刑可以转换为徒刑,而徒刑则可以通过支付一定金额的罚金而被免除;死刑可以全部或部分地用金钱来赎买,也可以用徒刑来代替,而杖刑则似乎是最为适当的替代手段。^[40]从这一点来说,汉代刑罚体系的严苛程度与战国时期相比较而言很明显地减轻了,而且,与人们对历史的误解不同,这种刑罚减轻的趋势其实在秦始皇时期就出现了。这种刑罚人道化的做法有着特殊的历史背景,在秦朝,司法审判本身成为一种为国家谋利的手段,国家通过允许赎买死刑与其他施加在犯人肢体上的刑罚而收获金钱,同时,也可以通过让犯人服劳役而无偿地获得劳动力供给。^[41]即使原本用来替代死刑的杖刑仍旧会致使被处以“生刑”的犯人死亡,但这种现象绝没有扭转刑罚变得更加仁慈的发展趋势。相反,那些对致犯人死亡的杖刑提出尖刻批评的意见,却往往主张恢复残废肢体的刑罚,重新实现某种程度的“刑罚严厉性”,反对公元前 167 年提出的宽松刑罚的做法。功利性和刑法人道主义的进步也遭到了某些抵制,后者有时还会占据上风,致使过去的某些肉刑在特定时期被恢复。刑罚的历史在这两种力量相互较量的过程中获得发展,不同朝代的具体情形决定了刑罚的发展方向,乱世导致重刑,这并不是中国所独有的情形。

[40] 在刑罚相互转换过程中一个重要的因素是犯罪之人的社会地位:根据犯人是贵族、商人或庶民,其刑罚起点的高低而有所不同,赎买刑罚的成本因而也不同。例如,贵族可以用自己的贵族头衔来赎买刑罚,比如贵族通过转变为庶民而不再受罚,除非后来他又犯其他的罪行;而商人则可以花钱买贵族头衔,由此避免受刑,等等。

[41] 关于这一段历史的情况,参见陶安的前引著作。

例如,在公元 220 年时就曾出现过是否恢复斩足这种刑罚的争论。那时中国历史正处于三国时期,魏国的大臣陈群向曹操进谏,建议恢复斩足之刑。陈群的理由无非是重申古人已经提出的那些观点,显示出对昔日肉刑的某种怀旧。^[42]简单地讲,陈群认为,当汉朝的先帝用笞刑代替残废肢体的刑罚时,其人道与仁慈的用意确实值得称赞。^[43]可事实上,犯人死亡的数量却增加了:这就是所谓的“名轻而实重者也”。换句话说,法律条文规定本身是减轻了刑罚——这就是所谓的“名”,它的重要性后面还要提到,但是,结果却实际加重了刑罚。陈群对此解释道,刑法体系的功能在于维护国家行为、教育臣民。因此,法律条文本身必须清晰,最简单的就是杀人者应偿命这类的规定。可是,用徒刑来代替死刑,这样就会使法律条文变得模糊不清,无法有效发挥刑罚的劝导功能。“名轻”会让人们变得无所顾忌,从而引起更多的犯罪,而“实重”最为伤害的还是老百姓。在陈群的建议下,残废肢体的刑罚被恢复了:宫刑、斩足等等这些能够让普通百姓看得见的刑罚,都发挥了劝诫人们不去做违法之物的效果,最终避免了死刑的适用。可见,这时统治者更关心的是让百姓变得正直守法,而不是他们的生命!

我们看到,陈群对百姓的同情促使他主张恢复残废肢体的刑罚,他重申,有“好生之德”的君主不应给自己的臣民设下“刑法陷阱”:不用那些公开的、具有震慑功能的肉刑来教育和劝导百姓,这实际上是在放纵他们,促使百姓们犯罪,最终落入刑法的陷阱。对于陈群提出的建议,朝廷大臣们展开了争论,而曹操的决定则是继续废止残废肢体的刑罚。^[44]值得注意的是,陈群指责刑罚“名”与“实”之间的差异,这有着充分的根据。三国是一个历史过渡时期,汉代的法律正在经历深刻的改变,它最终被唐律所吸收,而恰恰是陈群将魏国法律的开篇命名为“刑名”,即刑罚的名称。^[45]在这个与现代刑法总则非常类似的部分中,规定了刑法的第一个条文,它明确了新的“五刑”,而其中并不包括残废肢体的刑罚,同时还包括了一系列定义和根据不同情况与变化来适用刑罚的规则。事实上,由陈群的进谏引起的争论并没有得出明确的结论,它还在不断地重复,现代人只能看到这些争论中那些老生常谈的只言片语,但对这些争论的记载确实表明古人对刑罚进行了长期和持续的深入思考。了解这些争论的细节可能会比较困难,但人们仍可以归纳出这些争论的基本思路,《秦汉刑罚体系研究》一书的作者陶安(Arnd Helmut Hafner)在总结这段长达 700 年的历史时,绘制了如下图表,它能够帮助我们了解这一段历史:^[46]

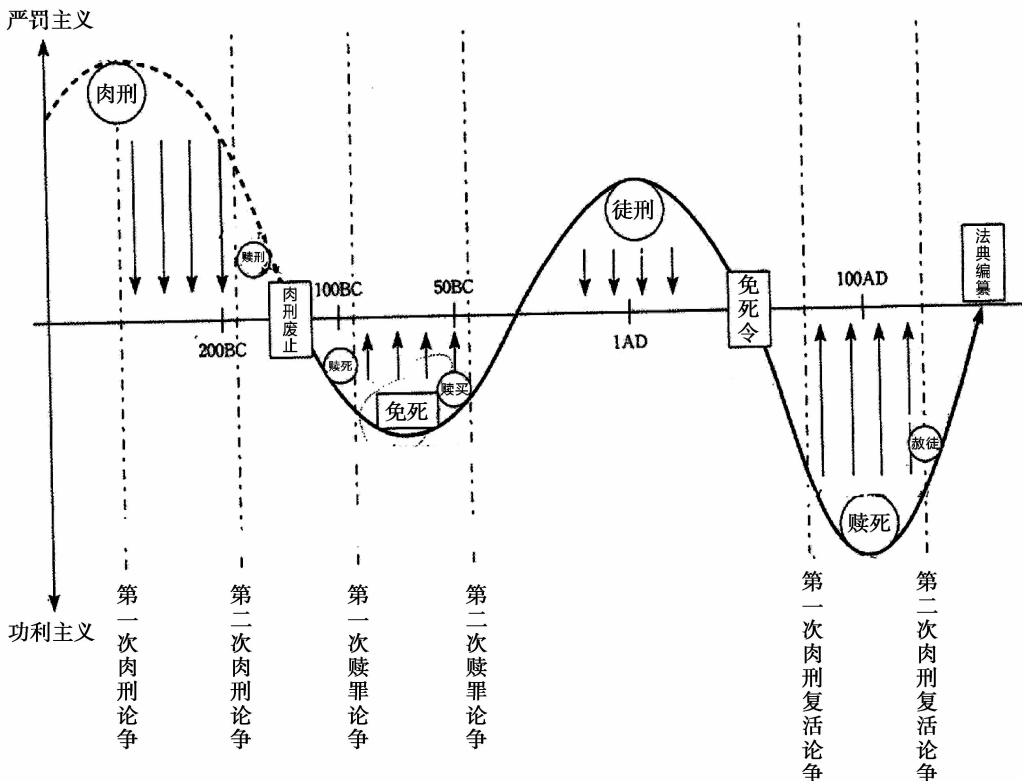
[42] 接下来的文字是魏史记载陈群事迹部分里关于他恢复肉刑言论的概括(参见《三国志·魏书》卷二十二,第 634 页)。

[43] 根据魏史的记载,陈群(? - 236)在公元 220 年时曾经与太祖,即曹操有过这段交谈(参见《三国志·魏书》卷二十二,第 634 页)。有意思的是,曹操问陈群的父亲陈纪的意思,陈群转述了其父的意见。但陈群和其父陈纪的建议最终并没有得到支持(参见下文引注)。

[44] 根据同样的史料记载,钟繇也支持陈群的主张,而王朗和其他一些大臣则反对,认为其“不可行”。最后,尽管曹操非常赞赏陈群和钟繇的观点,但还是战事未停为借口把这件事搁置起来。

[45] 晋代官史的刑法志部分提到了陈群在刑法改革上扮演的角色,见《晋书》卷三十,第 923 页。

[46] 参见 Arnd Helmut Hafner, *ShinKan keibatsu teikei no kenkyū*, 东京:外语大学出版社 2009 年版,第 381 页。



秦汉时期的刑法改革趋势

在横坐标的时间轴上,起点是战国,那时肉刑盛行,终点为5世纪的隋唐,这一时期的特点则是法典编纂。纵坐标的两端分别是“严罚主义”和“功利主义”或者说“实用主义”趋势,前者代表刑罚的严厉化,后者代表实施于身体的刑罚被转换为罚金。人们从这个图表中可以看到,刑罚严厉程度的减轻是整体趋势,但这一过程同时也伴随着刑罚体系的衰落和突然转向:在这一段历史的前100年中,废止残废肢体的刑罚伴随着对刑罚的赎买,从而使刑法的发展降到最低点,由此导致了随后死刑的有力反弹以及死刑替代手段——流刑的大量出现。在公元1世纪末、2世纪初,刑法的发展再次触底,由此引发了恢复残废肢体刑罚的讨论(公元3世纪初陈群提出的建议也属于该阶段)。刑罚改革运动的结果是刑法编纂,刑法典中“刑名定例”这部分通过对刑罚之间的转换与赎买做出了严格规定,从而使刑罚更加严格化。

有关刑罚的各种讨论加快了刑法编纂的进程,而刑法的法典化则是中华文明的重要成就之一。在6世纪末,中华帝国就已经正式结束了肉刑的武断使用,确立了罪行法定原则对审判活动的约束。刑法典在第一个条文中规定了五种法定刑罚,刑法典此后各个条文规定的犯罪,只能在五刑的范围内来处罚。^[47]

如果与此前曾经适用的五种残废肢体的刑罚相比,新五刑的进步显然是革命性的。这充分体现在实施新五刑的动机和它们产生的效果上,隋朝在颁布刑法典的诏书中,对此

[47] 公元640年颁布的《唐律》成为后代效仿的典范,这种情形一直持续到清末。而《唐律》则效仿了公元581年颁布的《隋律》,但《隋律》的文本没有流传下来,我们今天所知道的中国最古老的法律是元代(13-14世纪)版本的《唐律》。

曾经作过非常明确的概括：

夫绞以致毙，斩则殊刑，除恶之体，于斯已极。梟首輶身，义无所取，不益惩肃之理，徒表安忍之怀。鞭之为用，残剥肤体，彻骨侵肌，酷均齑切。虽云远古之式，事乖仁者之刑，梟輶及鞭，并令去也。^[48]

法律合乎理性的运用在于预防犯罪、打消人们犯罪的念头，而不是用刑罚去折磨犯罪的人。刑罚在惩罚犯罪的同时，还应当尊重犯人。法国学者白乐日 (Etienne Balazs) 将儒家倡导的“仁”翻译为“对人的尊重”，“仁”字本身包括两个组成部分，即“人”与数字“二”。因此，“仁”意味着，对待他人应当如同对待自己，将自己置于他人的位置来思考，以及对他人的同情，而隋朝刑法颁布时的天子诏书就是受到上述思想的启发。这实际上是以法律的方式，将现代立法者所说的“人至高无上的尊严”加以神圣化并视为圭臬，尽管那时的法律只是从肉体的意义上来理解人的尊严。国家有意识地不去侵犯人的身体尊严，进而保护人的身体，通过严惩那些亵渎人身的行为，使人身尊严获得尊重。然而，这些措施本身也伴随着新的矛盾，继而产生新的恶性循环，这表现在，对于那些违反国家禁令，残忍、毫无顾忌地迫害人身的行为，如活人祭祀、同类相食的行为，又应当如何惩罚？传统的观念认为，刑罚的严厉程度应当与罪行的严重程度相适应，这就使凌迟在那些极端特殊的情形下成为必要，但这显然会与上面提到的原则背道而驰，而且，五刑之中也并没有凌迟。公元八世纪时，就曾有一位朝臣以刑法典尊重人的身体为理由建议废除凌迟，但该建议并没有被接受，后人也不断提出废除凌迟的主张，对此，1905 年废除凌迟的诏书中都有相关记载。^[49] 从公元 7 世纪起，除了凌迟这种适用于最残忍罪行的例外刑罚，中国古代刑法对于一般犯罪不再适用残废肢体的刑罚。

结 论

通过对中国法在六、七百年间历史变迁的考察，会得出一个十分矛盾的结论。废除死刑的历史不断重复，但其结果却往往并不确定甚至最终被否定。历史上确实存在过完整意义上的“废除”刑罚的情形：例如，斩足曾被短暂地恢复，但此后就再也没有出现过，其他一些残废肢体的刑罚，尽管存在某些个别例外，但整体上已经消失。^[50] 然而，死刑却从来没有消失过，但它的执行方式却发生了深刻变化，以死刑作为最高刑罚的刑法体系本身也经历了重要变迁。

从公元 7 世纪开始，确立刑罚尺度基础的原则是对人身完整性的尊重。任何侵犯人身完整的罪行都遭到谴责、不被饶恕。^[51] 凌迟，作为明显违背人身完整性的肉刑，从来没

[48] 参见《隋书》卷二十五(刑法志)，第 711 页。本文的译本参考了 Balazs,《隋书》，第 76-77 页，并稍作修改。

[49] 关于凌迟被废止所经历的漫长历史，参见巩涛，“Abolishing ‘Cruel Punishments’: A Reappraisal of the Chinese Roots and long Term Efficiency of the Xinzheng Legal Reforms,” *Modern Asian Studies* 37.4 (Oct - Dec 2003), pp. 851-862.

[50] 其中主要的例外是对因叛乱、犯上而被处以分尸的罪犯的男性后代实施宫刑，以此替代死刑。大清律中也有这样的规定，它一直保留到 20 世纪初，但实际上从 17 世纪开始，这样的刑罚就很少适用了。

[51] 《大清律》第 287 条、第 288 条的规定就体现了这样的宗旨，这两条用凌迟处罚那些分尸、摘取他人部分肢体的罪犯。

有被包含在法定的五刑之中,它的正当性遭到历代法律人的否定。我认为,这就是中国法的特色:在其他文明里,有些刑罚随着时间推移渐渐消失或被废弃,但从来没有发生过现代语言意义上的、在制度和道德层面上的“废除”某种刑罚的情形。例如,康斯坦丁曾废弃了将犯人钉在十字架上的刑罚,不过,这是为了在惩罚那些最恶劣的犯人时不去亵渎“耶稣受难”的情景:这里的动机具有宗教性,而不是出于人道或法律的考虑。^[52] 人们在欧洲启蒙时期之前找不到与中国废除死刑相当的做法。同样,任何死刑都直接牵涉天子,死刑的大量增加和残酷的肉刑会破坏王朝统治正当性,这些都是非常有中国特色的观念。

比历史上的废除死刑和支持废除死刑的那些原则更值得人们关注的,是中国历史上的死刑废除主义运动,这是一个持续或至少是不断重复的运动。这个运动的观念基础与边沁的功利主义非常近似:刑法体系的构思和运用应当通过施加最低程度的刑罚痛苦,以最小的人性成本来保护所有人的福祉和安全。当然,除了支持严罚与主张仁慈这两派之间的争论,似乎还应当从中国废除死刑的历史中总结出其他经验。这里提出一些值得思考的问题是,从这种不断反复的、伴随着种种负面效应的死刑废除的悠久历史中,是否可以合理地得出某些启示,用它来预见刑法体系今后的发展趋势? 如果只是关注某一种刑罚,即使是最高级别的死刑,难道不会导致整个刑法体系的存在被忽视? 在这个体系里,其他每一种刑罚难道不是都有能力成为死刑的替代品,发挥死刑的功能,给罪犯带来与死刑同等程度的痛苦吗? 中国数百年废除死刑的努力已经表明,没有任何一次死刑废除最终取得了成功,真正的死刑废除主义是一种不断重复的尝试。

[Abstract] Campaigners against death penalty commonly present an edict issued by Emperor Xuanzong of the Tang Dynasty in 747 as the first abolition of capital punishment in history. Sadly, a thorough examination shows that, although strangulation and decapitation, the two legal forms of death penalties, were temporarily suppressed, executions went on through other means such as bastinadoes with bamboo. If it was not the forerunner that present-day abolitionists would expect, the 747 edict deserves interest as a belated expression of a deeply original and typically Chinese abolitionism. Launched by Emperor Wu of the Han in 167 BC, a series of legal changes resulted in the complete suppression of mutilating punishments (肉刑) after centuries of move forwards, reversals, and restarts. Indeed the Chinese civilization was the first to assess the legitimacy of legal penalties on the criteria of humanitarian principles, and to decide that punishments deemed “cruel” (酷) should be renounced by the State. China thus experienced all the challenges of legal progressivism long before Enlightened Europe launch the great reforms that won the day from the late 18th century on.

(责任编辑:王雪梅)

[52] 参见 Merback, Mitchell B., *The Thief, the Cross and the Wheel: Pain and the Spectacle of Punishment in Medieval and Renaissance Europe*, Chicago University Press, 1999。