

# 传统激活与现代观照

——“中国传统刑事法律的文化特征”专题研讨综述

陈会林, 王森坚

(中南财经政法大学 法学院, 武汉 430073)

**摘要:**“中国传统刑事法律的文化特征”研讨会主要围绕“中国传统刑事法律文化”做了六个方面的研讨。第一,关于中国传统刑法法律理念的研究,例如“仁善”、“无讼”、“慎刑”、“慎杀”等;第二,关于中国传统刑法的渊源、规范构成与法典编纂的研究,例如“礼刑关系”、“律例关系”、“例分八字”等;第三,关于中国传统刑法定罪量刑原则的研究,例如“原心定罪”、“原情定罪”等;第四,关于中国传统刑罚及特定罪刑的研究,例如“官刑”、“流放”、“人相食”等;第五,关于中国传统刑事侦查与审判的研究,例如“司法职业化”、“春秋决狱”等;第六,关于中国传统刑法近代化的研究,例如“刑事责任年龄”、“伤害尊亲属罪”等。

**关键词:**刑事法律;法律文化;综述

**中图分类号:**D909.2 **文献标识码:**A **文章编号:**1006-6152(2013)06-0050-05

“用现实的眼光洞察法史,于法史研究中体悟现实。”<sup>[1]</sup>在丹桂飘香、硕果满枝的金秋十月,“中国传统刑事法律的文化特征”研讨会暨湖北省法学会法律文化研究会第七届学术年会于2013年10月19日在武汉美丽的东湖之畔隆重召开。来自全国十余家高校、科研单位、法院和政府部门的八十多位代表参加会议。会议收到论文四十余篇,入选论文集33篇,其中专门研究中国传统刑事法律的有23篇。这23篇论文就中国传统刑事法律的法律理念、定罪量刑原则、刑罚及特定罪刑、刑事侦查与审判、制度的近代转型等六个方面的问题进行了深入研讨。这里的“中国传统刑事法律”是指清末修律以前的中国固有刑事法律,之所以不用“古代刑事法律”这一表述,主要是考虑到“传统”更具有古今传承的意蕴及与现代对应的色彩。古代中国本来没有民法、刑法等部门法概念,这里说“传统刑事法律”主要是以今观古的结果和研究叙述方便的需要。刑事化和伦理化分别是中国传统法律的形式特征和价值特征,所以在某种意义上,中国传统刑法文化的特征就是整个中国传统法律文化的特征。下面对本次研讨会就中国传统刑事法律文化的研讨情况做一简要综述。

## 一、关于中国传统刑法法律理念的研究

法律理念是法律价值的观念形态,核心要素是法的理想与法的信仰,亦即人们对法的存在和运行的理想目标模式及其基本实施途径与方法的虔诚期待和追求,正义、秩序、诚信等都是基本的法律理念。法律理念在不同时代、不同国家或民族,可能呈现出差异和特色。“何为传统刑法的法律理念”,这一问题一直是法学界追问的重点。本次研讨会对中国传统刑法的法律理念的讨论,涉及到“仁善”、“无讼”、“慎用死刑”等话题。聂长建在《孔子的刑法思想概略》<sup>①</sup>中指出,孔子以“仁”为法哲学的逻辑起点,主张刑法理念是以仁善为本、恶法非法,治理犯罪以道德教化为主、以刑罚威慑为辅,并因此提出“道之以政,齐之以刑,民免而无耻;道之以德,齐之以礼,有耻且格”的治国模式。“无讼”或“息讼”是指一个社会没有纷争和犯罪,以致不需要法律或者法律搁置不用的理想状态。陈忠徽《国家治理视野下的古代中国“无讼”论》一文认为,“无讼”论是古代中国治国方略与治国目标的理想表达,也是一种重要的刑法理念,对法制影响很深,例如,在诉讼制度设计方面规定严格的起诉制度,打压讼师参与诉讼,将职业法律人边缘化等;在司法案件处理方面,拒理并以刑

收稿日期:2013-10-30

作者简介:陈会林,男,湖北荆门人,中南财经政法大学法学院副教授,博士,湖北省法律文化研究会秘书长、常务理事;王森坚,男,浙江杭州人,中南财经政法大学法学院硕士生。

罚制裁亲属之间的起诉行为,化诉讼为“官批民调”等。王森坚《古代中国慎用死刑理由之考察》一文认为,古代中国的死罪众多、死刑残酷,但纵观中国刑法史,历代统治者对于死刑的运用往往采取比较慎重的态度,将“慎刑”、“慎杀”定为基本国策,其理由时有变化,例如西周主要是“天命靡常、惟德是辅”的治国需要,汉初主要是“道法自然,清静无为”的执政要求,西汉中期以后主要是顾及“阳尊阴卑、天人感应”之神秘警示的结果,隋代是受到佛教“不杀生”、“生死轮回”思想的深刻影响,唐代是“君舟民水”之民本主义思想的体现,等等。

## 二、关于中国传统刑法的渊源、规范构成与法典编纂的研究

### 1. 中国传统刑事法律渊源的特征

法律渊源是法的来源、源泉、源头,亦即法产生的基础、原因、途径或依据。以近现代视角观之,自然主义法学认为法源于神的启示、自然法或正义准则,实证主义法学认为法源于民族精神、主权者的命令、基础规范或制度事实。程欢《中国古代刑事法律渊源的渊源研究》一文从资源性要素、进路性要素、动因性要素三个方面考察了古代中国刑事法律的渊源,认为资源性要素主要有习惯、礼制、道德等;进路(形成途径)性要素是立法、行政、司法三者兼备;动因(形成动力和原因)性要素主要是战争(所谓“刑起于兵”)。此“三要素”论可谓独辟蹊径,别有深意。

### 2. 中国传统刑事法律的规范构成

古代中国并没有近现代意义上的、自成体系的“法律”,大致说来,相当于今天法律的规范,宋代以前主要是“礼+刑”,宋代以后主要是“天理+国法+人情”,后者中的“国法”有律、例等形式。本次研讨会对中国传统刑法规范构成中的礼刑关系和律例关系这两大核心问题进行了深入研究。金鑫《西周家族礼刑制度初探》一文在“家族是中国传统文化的堡垒”的语境下,考察了西周时期礼和刑分别涉及家族的具体内容。文章认为血缘宗法性本是中国传统法的基本特征,但西周的礼和刑仍有专门指向家族的内容,例如,“礼”中的“亲亲尊尊”原则、“父母之命媒妁之言”的结婚制度等;“刑”中的“原父子之亲”听讼原则、天子亲族享受“不躬坐狱讼”、“有罪不即市”等特别优待、“族刑”成为重刑等。吴绘玲《论汉律中的礼法融合》一文考察了汉律中礼法

融合在刑法中的体现,例如,罪名方面规定违反“三纲”行为为重罪:违背“君为臣纲”之礼定为大逆、谋反、不敬、欺谩、不道等罪,违背“父为子纲”之礼定为不孝罪,违背“夫为妻纲”之礼定为内乱等罪。刑罚原则方面强调礼刑互用、复礼慎刑,主要体现为亲亲相隐、矜恤老幼妇孺、官贵有罪先请等。彭巍《由〈读例存疑〉看清代刑例对律的细化和发展》一文通过对薛允升《读例存疑》中有关“犯罪存留养亲”律及附例的解读,考察和分析了刑法中“例”对“律”的细化与发展功能。“犯罪留存养亲”律文的规定简单,但其例文不仅对本罪主体进行多种区分,而且对律文规定有所增补或限制。所谓“例之破律、废律”者,是在具体情形中对律的发展和完善,并非是借定例否定原律文。

### 3. 中国传统刑法典的编纂

中国古代成文法典的编纂技术,奠定于《法经》,发展于秦汉,魏晋南北朝出现突破性进展,隋唐臻于成熟。“例分八字”是中国传统律学和律典中表达特定立法技术的固有词汇,“八字”即历代律典中最常用的“以”、“准”、“皆”、“各”、“及”、“其”、“即”、“若”八个字,历来有“律母”之称。吴欢《明清律典“例分八字”源流述略》一文认为,“例分八字”最早见于宋人傅霖所撰《刑统赋》,宋元律学家又进行进一步疏解,《大明律》始将“例分八字之义”表于“名例律”,《大清律》沿袭此制并进一步体现,实现了“例分八字”从律学主张到官方律典的转变。“例分八字”体现了传统刑法化解成文法语境下法意与法条之间、法律与情伪之间矛盾的技术智慧,至今仍有现实意义。

## 三、关于中国传统刑法定罪量刑原则的研究

定罪量刑原则是刑法的核心内容。古代的犯罪构成理论,尤其是定罪量刑原则,向来是传统刑事法律文化研究的重中之重。黄雄义《古今犯罪构成的比较分析》一文认为,古代中国并无系统的犯罪构成理论,仅有“据状断之”、“据众证定罪”等定罪量刑规则。若以当代刑法犯罪构成四要件标准视之,古代犯罪构成要素规则已经比较全面,但与今天相比仍多有差别。例如,在犯罪主体方面,古代刑法除特殊犯罪(例如身份犯)之外几无规定,同时将行为人的年龄和责任能力仅视为决定刑罚时所需考量的因素;在犯罪客体与客观方面,行为是否构成犯罪,

取决于此行为所产生的社会危害性,但受君主专制的影响,主观归罪的情形比较常见。刘永婷《中国古代刑法归罪原则的文化解读》、李楚楚《中国古代原心定罪思想之法文化研究》、柳正权《“原心定罪”与“原情定罪”之辩》三文对传统刑法中“原情定罪”、“原心定罪”原则及其二者之间的区别进行了考察和辨析。刘文认为,古代“原情定罪”意指除考察行为人的本心之外,还应考察认定的事实是否有悖常理、常情,以及要求将更多的相关要素纳入定罪的考量范围,区别于现今主客观相统一的归罪理念。“贤人政治”理念、“比附类推”逻辑等是“原情定罪”的文化根源。李文认为,“原心定罪”的核心在于,执法者在断案时,不仅要弄清犯罪的事实,更要追索涉案人的主观动机,强调司法要平衡情与法之冲突、彰显“人情”,体现执法的灵活性以及力图兼顾“个案公正”与“社会公正”。佛教宣扬的报应观念是“原心定罪”的重要文化根源。柳文认为,“原心定罪”是春秋决狱的原则,“原情定罪”是一般的定罪原则,二者既有联系又有区别。东汉以后,随着佛教在中国的传播和中国“心学”的发展,“心”、“情”的内涵及外延均发生变化,渐将外在的“情”指向于内在的“心”,即两者趋于同义,这导致“原心定罪”与“原情定罪”经常在同一意义上使用。

#### 四、关于中国传统刑罚及特定罪刑的研究

##### 1. 中国传统刑罚研究

本次研讨会关于传统刑罚的研究涉及到刑罚原则、刑法体系、特定的刑罚制度等问题。聂长建《孔子的刑法思想概略》一文指出,孔子提出的“宽严相济”既是刑罚原则又是刑罚方法。从原则层面而言,“宽严相济”要求对主观恶性大、危害性大的犯罪从严从重处罚,否则从宽从轻处罚。从方法抑或从犯罪心理学层面而言,“宽严相济”针对“人是理性的动物”这一观点,要求制订“严密”的法律,因为“严密”比“严厉”便于理性计算,更具有威慑力。作为从“猛”转化来的“严”,不仅仅是“严厉”,亦是“严密”。孔哲在《试论中国古代“五刑”制度的演变及其特征》中认为,古代中国的“五刑”制度由奴隶制“五刑”(墨、劓、剕、宫、大辟)向封建制“五刑”(笞、杖、徒、流、死)的演变体现了轻刑化、反复化、特权化、与生产方式发展变化相适应等特征和规律,这些特征和规律对于完善当代中国的刑罚制度具有重要借鉴作用。

关于中国传统刑法中特定刑罚制度的研究,主要涉及宫刑和流放刑。赵进华《汉文帝不除宫刑赘说》一文利用史实证据证成“文帝除肉刑而宫不易”之旧说,证伪“文帝除宫刑”之新说,认为《汉书·晁错传》和《汉书·景帝纪》等文献中能够佐证文帝除宫刑的材料,证明力非常有限,而且后人存在对这些文献误释误读的问题。宋飞《中国古代流放刑制度之变迁》一文指出,古代中国的流放刑始于秦汉,发展于魏晋,成熟于隋唐,消亡于清末。中国传统的流放刑与西方的流放刑有重大不同:从刑罚目的来看,中国流放刑主要是为了巩固边防,为“守”,为“义”;而西方多为拓展边疆、繁荣边地,乃至后来海外殖民,可谓“攻”,可谓“利”。从施刑后果来看,中国不鼓励猎杀被流放者,而西方被流放者大都免不了被随意屠杀的悲惨命运。从刑罚理念来看,古代中国认为罪不可赦者必须通过国家暴力剥夺其生命权,只有情节轻者才可以选择流放等刑罚;而西方自古认为罪不可赦者也不一定非要通过国家暴力剥夺其生命权,可以选择被公民社会驱逐的刑罚。

##### 2. 中国传统刑法特定罪刑研究

关于中国传统刑法中特定罪刑的研究,主要涉及“别籍异财”和“人相食”。作为另立户籍和分割家族财产的行为,“别籍异财”本为传统礼制所禁,但传统刑制规定却有变化。王杰在《中国古代别籍异财之禁发展及其法文化解读》中指出,“别籍异财”在秦律中是强制行为,即不“别籍异财”者违法,“民有二男不分异者,倍其赋”;唐律开始规定“别籍异财”为罪行,宋承唐制,但对“别籍异财”的禁止程度与处罚力度都变得较为宽松和灵活,例如允许在祖父母、父母的主持下进行“别籍异财”,并且将“别籍异财”的行为列为“亲告罪”,国家并不主动对此行为进行处罚。清末法律改革之前的“别籍异财”罪刑规定实际上已成具文。“别籍异财”之禁是法律儒家化的产物,后来成为具文,是部分传统礼制背离社会发展实际的反映。“人相食”是中国历史上对天灾人祸中人们互相残杀啃食现象的一个固有表述。易江波在《“人相食”:中国史中的一个固有表述及其法理》一文中指出,“人相食”的话语和观念系统的主流蕴义是:以人类对“人相食”的怵惕哀矜的基本情感为起点,视其为常态化规则、秩序与正义崩溃的表征,引发对执政者施政过程与绩效的批判检讨,强调社会精英乃至普通百姓在世乱之际的责任担当。“人相食”的非司法化,是中国传统法文化

中的一个特有规律。“人相食”话语和观念的力量,反映了“人”作为“类”与“群”所具有的特定地位,作为权利关系主体或个体的脆弱性,这是中国古代“人相食”话语和叙事的一个内在逻辑。

## 五、关于中国传统刑事侦查与审判的研究

### 1. 关于中国传统刑事司法职业化的研究

古代中国不存在现代意义上的独立司法权和专职司法机关,但存在司法职业。陈景良在《唐宋州县治理的本土经验:从宋代说起》一文中指出,古代中国司法职业化的倾向始自唐宋州县,宋代业已成熟。宋代“狱司推鞠法司检断,各有司存,所以防奸”的“鞠讞分司制”可以分为四个层次,即“巡捕”阶段、“推鞠”阶段(指调查与讯问)、“检断”阶段(指检法)、“判决”阶段。宋代的州级司法中“侦讯、检法、判决”三分,成为司法职业化倾向的典型体现。

### 2. 关于中国传统刑事侦查的研究

刑事侦查分为常规侦查和秘密侦查两类。雷冬在《中国古代刑事秘密侦查制度论略》中认为,古代中国的刑事秘密侦查是侦查人员隐藏身份和意图,在暗地里针对可能的刑事犯罪嫌疑人展开的秘密调查活动,不同于官府受理刑事案件以后发布指令,批示官差衙役拘传、逮捕或拷问犯罪嫌疑人等公开调查取证方式,其方法措施主要有利用“耳目”(线人)侦查、监视窃听、跟踪盯梢、便衣侦查、秘密辨认等。与常规侦查相比,它具有两大特征:一是受律法的制约与限制较轻,更多体现出官员的法律自由裁量权;二是因为实施于犯罪发生之前,所以可以起到遏止犯罪实施乃至犯罪预谋的作用。

### 3. 关于中国传统刑事审判的研究

秦汉时期,中国法制指导思想或理论依据的变化,大致经历了法家思想、黄老道家思想、儒家思想三大阶段。汉代刑事审判理念的儒家化主要不是通过立法而是通过“春秋决狱”这种司法方式实现的。张鹏、栾静斌《从春秋决狱看汉代刑事审判理念的儒家化》一文认为,“春秋决狱”不仅以衡平方式弥补了当时法律制度的僵化缺陷或规范漏洞,使得刑事审判体现天理、国法、人情三者的一致性以及礼法融合的精神,而且奠定了儒家“经义”在法律中的指导地位。郭义贵、张名锋《中国古代刑事审判的独特性》一文以明末著名文学家冯梦龙的小说《蒋兴哥重会珍珠衫》为基础材料,从“法学与文学交叉”

的维度挖掘古代中国刑事审判所具有的“行政强势,司法依附;公重于私,民统于刑”特点。

## 六、关于中国传统刑法近代化的研究

本次研讨会对中国传统刑法近代化的研究,普遍采用“以小见大”的研究模式,内容包括刑事责任年龄、伤害尊亲属罪、发掘坟墓罪等。刑事责任年龄即开始承担刑事责任的最低和最高年龄。舒砚《刑事责任年龄制度在近代中国的演进》一文立足于立法文本,认为古代中国基于“矜老恤幼”思想而有刑事责任年龄的规定,但这种规定既不独立也不固定,大致规定7—15岁以下、70—90岁以上者犯罪不承担刑事责任;近代中国基于“惩治教育”原则,开始建立独立的刑事责任年龄制度,自清末修律至《中华民国刑法》颁行,中国刑事责任年龄的规定发生了16岁→15岁→14岁的变化。

伤害尊亲属同罪异罚,是最能体现中国传统刑法伦理特性的内容。陈会林、刘瑞《近代中国伤害尊亲属罪之刑罚变化考论》一文通过考察伤害尊亲属罪的刑罚在近代的变化和近代西方刑法典的相关规定,见证和评价了中国刑法近代化的进程与成就。文章指出,中国在近代刑法变革中,伤害尊亲属的行为仍然被规定为犯罪,而且处罚比常人之间伤害的处罚要重,但这种处罚本身在逐渐变轻,在逐渐接近常人的处罚。西方《法国刑法典》《德国刑法典》等具有代表性的近代刑法典均有危害尊亲属人身罪的特别规定,而且相关处罚也都比常人重,这似乎表明,对伤害尊亲属罪的刑罚予以特别规定,是近代刑法典的通例;侵害尊亲属要加重处罚,是近代西方刑法的重要原则和精神。如果我们认同西方的刑法近代化标准,那么传统或主流观点笼统认为中国刑事法律的近代化在清末民初没有完成是有问题的,至少伤害尊亲属罪刑制度的近代化已经基本完成。

《钦定大清刑律》虽然在当时没有实施,但它是清末修律乃至中国刑事法律近代化的重要成果。刘鄂《依违于礼教与宗教之间——〈钦定大清刑律〉“发掘坟墓罪”研究》一文指出,在《钦定大清刑律》的起草修订过程中,“发掘坟墓罪”规定与其他有关伦常的条款一样,始终被作为特殊制度安排:在刑律正文按外国刑法(“日本1907年刑法”)进行修订的同时,又以“附则”或“暂行章程”等特别法的形式,规定《大清律例》中的发冢律仍然有效。这种一典两制、自相矛盾的怪异法制,反映了中国礼教与西方

宗教之间的强烈冲撞和相关立法宗旨依违于中国礼教伦理与西方宗教精神之间的摇摆。修律者的立法技术“智慧”虽使该条款的出台减少了阻力,但隐含了对中西文化关于坟墓、尸体保护扞格不入之处有意无意的忽略。

冬日暖阳,东湖扬波。学术成于新知,学理臻于共识;文化存于比较,哲思在于超越,这是本次研讨会承载和体现的学术精神。本次研讨会主要有以下特点:第一,话题新颖,探讨深入,“例分八字”、“人相食”等话题都给人耳目一新之感;第二,以现代视野考察传统刑事法制,所讨论的话题大都是针对当今刑法学界或实务界的前沿、热点问题,体现了传统激活与现代观照、为当代刑事法制进步与完善提供思想借鉴与传统资源的学术主旨;第三,在选题方面注意点面结合、以小见大,例如以刑事责任年龄、伤害尊亲属刑罚、发掘坟墓等具体制度的变化考察中国传统刑法的近代化;第四,研究方法和视角独特,

例如以类型学方法将传统刑事法律渊源分为资源性要素、进路性要素、动因性要素三个方面进行考察;从文学的视角,以一部小说为基本材料考察分析传统刑事法律的特征。本次研讨会的问题也是明显的,例如,原创性研究不足,刑事法律的文化因素探讨不够,有些重要内容或问题(例如外国法制对中国传统刑法变革的影响)没有专门研究,等等。

#### 注释:

- ① 文中所列文题均见于湖北省法学会法律文化研究会编《中国传统刑事法律的文化特征研讨会论文集》。

#### 参考文献:

- [1] 陈景良.用现实的眼光洞察法史,于法史研究中体悟现实[J].法学研究,2009(2).

责任编辑:刘伊念

(E-mail:lynsy@jhun.edu.cn)

## Tradition Activation and Modern Perspective ——Summary of Symposium in *Cultural Characteristics of Traditional Chinese Criminal Law*

CHEN Hui-lin, WANG Sen-jian

(Law school, Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan 430073, China)

**Abstract:** The symposium *Cultural Characteristics of Traditional Chinese Criminal Law* focused on Chinese traditional culture of the criminal law and did discuss in the following six aspects. First, on the Chinese traditional legal concepts of criminal law studies, such as “benevolent”, “no suits”, “cautious punishment”, “cautious death penalty”, etc.; Second, with regard to the origin of traditional Chinese criminal law, constituting and codification, such as “ritual punishment relations”, “statutes relationship” and so on; third, with regard to the principles of traditional Chinese criminal law conviction and sentencing study, for example, “conviction according to heart”, “conviction according to emotion” and so on; section Fourth, on the Chinese traditional crime and specific punishment studies, such as “castration”, “exile”, etc.; fifth, Chinese traditional criminal investigation and trial studies, such as “judicial professionalism” and “sentencing in Spring and Autumn”, etc.; sixth, on the modernization of Chinese traditional criminal law studies, such as “age of criminal responsibility”, “hurt ascendants crime” and so on.

**Key words:** criminal law; legal culture; summary of symposium