

刑罚制度：重刑还是重刑主义？PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E5_88_91_E7_BD_9A_E5_88_B6_E5_c122_484734.htm 中国古代刑罚较为苛重

这是一个早已为大家所认可的事实，不论是从法内刑的墨、劓、刖、宫、大辟到笞、杖、徒、流、死的演变，还是从五花八门的法外刑如：汤镬、菹醢、炮烙、凌迟的存在来看，重刑在中国古代历史上的确是一以贯之的。据此，有学者认为中国古代历来奉行重刑主义，且一直影响到今天，成为中华民族文明进步的一大毒瘤。与此相反，也有越来越多的学者认识到和谐是中华几千年文明的核心与精华，中国古代的先哲们一直在苦苦探索并不懈追求着国家、社会以及人与自然的和谐之道，并以此来治国平天下，从而创造出了令人赞叹的中华文明。两相观之，二者几乎形成了一个悖论，因为我们不可想象一个在重刑主义压抑下的民族居然可以创造出如此富于智慧与美感的和谐文明。那么，这个悖论如何解释？重刑、重刑主义与和谐的关系究竟怎样？让我们从对中国古代社会重刑与和谐并存现象的分析入手，探究一二。

一、中国古代社会的重刑与和谐（一）重刑与和谐的概念 所谓重刑，是指刑罚本身比较残酷，或者适用范围不当的一种刑罚状态，它以刑种苛繁、罚不当罪、肉刑及死刑残骇，以及巨大的精神折磨等为特征。从哲学的角度来看重刑是以你死我活的斗争来解决矛盾的一种方式，其结果必然是矛盾的一方被另一方所消灭从而使得矛盾本身解体。关于和谐，不同学者从不同角度提出了许多观点：有学者认为和谐社会是指人们的生活安定（安全）有序，诚信、友爱、富裕，且充满

活力、心情舒畅的一种状态。也有学者认为，和谐是事物本质中差异面的统一，是事物存在和发展的一种状态，它是反映矛盾统一体在其发展过程中对立面之间所表现出来的协调性，一致性、平衡性、完整性和合乎规律性的辩证法范畴。它是矛盾同一性的表现形式之一。还有学者认为，和谐是指事物协调地生存与发展的状态。2005年2月19日，胡锦涛在中共中央举办的省部级主要领导干部“提高构建社会主义和谐社会能力专题研讨班”开学典礼上发表重要讲话指出：“我们所要建设的社会主义和谐社会，应该是民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会。”避开种种定义角度的不同，我们不难发现和谐在本质上是一种通过协调、整合来解决矛盾的方式，其结果是矛盾双方的共存与双赢。很明显作为矛盾的调整方式，重刑与和谐是截然不同的两种方法、两个极端，然而它们却在中华文明几千年的发展历程中交汇了。（二）重刑与和谐的并存

1、重刑与和谐在亲属关系中的并存 亲属，是基于婚姻、血缘或收养而建立起的人们相互之间的关系。他是一个社会中最基本的人与人之间的关系，和谐也必然首先于此得以体现。中国古代的法律在维持家族亲属关系上是和伦理打成一片的，以伦理为礼法的根据，亲族以服制区分亲疏，包括斩衰、齐衰、大功、小功、缌麻。其中斩衰服是我国古代丧服制度所规定的最为隆重的一级丧服，其期限为3年服饰最为粗重，在亲属关系中它的适用包括子为父、妻为夫。依次往下齐衰适用于父卒为母，母为长子。大功适用于从父昆弟、庶孙、娣妇、出嫁之姑为侄等。小功适用于从祖祖父母、从祖父母从祖昆弟、从父姊妹、外祖父母等等。缌麻适用于族曾祖

父母、族祖父母、族父母、庶孙之妇、外孙等。总之，以服制为制度依托，我国古代的亲属划分非常明确的形成了一个尊卑、长幼、亲疏有别，层次分明从而和谐有序的家族伦理社会。与此相伴，亲属相犯以五服制刑，宗法关系对刑法的适用至关重要。在《五服图解》中龚瑞曾说“欲正刑名，先明服纪，服纪正，则刑正，服纪不正则刑罚不正矣”。因此，至明清为了“亲族有犯视服等差定性轻重”，丧服图正式列入了刑法典。简而言之，服制越近的亲属，以上犯下罪责越轻，以下犯上罪责越重，而且其所要承受的刑罚之严厉是令人发指的。譬如，历代法律对于不孝罪的处置一贯采取的是加重主义：骂人在常人不算一回事，但骂祖父母、父母便是绞罪，且在十恶重罪之列。至于骂以上的行为更是不能容忍的恶逆重罪了，法律的处分也更加严厉。汉律、宋律处梟首，唐律处斩决，《清现行刑律》改为徒刑，而且一律不问故意或者过失都是如此定罪。若致父母于死，则又罪加一等，唐、宋处斩。元、明、清律则罪至凌迟。凌迟本不是五刑之一，为法外最残酷的刑罚，据载：“凌迟者，其法乃寸而磔之，必至体无完肤，然后为之割其势，女则幽其闭，出其脏腑以毕其命，支分节解，菹其骨而后已。”意思是说凌迟的方法是用锋利的小刀在全身划出一个个口子，一刀刀切碎身上的肉，让全身没有一点完好的皮肤。

2、重刑与和谐在社会关系中的并存

在古代中国社会关系当中贵贱、良贱的差别不仅存在，且为社会、法律所认可。《新书》云：“奇服文章以等上下而差贵贱。是以高下异，则名号异，则权力异，则事势异，则旗章异，则符瑞异，则礼宠异，则秩禄异，则冠履异，则衣带异，则环?异，则车马异，则妻妾异，则泽

厚异，则宫室异，则床席异，则器皿异，则食饮异，则祭祀异，则死丧异。”从天子到百姓，中间有无数的级差，表现在日常生活中，则饮食、衣饰、房舍、舆马、婚仪、丧葬、祭祀等皆有等差，其中，每一项又有许多细微的差别，如衣饰一项，颜色、质地、皮毛、冠履佩饰都因身份而异。即便是公服朝服，由于品级不同，冠式、冠饰、服色、花样、腰带、佩绶、朝笏等也各不相同。总之，衣食住行、婚丧嫁娶，无处不体现出名分的差异。这同样使人与人之间层次分明、等级有序从而使有限的物质财富通过等级的划分变得相对的富裕，在差别对待的基础之上使整个社会实现了不同等级的和谐相处。但是，违反了它就是逾制，为国法所不容。简而言之，良犯贱，其处分较常人相犯为轻，贱犯良较常人相犯为重。贱民毆杀良人，汉时为弃市。唐、宋律加凡人一等或二等治罪。明、清时一律加凡人一等治罪。若毆伤良人至跌折肢体，瞎目及笃疾者，唐、宋、明、清各律皆处绞刑，至死者斩。

3、重刑与和谐在行政关系中的并存“民本”是中国古代行政制度的一个精辟概括。天子是民之父母，万民之主，民应以子事君，作天子的子民，忠于君。而天子及其所率领的朝臣应当为民请命，造福百姓，鞠躬尽瘁死而后已。在这样一种体制下，民对君负有完全的义务，而君对民负有完全的责任，义务与责任的结合使得中国古代的行政关系在专制制度下最大限度地实现了统治者与被统治者的和谐共存。然而，在这种和谐的体制下，却隐藏着中国古代最残酷的刑罚适用。《元史·刑法志》中记载：“诸谋反已有反状，为首及同情者凌迟处死”。《大明律》规定“凡谋反及大逆，但共谋者，不分首从，皆凌迟处死”。《大清律例总类·刑

律》也有同样的规定“凡谋反及大逆，但共谋者，不分首从，皆凌迟处死”。此外，株连制度也是在中国古代行政关系与亲属关系的共同作用下引发出的重刑之一，历朝统治者对谋反、大逆等罪都是大肆株连。我国早在古代奴隶社会就有株连责任的记载，《尚书·甘誓》中就有一人犯罪，株连其家族的“孥戮”制度。到秦朝时，株连责任更是被广泛采用，发展到同居连坐、职务连坐、军伍连坐等多种形式。自此，株连制度一直延续到明清。可见，不论是在亲属关系、社会关系还是在行政关系领域内，中国古代制度的和谐与刑罚的残酷都被很自然的溶合在一起。那么，造成这一现象的原因是什么呢？

（三）中国古代重刑与和谐并存的原因分析 我们知道，和谐之所以必要是由于不和谐或者说矛盾的存在。当事物矛盾的斗争性得到很好的协调从而使矛盾的同一性占据主导地位的时候，我们便认为这样一种状态是和谐的。那么在人类社会当中，究竟有哪些不和谐或者说是矛盾的存在呢？笔者将其归为三类：一类是由人类社会的利益生产与分配问题导致的不和谐，他与人的生存密切相关，所以可以叫做“人身”的不和谐。第二类是由于不同人心理塑造与调整的不同而导致的不和谐，这是属于人内心世界的问题所以可以叫做“人心”的不和谐。第三类是人类的理想追求与现实的矛盾所导致的不和谐，它实际上是人的欲望与现实物质条件之间的矛盾也就是我们常说的人的自由问题，所以我们把它叫做“人心”与“人身”之间的不和谐。对于这三类不和谐，需要用不同的方法来解决：人身的不和谐，需要我们建立一套包括了激励与分配机制的制度，从而使得人类的利益可以得到不断的扩大和合理的分配；人心的不和谐，需要我们

创造一种文化来对人的精神世界进行调整从而树立一种信仰；人身与人心的不和谐需要我们发展科学技术来帮助人类实现他的理想追求。在中国古代，前两类问题的解决恰恰为重刑的存在提供了合法性依据，这正是本文所要重点阐述的。

（一）中国古代和谐之道的制度设计与重刑的产生 在谈到中国的古人们是如何设计制度来使利益的生产和分配达到和谐并由此产生重刑这个问题之前，我们应该先了解一下新制度经济学当中的“囚徒困境”理论。这个理论是说，两个抢银行的人，抢了银行以后，他们被作为嫌疑犯抓了起来，但又没有什么证据。警察把这两个人放在不同的房间里，分别审讯，威逼利诱。说如果你招了，对方不招，你就会被从轻发落，对方会被加重刑罚。相反，如果对方招了，你不招，对方被从轻发落，你被加重刑罚。结果是两个人都招了，都按正当量刑被关进了监狱。实际上有一种更好的方法，就是两个人都不招。如果警察没有任何证据的话，这两个人都会被无罪释放。两个人都招了，实际上这就是一种不合作的做法。不合作的结果就是两个人都被判了刑。两个人都不招是一种合作的办法，其结果是两个人都可以无罪释放。这个理论说明任何人之间都有两种关系：合作，两个人都获益；不合作，两个人的效用或财富就会受到损害。在人类社会当中，人们之间在经过了多次博弈之后，会最终意识到采取合作的策略或者采取不合作的策略就会导致财富的差别。所以，人们建立了各种制度，制度存在的理由就在于人们需要合作，制度的差别就在于安排人们合作的方式不同。这是从新制度经济学的角度揭示了人类通过制度的安排使利益的冲突由不和谐到和谐的过程。中国的古人们正是在本土资源的基础上

，基于这样一种考虑建立了自己的利益和谐制度----家国一体。我们知道国家与百姓之间一个很重要的利益分配问题就是国家以税收为核心的索取率问题，其核心是如何确立一个最佳索取率。因为索取率过高，老百姓就没有积极性去生产，国家的生产力就会下降，甚至会导致政权的更替。而如果一味施行仁政降低索取率，老百姓固然会很高兴得归顺于你，因而不会产生内乱，但是可能被外国君主打败。因为极低的索取率就意味着军事这样一些公共产品的水平会很低。所以，索取率过高会有内忧，而过低则会有外患。如何用合作的方法解决这样一个“囚徒困境”呢？众所周知，在中国最不会互相争利而又最懂得为对方着想的一对关系就是父子关系，因为他们在利益关系上是一致的。在这对关系中，子对父负有“孝”的义务，也就是要奉养；而父对子负有“慈”的义务，也就是要关心、爱护。中国的古人们将父子关系推广至君民关系，建立了一套家国一体的“家天下”制度。这样一来，双方无疑都会从心里到行动实现最大限度地合作，从而成功地解决了“囚徒困境”的问题。更为重要的是，这样一套制度依靠道德信念维持，其运作成本很低而效率极高。但是，与此同时我们也应该看到：在中国，父子关系还有另外的一面那就是管教与被管教，而这对应到君民关系就是专制与被专制。父字据《说文》：“矩也，家长率教者，从又举仗”，字的本身即含有统治和权力的意义。子孙违反父的意志，不遵约束，父亲自可行使权威加以惩戒，甚至是生杀大权。而君民之间更是“君要臣死，臣不得不死”。所以，以下犯上，侵犯君权是忤逆、是大逆不道、是禽兽不如，在感情上是绝对不可以被原谅的，而更重要的是这种行为会从

根本上动摇整个社会赖以存在的制度基础，所以当然要被处以极重的刑罚，其后果正如本文在上一节中所展现的。（二）中国古代和谐之道的文化追求与重刑的产生与家国一体的国家制度相适应，中国的古人们发展出了一套以解释家族伦理关系为核心的儒家文化。在这一文化体系内，指导人们对利益进行合理分配的自然也是一套伦理观念——义。何为义？《礼记·礼运》篇中有云：父慈、子孝、兄良、弟弟、夫义、妇听、长惠、幼顺、君仁、臣忠，十者谓之人义。这是对义的一种具体的解说，从中可以概括出五种社会关系：君臣、父子、兄弟、夫妇、长幼。可见，所谓的义，首先是一种身份关系，中国数千年的文化，从一开始就着眼于由家族而展开的人际关系，创造了一套完整的身份规则。这样的一套规则在制度上的安排就就会达到我们在上一点中所提到的效果：使人们在有限的物质条件下，各安其利，而又能互相合作，从而实现了当时历史条件下所能达到的最大程度的和谐。在此基础上，“义”衍生出了它的第二种涵义，即所谓“义”者“宜”也，即“应该”，也就是要求人们按照各自的身份地位去做事、相处，它是一种绝对的道德命令。这样一来，人们的日常生活便完全道德化了。在这里，所有的问题都只有一个道德判断标准，那就是以义为标准而划分的善与恶，善所以讲应当，恶所以有禁忌。梁治平先生说得好：“两千多年来，当西方人为私欲的满足提供一种尽可能合理的秩序，并使之不断完善的时候，中国人却一直在做着另一件事情，结果，西方人创造了一种高度复杂精细的技术体系，中国人却只有一套‘义利之辨’的哲学”。这样我们就可以理解，为什么古人处断即使在我们看来是最典型的民事纠纷

的时候，也动辄以刑罚相加，就是因为在他们眼中，财产问题原本是道德问题，而依道德的标准来衡量，人是分为“好的”和“坏的”的。更为重要的是，这导致在中国古代社会，人们关注的重点是惩罚的正当性，而对刑罚给受刑人所造成的巨大痛苦视而不见。基于此，人们更多地把刑罚当作一种爱，而没有把刑罚理解为一种会给人造成痛苦的恶。所以，即使在最普通的中国老百姓眼里，例如欺辱父母，背叛国家这样一些违反大义的事情都是该遭“千刀万剐”的，这就为重刑的存在提供了文化上的合法性依据。（三）中国古代和谐之道的社会土壤与重刑的产生如前所述，中国古代的和谐之道以及由此导致的重刑都与家族文化密切相关，可以说，家族文化和生产力的不发达（后者是整个古代历史刑罚较重的共同原因）造成了中国古代重刑与和谐并存的局面。那么，这种家族文化更深层次的社会成因是什么呢？用一个字来概括，那就是“农”。中国是一个大陆国家，中华民族主要以农业为生。农业最重要的资源——土地是没有办法移动的，所以靠土地生存的先民们就被固定在了土地上，生活在祖祖辈辈生活的地方。这就是说，由于经济的原因，一家几代人都要生活在一起。人口越来越多，而土地所生产的资源是相对有限的。从制度经济学的角度看，中国古代家族制度的产生正是顺应了让有限的资源能够比较合理的在众多的人口中分配这样一个要求。它使得绝对意义上短缺的资源，通过以身份为依据的等级间的分配在上层等级那里变得相对富裕，而下层等级又无所怨言。这无疑是最复杂、最精妙，而且可以说是相对和谐的制度之一了。中国古代各家各派的学说尤其是儒家的学说大部分都是论证这种制度

合理，或者是这种社会制度的理论说明。现实的社会法律制度实际上也都是以这种家族制度为核心展开的：君臣关系可以按照父子关系来理解，朋友关系可以按照兄弟关系来理解。以上是从经济的角度来理解，从文化的角度也是如此。农业对自然的依赖性很高，所以他们赞美自然，热爱自然，从心理上臣服于自然。当人类社会出现一些问题的时候，他们便会虔诚地向自然寻求解决之道。作为中国传统文化核心的“和谐”，就是把对自然的这种赞美和热爱发挥到了极致，它是农对自然依赖的一种表现。人们相信，春夏秋冬的交替、天地万物的繁衍生息，虽然没有任何外在的强制力却都运作的井井有条，正如《豫?彖传》说：“天地以顺动，故日月不过，而四时不武。”天道阴阳规律的变化，集中表现为日月和四时的往来，既不过越又无错差，总是顺其自然而发展，体现着一种和谐有序的永恒过程。因此自然本身是和谐的，人类社会只要遵照这种自然的和谐便可以实现人类社会的和谐。正所谓“人法天，天法道，道法自然”，人类社会要想实现自然那样的和谐状态，就要“顺其自然”就要“天人合一”。在人类社会中，最大的自然就是父、子、兄、弟、夫、妻这样一些血亲关系。所以中国古代的社会关系也就自然而然的建立在这些血缘关系的基础之上。综合以上论述，我们对中国古代重刑与和谐并存的现象似乎可以得到这样的解释：中国的地理环境决定了中国古代社会只能是一个以农耕为主的农业社会，农业社会的不可迁移性和资源有限性孕育出了家族主义的制度与文化，而家族主义的制度与文化最终为重刑的产生提供了制度上和文化上的合法性。

二、中国古代社会的重刑主义与和谐

（一）重刑主义的概念 所谓重刑

主义，是指人们迷信刑罚的作用，对于刑罚预防犯罪的功能过分推崇，从而认为动用刑罚手段可以解决一切社会矛盾的一种意识形态。在中国古代历史上，商鞅既是第一个系统提出人性好利恶害观点的人，又是最早提出“禁奸止过，莫若重刑”的重刑主义思想家。他的观点如下：“刑戮者，所以止奸也”《商君书》。“胜法之务，莫急于去奸。去奸之本，莫深于严刑”《商君书》。“治国刑多赏少，乱国赏多刑少”《商君书》“重刑，连其罪，而民不敢试，民不敢试，故无刑也...夫先王之禁，刺杀，断人之足，黥人之面，非求伤民也，以禁奸止过也...禁奸止过，莫若重刑...刑重而必得，则民不敢试，故国无刑民”《商君书》商鞅的“以刑去刑”理论是针对儒家“以德去刑”而提出来的，他认为运用刑罚是君主对人民的爱护，相反仁义施予民倒是表现了残暴，是谓“杀刑之反于德，而义和合于暴”韩非继承商鞅的重刑论和好利恶害的人性论，并有进一步的发展“夫严刑重罚者，民之所恶也，而国之所以治也。哀怜百姓轻刑罚者，民之所善，而国之所危也”《韩非子·奸劫弑臣》“夫严刑者，民之所畏也。重罚者，民之所恶也，...严刑重罚之可以治国也”《韩非子·奸劫弑臣》。“且夫重刑者，非为罪人也，明主之法，揆也。重罚者，盗贼也。而悼惧者，良民也，欲治者奚疑于重刑？”《韩非子·六反》。（二）重刑主义与和谐的关系从以上对重刑主义的论述中，我们不难发现重刑主义的实质是要把以对抗从而达到矛盾一方消灭另一方的矛盾解决方式扩大到整个社会关系当中来。基于这种理念，重刑主义对于前文提到的“囚徒困境”有自己的解决方式，那就是所谓的“不合作升级的道路”。即双方并不互相合作从而达到双赢，而是一方凭借自己的绝对优势彻底的消灭另一方，从

而独享红利。在这种机制下，一方要想在最后的竞争中胜出，就必须不断地扩充自己的实力并加以维持，一旦有一天其势力无法保障那么另一方就会用同样的方法将其打倒，这就形成了人类的一条发展路径那就是“战国?帝国?战国”模型。与和谐机制所采取的合作升级的道路，从而导致人类发展的另一条路径“战国?帝国?后帝国”的模型，也就是中国历史上的“战国?秦?汉”的模型截然相对。而后者正是本文在上一节当中所谈到的以家族主义为核心的中国式和谐所走的道路。事实上，中国自秦以来，统一的大帝国文化就为轻刑罚、重和谐的合作升级的发展道路奠定了基础，因为外患已不再是中国社会的主要矛盾，只讲耕战的法家就逐渐的以另一种方式即德主刑辅的理论方式存在于中国社会，而这一直是汉代以降历朝历代的主流思潮。整个社会秩序主要是靠以家庭为核心的伦理道德来维系，刑罚只是维护和执行道德的工具。中国的古人们不但用伦理道德关系来治理社会，而且用伦理道德关系来裁判人们之间的日常纠纷。历代统治者都是首先希望通过伦理道德教化可以使民“无争”从而“无讼”，即便“讼也者，事势之所必趋，人情之所断不能免者也”那也要在“断讼”上大做文章，以期通过适当的“断讼”教化于民而达到“息讼”的目的。而“断讼”的方法无非有两种：一是“调处”，二是“判决”。不论是哪一种方法，评判所依据的原则、规范都是“礼”、“习俗”“良知”“天理”“人情”等等，简而言之一个以家族伦理道德关系为核心的“义”字。由此观之，不论从制度上考察还是从文化上分析，贯穿于中国历史上的治国之道决不是迷信刑罚惩治功能的重刑主义，而是注重社会关系和谐发展的家族伦理。

三、结语 综合以上论述，笔者认为：在中国古代社会，重刑的存在确实是一以贯之的，而且它与制度及文化的和谐设计本身又达成了一种和谐，成为古代社会整体和谐所不可或缺的一部分。换句话说，重刑在中国古代社会是有其合法性依据的，因而它并没有受到人们更多的质疑与否定。因此这种重刑的存在绝不是什么重刑主义。重刑与重刑主义在中国的历史上都真实的存在过，但不同的是，尽管单独的来看重刑本身是有缺陷的，但它在中国式和谐的这样一个大国中却有其恰如其分的地位。而重刑主义则与古代和谐的制度与思想在根本上是对立的。总结历史的经验，我们还可以得出这样的一个结论：合作就会实现和谐从而带来和平，而不合作则会破坏和谐从而导致重刑主义、战争。前者是中国古人所选择的道路，所以中国是历史上唯一一个文明没有中断过的国家。而后者似乎是整个人类发展的趋势，直到今天更为先进的武器还在研制当中，人类战事不断。所以历史赋予中国人这样的重任：寻求中华的和谐之道，复兴中华的和谐文明，为万世开太平！100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com