

中国肉刑的废除过程对死刑废除的启示

陈银珠

(重庆大学 法学院,重庆 400044)

摘要:肉刑从五帝时代产生,到清朝完全废除,经历了漫长的历史过程。肉刑在历史中有其特有的预防犯罪和实现报应的功能。肉刑的产生,实现了肉刑报应和预防犯罪的功能;肉刑的反复过程,是寻找肉刑的替代刑的试错过程;肉刑的废除,是肉刑的功能被社会成本更小的刑罚所取代。从刑罚预防和报应功能的角度来解释肉刑产生、反复和废除的过程,这对当前处于困境中的死刑存废问题有所启示。

关键词:肉刑;刑罚的功能;替代刑;死刑

中图分类号:DF612

文献标志码:A

文章编号:1008-5831(2011)05-0108-06

中国古代的刑罚可以分为奴隶制五刑和封建制五刑,前者包括墨、劓(yì)、刖(yuè)、宫、大辟等,后者包括笞、杖、徒、流、死等。肉刑以残害身体完整性为内容,并且是造成不可恢复的伤害的刑罚,即是“断肢体,刻肌肤,终身不息”的刑罚,包括墨、劓、刖、宫等。这四种肉刑,从轻到重依次为墨、劓、刖、宫。

一、肉刑的废除过程

在中国刑法史上,肉刑并不是从来就有的。肉刑的产生满足了特定的需要,肉刑具有特定的功能。随着历史的发展,肉刑的弊端逐渐显现,寻找肉刑替代刑的尝试和改革渐渐开始。肉刑的反复过程,也是寻找肉刑替代刑的过程。肉刑废除的根本原因在于寻找到了社会成本更小同时又能实现肉刑预防犯罪和报应功能的替代刑。

(一)三皇时代:没有肉刑的时代

三皇时代,没有死刑和肉刑,只有扑捩(chì)和放逐。三皇时代,惩罚违反风俗习惯行为的方法是扑捩(chì)和放逐。扑捩即用竹制击具打击人的身体。扑捩的意义在于教育,而不是惩罚。《尚书·洪范》中记载“嚮用五福”。根据蔡枢衡先生的考证,这句话的意思是“教导用五种扑捩”^{[1]49}。扑捩的作用只是用来教导违反风俗习惯的人改邪归正,同时对其他人也敲响警钟。

《路史·前纪》:“刑罚未施而民化。”《路史·后纪》:“刑罚不施于人而俗善。”《商君书·画策》:“神农之氏,刑政不用而治。”桓谭《新论》:“无刑罚谓之皇。”根据蔡枢衡先生考证,这里的“刑罚”不是后世对各种刑罚的概括,而是仅仅指死刑和肉刑^{[1]50}。这说明,在三皇时代,没有死刑和肉刑,民风淳朴。

(二)五帝时代:以死刑和肉刑为中心

五帝时代,主要介绍夏族和苗族的肉刑。肉刑起源于苗族。在五帝时代的

苗族,早在少皞时期就建立了以肉刑为中心的刑罚体系。《尚书·吕刑》记载:“苗民……爰始淫为劓(yì)刵(èr)椽(zhuó)黥(qíng)。”

意思是,苗民的刑罚有割鼻、揭去膝盖骨、切割男性性器官、头额刺墨。所以,苗族的刑罚体系由四种肉刑和一种死刑组成。苗族的肉刑有臙(揭去膝盖骨)、劓(yì 割鼻)、宫(切割男性性器官)、刺墨(头额刺墨),死刑有刳(割颈)。后来受到夏族的影响,这五种刑罚被强制改为抉目(剜去眼珠)、截刳(feì)(切去小腿肚以下)和矛鑕(zūn)刺喉(断颈,使身首异处)等三种刑罚。《尚书·吕刑》所谓“群后之逮在下,明明斐常,齔寡无盖”,根据蔡枢衡先生的考证,意思是,群臣改变裁判条规,把原来的臙劓宫墨刳到五种刑罚改为剜去眼珠、刳刑和矛鑕刺喉^{[1]55}。

在虞舜年间,夏族受到苗族的影响制定了以肉刑为中心的刑罚体系。夏族的刑罚,因为刑罚对象不同,刑罚方法有所不同。如果刑罚对象是本邦邦人,刑罚的方法就是五种象刑;如果刑罚对象是异邦邦民,刑罚的方法就是有邦、兢兢、业业、一日、二日等五种死刑和聪明、明畏等二种肉刑。根据《尚书·皋陶谟》的记载,五帝时代夏族共有“有邦”(火烤熟食)“兢兢”(用矛刺喉)“业业”(碎削周身肌肉)“一日”(束缚在十字架上砍下四肢和头颅)“二日”(束缚在十字架上死去)等五种死刑和“聪明”(剜去眼珠)“明畏”(切去小腿肚以下)二种肉刑,都是以来自异族的邦民为对象。到虞舜末年,五帝时代以针对异族邦民为对象的有邦、兢兢、业业、一日、二日等死刑方法和聪明、明畏等肉刑方法都被废除了。

(三)夏商周时期:以肉刑为中心

夏朝的肉刑。五扑和六击,五扑是指用五种不同的竹材锤击身体所组成的扑拱体系;六击是指死、劓、墨、臙、宫、椽(zhuó)(椽击女性胸腹,压抑子宫,以妨交接)等六种刑罚组成的刑罚体系。

商朝的肉刑。商朝沿袭了夏朝的刑罚体系,但是废除了椽刑。

周穆王的刑罚改革。周朝又沿袭了商朝的刑罚体系。周初,周穆王改臙(揭去膝盖骨)为刳(截去胫茎),又改刳为刵(斩去脚趾),形成墨、劓、宫、刵、杀五种刑罚,四种肉刑和一种死刑组成的刑罚体系。《尚书·吕刑》记载,“朕敬于刑,有德惟刑。今天相民,作配在下”,意思是周穆王对肉刑持儆戒、谨慎和恐惧的态度,他认为肉刑增加了人与人之间的仇恨,所以,废除臙刑,刑法明文规定刳刑。并且,周穆王

号召当时诸夏各邦,改革自己的刑罚制度。《尚书·吕刑》记载“训夏赎刑”,意思是周穆王训导诸夏各邦,仿照周穆王,改革自己的刑罚制度。春秋、战国时期,各国的肉刑仍然是周朝肉刑的继续,直到秦始皇初期,仍然延续黥、劓、刵、宫等四种肉刑。

(四)汉文帝废除肉刑:以劳役刑和笞刑取代肉刑

秦朝仅仅14年便走向灭亡,汉朝统治者认为秦朝短命的原因主要是即赋役过重和刑罚严酷泛滥。所以汉朝初年,一方面休养生息,减役薄赋;另一方面降低刑罚的严酷性,限制刑罚的滥用。汉高祖约法三章,汉文帝废除肉刑,皆以秦为鉴。

汉朝初年,仍然沿用肉刑,汉文帝元年(公元前179年)废除了宫刑,只剩下三种肉刑,即黥、劓、刵(既包括斩左趾,又包括斩右趾)。

汉文帝十三年(公元前167年),缙萦救父,感动汉文帝,汉文帝废除黥、劓、刵等肉刑,改黥(qíng)刑为髡(kūn)钳(剃光头、胡须,脖子上戴一个铁钳)城旦(男性犯罪人从事筑城劳役)舂(女性犯罪人从事舂米的劳役);改劓刑为笞三百加城旦舂、鬼薪白粲和隶臣妾;改斩左趾为笞五百加隶臣妾、司寇作或如司寇;改斩右趾为弃市。刵刑分为斩右趾和斩左趾,就刑罚对人的伤害程度而言,斩右趾比斩左趾更为严重。最终,汉朝的刑罚体系由五个等级组成:(1)城旦舂;(2)髡钳城旦舂;(3)笞三百另加城旦舂三年、鬼薪白粲一年、隶臣妾一年;(4)笞五百另加隶臣妾二年、司寇作一年或如司寇二年;(5)弃市。后来,汉景帝时,在劓刑改为笞三百的基础上,再改为笞二百;在斩左趾改为笞五百的基础上,再改为笞三百,最后改为笞二百。

(五)肉刑的反复:肉刑替代刑的试错过程

从汉文帝刑罚改革开始,肉刑作为一种刑罚制度已经废除,在刑罚体系中失去了一席之地。但是,因为生刑与死刑之间存在很大空间,随着社会形势的变化,肉刑也屡有反复。直到隋唐时期,随着隋朝《开皇律》和唐朝的《永徽律》确立了笞杖徒流死的刑罚体系,其中已经没有肉刑的位置,奴隶制的五刑才最终被封建制五刑所取代。但是,肉刑作为制度外的一种刑罚方式,仍然没有禁绝。肉刑作为法外处罚方式仍然被使用。其中黥刑直到清朝的刑法改革才最终被废除。

1. 黥刑的反复

汉文帝刑罚改革废除黥刑,以髡钳城旦舂替代。

但是,黥刑在历史上仍然存存废废,直到清末刑罚改革,才将黥刑最终废除。两晋南北朝时期,曾经被废除的黥刑又被恢复,并且有非常细密的规定,比如根据奴婢逃亡的次数,对刺字的部位有不同的要求,还规定了刺字的长度和宽度。到隋唐时期,黥刑再次被废除,但是到五代十国时期,黥刑又被恢复,当时为了防止士兵逃亡,许多士兵脸上都有刺字。宋朝时期,黥刑使用范围更为广泛,主要作为附加刑使用,宋朝法律规定,流刑、徒刑、杖刑都可以附加黥刑,而且加役流必须附加黥刑。宋朝的黥刑,刺字的工具从以前的凿子改为针,针刺的部位有刺面、刺额角、刺耳后的区别。刺墨的形状也有不同,有的刺字,有的刺环形、方形、圆形等图形。而且,根据流刑距离的远近,刺墨的深度也相应的不同。辽代的刑罚沿袭宋朝,仍有黥刑,后来因为刺面过重,刺墨的部位改为刺颈项和手臂。元代的黥刑使用得更加普遍,以至于法律不是规定哪些行为应当使用黥刑,而是规定哪些情况可以免于使用黥刑,比如对蒙古人和妇女可以免于使用黥刑。明清两朝基本沿用黥刑,直到清末才彻底废除。

2. 劓刑的反复

汉文帝刑罚改革废除肉刑,改劓刑为笞三百,汉景帝时又改为笞二百。劓刑作为一种刑罚被废除了,但是作为非正式的处罚方式,仍然留有余迹。南朝梁时,曾用劓刑代替一些死刑,到天监十四年(公元515年),梁武帝萧衍下诏废除,“世轻世重,随时约法,前以劓刑,用代重辟,犹念改悔,其路已塞,并可省除”^{[2]32}。后来,劓刑的使用鲜有见到,但是在少数民族统治的地区仍可见到,唐朝的吐蕃就广泛使用劓刑,金国对犯重罪的赎刑者,也使用劓刑。在元朝时候,对某些盗窃罪,也使用劓刑。

3. 刖刑的反复

虽然汉文帝废除刖刑,但是在南北朝时期刖刑得以恢复,并且有过之而无不及。实施断足的方式是断脚筋。南朝宋明帝下诏恢复刖刑,明帝死后,刖刑即被废除。唐朝初年,刖刑曾经短暂存在。唐太宗时期,长孙无忌、房玄龄等人修订刑法时,曾把绞刑的50种犯罪改为断右趾。后来,唐太宗感觉不妥,“肉刑,前代除之久矣,今复断人趾,吾不忍也”^{[2]38}。遂将断右趾改为加役流三千里,附加劳役两年。

4. 宫刑的反复

宫刑虽然在汉朝初年得以废除,但是汉景帝时,

又得以恢复,到汉武帝时,宫刑的使用更加普遍。宫刑最初是作为死刑的替代刑来使用,后来成为皇帝临时决定使用的一种独立的刑罚。东汉时期,宫刑仍被保留,汉光武帝诏曰:“死罪系囚,皆一切募下蚕室,女子宫。”到汉安帝永初年间(元年:107年-末年:113年),大臣陈忠上书请求废除宫刑,得到皇帝批准,宫刑被废除。南北朝时期,南朝继承了魏晋时期的法律,没有宫刑,但是北朝仍然存在宫刑。魏分裂为东魏与西魏,西魏文帝大统十三年(547年)下诏:“自今应宫刑者,直没官,勿刑。”但是,东魏宫刑仍被保留。直到隋朝,隋文帝杨坚正式下诏废除宫刑,“宫刑至隋乃赦”,宫刑作为一种刑罚走到了历史的尽头。

(六) 清朝肉刑的彻底废除:自由刑取代肉刑

这次改革不但废除了奴隶制五刑中残余的肉刑,而且废除了封建制五刑中的笞刑和杖刑,同时也废除了各种残酷的死刑执行方式。建立起以自由刑为中心的近现代刑罚体系,即死刑、无期徒刑、有期徒刑、拘役、罚金等。

“(顺治)三年五月(1646年5月),大清律成,始祖御制序文曰:‘朕惟太祖、太宗创业东方,民淳法简,大辟之外,惟有鞭笞。’”^{[3]564}清世祖入关,沿袭明律。“……竊盜之割脚筋,重辟减等之贯耳鼻……或沿自盛京条例,或顺治朝偶行之峻令,不久革除,非所论也”^{[3]577}。

光绪三十年(1904年),经刘坤一、张之洞提议,将笞杖等罪改为罚金,至此,笞刑、杖刑被废除。“三十年,刘坤一、张之洞会奏变法第二摺内,有恤刑狱九条。其省刑责条内,经法律馆议准,笞杖等罪,仿照外国罚金之法,改为罚银”^{[3]578}。

光绪三十一年(1905年)年,沈家本等奏请删除凌迟、枭首、戮尸等死刑执行方式,统一改为斩、绞刑。并且提议废除刺字之刑。“夫肉刑久废,而此法(指刺字)独存,汉文所谓刻肌膚(肤)痛而不德者,未能收弼教之益,而徒留此不德之名,岂仁政所宜出此。拟请将刺字款目,概行删除”^{[3]579}。

二、肉刑废除的历史解释:功能论的提倡

(一) 人本论

人本论从人道主义的立场来解释肉刑废除的原因。“反酷刑的历史回顾还告诉我们,反酷刑总是与人的发现和重视,人性的发现和张扬,人的价值的发现和相联系的。人本身越受重视,人的地位越被尊重,人的价值越高,反酷刑的要求就越高,越迫

切。因而,古今中外,反酷刑总是以人的学说或人权的学说为支撑的”。“中国古代反酷刑的理论支柱是以儒家为代表的人文主义学说”^[4]。人本论为统治者废除肉刑提供了思想的指导和精神资源。但人本论还不足以为废除肉刑提供民意支持和具体方案。无论是统治者,还是普通百姓,面对犯罪问题,高唱人道的凯歌无济于事。

(二) 经济决定论

随着封建经济制度取代奴隶制度,人的劳动力价值提高了,为了促进经济的发展,需要保存完整的劳动力。“随着生产力的发展,人的劳动力价值日益提高,统治阶级的统治经验也日益完善,特别在封建经济制度已经取代奴隶制的情况下,由于肉刑的这些特点,越来越不适应小农经济的要求。新的经济基础不仅要求完整的劳动力,而且要求劳动力有相对的人身自由,割损人的身体并限制人的自由的肉刑越来越不适应社会的发展”^[5]。这种观点把经济制度与刑罚之间的关系简单化了,经济制度无疑会影响到刑罚的观念和制度,但是它们之间的关系很难简单地用经济制度的转变决定肉刑的废除来解释。而且,经济决定论不能解释在封建经济制度下肉刑反复的原因。

(三) 权力艺术论

福柯从权力、知识与躯体三者之间的关系的角度来研究刑罚的变化。从身体刑到自由刑的转变过程发生在 1750 年到 1820 年的欧洲和美国,这个转变过程,在福柯看来不仅仅是刑罚在数量和程度上变得轻缓了,而是发生了质的变化,即刑罚的处罚对象从肉体到灵魂,显示的是权力运作方式的变化。新的权力运作方式作用于人的灵魂和精神,通过最小的成本获取最大的刑罚效果。刑罚的对象从肉体转变为精神,刑罚目的从复仇转变为改造,刑罚技术从绞刑架到监狱。“对罪犯的性格或灵魂的关注也就应当看作是人类社会对人的躯体的处置办法的漫长历史上的最新发展”^[6]。“基于这些概念,福柯的刑罚史以及国家史就从根本上是一整套关于权力、知识和人的躯体的关系的发展变化。尽管福柯没有明确说,但在他的描述和叙述中所体现的基本命题就是,权力、知识和躯体三者的关系是社会和历史变化的基础。在福柯看来,如果把刑罚的变化看作是法学家的理论追求的结果,或个人主义发展和人道化的结果,那就是只看到了表象,刑罚的变化是权力、知识和人的躯体关系发展的结果”^[6]。这种观点

深刻地看到了刑罚的变化不仅仅是法学家理论追求的结果,或者个人主义发展和人道化的结果,而是因为权力、知识和人的躯体的关系发展的结果。通过最小的成本获得最大的刑罚效果,给予功能论以启示。

(四) 功能论

功能论的内容是,肉刑的存在因为在特定的历史条件下,肉刑具有刑罚预防犯罪和实现报应的功能;肉刑的废除是因为随着经济社会的发展,肉刑对社会的负面作用凸显出来;肉刑的反复是在寻找社会成本更小同时能够实现肉刑预防犯罪和实现报应的刑罚功能的替代刑的过程。简而言之,就是用社会成本最小的刑罚实现最大的刑罚功能。

肉刑在历史中的存在有其特定的功能。它在个人没有什么财产,而且个人自由也没有多大价值的年代,对身体造成痛苦的肉刑一方面实现了报应功能,另一方面实现了预防犯罪的功能。而且,犯罪人身上永远留下的印迹,使其他人可以远离罪犯,免受罪犯的侵害。废除肉刑的关键问题是,由肉刑所行使的报应和预防功能,应当由何种刑罚来行使。如果仅仅因为肉刑残酷就废除,那么犯罪受害人心理如何抚慰,社会民众如何摆脱对犯罪的恐惧,如何避免犯罪人再次犯罪和其他人实施犯罪。肉刑的废除,不但需要文明观念的支撑,更需要肉刑的功能可以被替代刑实现。肉刑的存在有其历史原因,也实现了刑罚的功能。肉刑的废除过程,是肉刑被新的刑罚方式取代的过程。肉刑功能的缺失,是导致肉刑反复的根本原因。

随着经济社会的发展,随着文明观念的发达,肉刑的弊端日益显现。肉刑的残酷性;肉刑断绝了犯罪人改恶从善的机会;肉刑无助于消灭犯罪,还会助长犯罪。肉刑尤其是宫刑妨害人口的繁衍,不利于人口的增加。肉刑残害身体的完整性,不但不能为社会创造财富,而且增加社会的负担。肉刑是一种永久的耻辱,树立了犯罪人对统治者的敌对情绪,造成了犯罪人及其家属对统治者的紧张关系。

要求废除肉刑的呼声越来越高,但是反对的声音也很坚定。在汉朝和南北朝时期,对肉刑存废的争论达到高潮。在对肉刑的作用没有达成共识的情况下,对肉刑的态度就表现为犹豫不决,是否使用肉刑,就取决于皇帝或者赢得多数的大臣的观点,取决于社会形势。这也是肉刑在汉文帝时期被废除后,一直反复的原因。

替代刑的出现,既可以实现肉刑的功能,而且避免了肉刑所存在的弊端,废除肉刑而选择替代刑是自然的选择。肉刑作为一种刑罚,具有它的功能。肉刑的废除,必须有替代刑来实现肉刑的功能,否则肉刑的废除是不可能的。肉刑的废除,不仅仅因为它的残酷不得人心,更在于合适的替代刑的出现。“从肉刑存废之争中,笔者得到一个启示,即在废除死刑前有必要先解决死刑的替代刑问题,以求建立一个完善的刑罚体系”^[7]。周朝的嘉石(带械示众)、圜土(重罪犯被关进监牢,强制劳动,不改不放的制度)、役诸司空(在司法机关的监督下强制劳动)等自由刑制度的出现,为肉刑的废除提供了更优的选择。秦汉时期的复作(罪犯身着赭衣,区别普通群众,以示惩罚)、笞作(强制罪犯舂捣粮食为内容的自由刑)和司寇作(强制罪犯编制精致竹器为内容的自由刑)。后来还出现的刑罚有城旦(以编制竹制装盛物品为内容的自由刑)、鬼薪(使用整株竹竿编制器具的自由刑)、白粲(从事缉纆为席的自由刑)等。货罚出现于周初,但是广泛适用于周穆王刑罚改革。这些刑罚方式都在尝试成为肉刑的替代刑,哪种方式既能替代残酷的肉刑又能实现肉刑在刑罚体系中的功能,需要经历历史的检验。

汉文帝时期的刑罚改革,虽然废除了肉刑,但是因为缺少合适的替代刑,所以没有形成均衡的刑罚体系,这不但引起后世关于肉刑存废的争论,而且肉刑屡有反复,或者作为一种制度,或者法外用刑。刑罚不均衡的表现是:(1)“死刑过多,生刑过少”。用死刑取代斩右趾,死刑数量剧增。笞刑因为没有执行规则,往往导致受刑人死亡,实际上笞刑成为变相的死刑。笞刑的执行没有规则,导致很多受刑人死亡,使得死刑与徒刑之间无法衔接。用笞三百代替劓刑,用笞五百代替斩左趾,由于没有规定笞的大小、长短、厚薄、打击部位和是否中途可以换人等执行规则,导致很多犯罪人死亡。(2)“死刑太重,生刑太轻”。死刑与重罪对应,肉刑与中罪对应,徒刑与轻罪对应。汉文帝废除肉刑以后,笞刑、徒刑和死刑来代替肉刑,但是笞刑多导致受刑人死亡,那么死刑与生刑之间就缺少衔接。对待危害不大不小的中罪,用笞刑或者死刑过重,而用徒刑又过轻。

肉刑的反复过程,是对肉刑替代刑试错的过程。在这个过程中,统治者随意选择肉刑随意放弃肉刑,导致改朝换代的频繁;社会不稳定,导致肉刑反复,使得人民的权利受到肆意侵犯和践踏。

刑罚的轻缓化趋势。刑罚是把双刃剑,既能保护社会发展,也能妨碍社会发展,刑罚是用剥夺或者限制人权的方式来保障人权。在较轻的刑罚能够实现报应和预防犯罪的功能时,那么较重的刑罚就应该退出历史的舞台。只有这样,才能符合文明的发展方向,同时也可以缓解社会矛盾和冲突。

三、肉刑的废除对死刑废除的启示

死刑有其特定的功能,应该去发现和尝试替代刑。立法上逐渐减少死刑,司法上严格适用死刑来控制死刑的使用。保留死刑,但是严格适用死刑,这个过程中,立法机关随着经济社会的发展和民意的改变,来尝试死刑替代刑。司法机关严格限制死刑,通过死刑以外的刑罚来替代死刑,待替代刑能够充分实现死刑的功能时,立法上保留的死刑也是“有名无实”,在这个基础从立法上废除死刑,也是水到渠成的事情。现在关于死刑替代刑的学术讨论是有价值的,比如设立没有减刑、没有假释的无期徒刑,比如延长使用减刑、假释时无期徒刑的实际执行的期限等等。在实践中,现在正在讨论的《中华人民共和国刑法修正案(八)》(草案)第4条的规定,为了更多地适用死缓以替代死刑,严格限制了死缓减刑的条件。这些对死刑替代措施的改革都应该鼓励。

是否可以不顾强烈反对废除死刑的民意,而先强行废除死刑,“让人们先享受废除死刑所带来的文明的刑罚,然后再去完善因死刑废除而带来的刑罚体系的缺陷,或通过技术手段弥补,或对人们进行价值观念的培养”?“通过以上分析,笔者认为在中国废除死刑已成为历史必然趋势的情形下,在我们无法在短期内解决好法律技术的情况下,在已有未解决好技术问题而成功废除肉刑的先例的情形下,我们应当先废除死刑,然后再去完善法律问题”^[7]。这种观点,在笔者看来是有待商榷的。在暴力犯罪很严重的社会形势下,而且对于暴力犯罪尚未建立刑法以外的控制措施的情况下,在支持死刑的观念仍占支配地位情况下,贸然废除死刑,并不能使民众享受文明的浸染,可能会使民众的人身和财产权利受到暴力犯罪的威胁。

死刑在中国有坚强的民意基础。民主政治要求,不能在废除死刑的问题上“冒天下之大不韪”。理论界展开的理性讨论应该引导民意,不断扩大废除死刑的民意基础,为废除死刑创造宽松的民意环境。“法律的演变和改革是循序渐进的,个人的愿望和理论对法律只能产生很少的影响,甚至不会产生

什么影响,因为法律必须代表广大民众的理想和愿望”^{[8]279}。“但一个重要的事实便由此永远决定了,那就是法律的变化,只能永远跟在大众的观点和信仰后面,除非是大众准备接受或已经接受了这种变化,否则即便是最彻底的暴君,立法的力量或呼吁变化的无可辩驳的论点都不能把它强加于人”^{[8]17}。

应当通过教育和讨论,培育人们的文明观念。降低人们对犯罪的过度的仇恨情绪,降低人们对刑罚的报应预期。使人们认识到,刑罚的滥用应该受到限制,因为它不但没有有效地预防犯罪,反而在燃起更多的仇恨情绪和暴力犯罪。刑罚的滥用使人们变得麻木不仁,人们对他人的权利和自由变得更加轻视。“人的心灵就像液体一样,总是顺应着它周围的事物,随着刑场变得日益残酷,这些心灵也变得麻木不仁了”^[9]。民众也在顺应着、感染着这种残暴精神,而支配立法者的残暴精神本来是为了防止民众具有这种残暴精神。但是事与愿违,立法者不知道,即使为了预防犯罪的目的所实施的酷刑,也会把残暴和麻木不仁传播给人民。因为,立法者要达到利用酷刑预防犯罪的目的,必须通过公开或者隐蔽的方式执行酷刑,以让人民知道什么犯罪判处什么刑罚,否则就不会起到预防犯罪的目的。但是,在人民知道什么犯罪判处什么刑罚的过程中,人民也在感染着这种刑罚方式所渗透的残暴精神。立法者只有在没有其他方法预防犯罪的时候,才会通过酷刑来

威慑人民。立法者为了预防犯罪可以牺牲犯罪人的生命的方式,会向人民传递一个隐含的信息:人的生命不是最宝贵的,它可以成为达到其他目的的一种方式。这种信息影响着人民的观念和行为。酷刑的残暴精神培育出来的观念不是对人的生命和其他权利的尊重,而是对其他人生命和其他权利的轻视。

参考文献:

- [1] 蔡枢衡. 中国刑法史[M]. 北京:中国法制出版社,2005.
- [2] 罗翔. 中华刑罚发达史[M]. 北京:中国法制出版社,2006.
- [3] 历代刑法志·清史稿[M]. 北京:群众出版社,1984.
- [4] 俞荣根. 中国儒家反酷刑的理论和实践[C]//夏勇. 如何根除酷刑. 北京:社会科学文献出版社,2003,31.
- [5] 孙海霞. 肉刑的起源及其特点[J]. 中州学刊,2008(2): 194-196.
- [6] 苏力. 福柯的刑罚史研究及对法学的贡献[J]. 比较法研究,1993(2):173-186.
- [7] 冯勇,杨瑞之. 我国死刑应立即废除的历史思考:从肉刑的废除谈起[J]. 理论界,2008(3):70-71.
- [8] 约翰·梅西·赞恩. 法律简史[M]. 孙运申,译. 北京:中国友谊出版公司,2005.
- [9] 贝卡利亚. 论犯罪与刑罚[M]. 黄凤,译. 北京:中国法制出版社,2005:53.

The Inspiration of the Abolition of the Death Penalty Provided by the Abolition of the Corporal Punishment

CHEN Yin-zhu

(College of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China)

Abstract: The corporal punishment goes through a long process, from the Five Emperors Times to the Qing Dynasty. In the view of the functions of the punishment, which includes prevention and retribution, the origin, repetition and abolition of the corporal punishment is explained. The corporal punishment realized the functions of preventing crime and retribution in the history. The origin of the corporal punishment is to meet the need of prevention and retribution; the repetition of the punishment is to find the alternative punishment by trial and error; the abolition of the punishment is because the corporal punishment is replaced by another punishment which cost less than the corporal punishment. The long process of the abolition of the corporal punishment provides inspiration to solve the problem whether the death penalty is abolished now.

Key words: corporal punishment; the function of punishment; alternative punishment death penalty