

本书导论

一、为何学

(一) 知古通今

作为法律专业的学生,当你拿到这本书时,也许会有这样的困惑:法学教育有深厚的经世致用风格,这种没有直接实用价值的教材,于我何干?

确实,如果从律师实务或司法审判角度而言,法制史的内容好像没有什么实用性。谁能指望法官在司法审判时引用近百年前(国民政府时期)、600年前(明成祖时期)、1600年前(东晋安帝时期)、2600年前(东周定王时期)甚或是3600年前(夏商朝交替之际)的法律条款作为判决依据?但是,往昔的法律虽然不能适用,然而,支撑法律条文背后的某些法律思维、立法模式以及中国先民的法律观念和受此影响的法律行为是客观存在的。中国今天的一些法律问题、法律现象以及普通民众的法律观念,仍然或多或少、或隐或显地受到过去法制的影响。只是因为人们易对发生于身边的习以为常的事物缺乏敏感,在深入学习中国法制史之前,未曾注意到而已。学习法制史,正可以使我们对某些法律现象恢复敏锐的知觉,强化观察、思考与学习法律的能力。

比如,以“法”字为例。“法”在西周青铜器中已经出现,当时写作“灋”,由三部分组成。其中最具有独特性的是“廌”[zhì],又称獬[xiè]豸[zhì],《说文解字》说:“兽也,似牛一角。古者决讼,令触不直者。”廌是中国古代传说中用以司法审判的一种独角神兽(神牛,也有人说羊),比如《墨子·明鬼》

中记载齐庄公以独角神羊断疑难案件。独角兽形象在一定程度上成为中国传统法制乃至公平正义的象征。又比如,后来御史大夫(相当于监察官员的官员)所穿的官服上就有它的形象。晚清至民国时期,当事人缴纳的诉讼费用凭证——诉讼印纸上所刻画的独角神羊也渊源于此。当今法律出版社的徽标、一些大学法学院或人民法院门口也矗立着独角兽形象。此外,“灋”从“水”,学者认为,“水”即河神,是古人神判中的主宰。以“水”或“鴈”神判的结果就是“去”,令被判决有罪者离去。^①

(二)古为今用

通常,历史上的法制虽对现代社会很少有直接的实用价值,但是可以给现代中国人充分的启示与智慧。古今中国法制虽有巨大差异,中国人固有的行为模式、思考问题的方式并不因为纸面上法律条文的变化而完全变化。先民的许多习惯、法律在今天仍有一定影响。学习中国法制史,一定程度上就是为了更好地理解现在。

法制史研究之所以具有向现代制度优化提供学术智慧的可能,在于现代问题与诸多法律传统息息相关。传统社会某一法律问题所面临的困境及其解决方法,有可能作为我们解决当下类似问题的借鉴。文本层面的中国旧有法律制度、概念与现代法律制度、概念发生了彻底断裂,但这并不意味着文本之外的其他中国旧有传统在现代完全失去影响力。

一些研究表明,诸多法律传统及其变体至今仍在延续。如有学者认为,清代中国听讼的制度性理想对理解我国民事诉讼在当代的状况很有参考意义。^②有的传统甚至仍广泛支配现代中国的社会秩序。比如,有学者在湖北乡村调查发现,现代乡村的分家习惯与赡养惯例同传统制度一脉相承,但这并未体现到现代中国的民事法律中,导致源自西方继承观念的国家法与民间惯例和社会秩序背离。^③正因为法律传统的连续性,有的日本学者倡导将中国法律的历史与现代联系起来综合考察与研究,因为尽管现代中国法与

^① 法的解释本书参见李力:《发掘本土的法律观:古文资料中的“礼”及“刑”“法”“律”字的法文化考察》,载韩延龙主编:《法律史论集》(第3卷),北京,法律出版社2000年版,第273-275页。

^② 参见王亚新:《对抗与判定:日本民事诉讼的基本结构》,北京,清华大学出版社2002年版,第199页。

^③ 参见何永红:《中国农村赡养习惯与国家法的背离》,载《私法》(总第9卷),北京,北京大学出版社2005年版。

古代法有着本质区别,但仍不可避免地受到古代社会历史和文化传统影响。^① 这些思路无疑对研究现代法律问题的颇具启示。

此外,我们还可对历史上存在的优秀法律传统进行发掘、分析、总结和概括,深入考证和阐释传统法律的价值理念、制度设计、司法适用技术,等等,寻找传统法律中的制度理性和法律智慧。因此,这些研究通过联系过去与现在,有可能化历史之成败为思考当今问题的智慧。如果不能有效借鉴法制成败的经验教训,将可能如唐朝杜牧在《阿房宫赋》所说:“秦人不暇自哀,而后人哀之;后人哀之而不鉴之;亦使后人而复哀后人也。”一个能够从过去吸取教训的民族才是值得尊敬的民族,只有这样的民族才能让文明不断进化,免于人为灾难的轮回。

中国法律传统的运作模式、法律思维与法律心理状态以及民事习惯等,深深影响了普通中国人的心态、意识以及日常社会行为,并在现代社会尤其是广大农村传承下来。旧时法制因时间久远,对于今人愈加陌生,加大了现代学者对法制史理解与把握难度。但由于古今法律的联系与法律传统的传承,学者通过对某些现代法制的把握,加强对部分法律传统的理解,以及通过对部分古代法制的研习,深化对一些现代法制的认识。中国大陆学者立足于中国的法律场景,对本土法制背景长期耳濡目染,长期身临其境的他们,有更多机会切实感受法律传统的延续,有可能做出有深度的研究,有助于回应现代法律问题。

反之,如果无视中国法的历史,有时就会对现今法制产生困惑,甚至使某些法制在现代难以通行。比如,分家析产习惯自 2000 多年前的商鞅变法(“民有二男以上不分异者,倍其赋”^②)以来,历代法典中尽管规定如父母在世,禁止子孙别籍异财,但事实上“分家析产”作为一种延续上千年的民事习惯,在基层社会中获得民间强有力的支持,历代法典不得不容忍了这种行为。比如,《唐律》规定:父母只要许可结婚后的儿子分家,便系合法。这种分家析产的习惯在现代农村仍普遍存在。然而这种分家习惯与当代中国的《继承法》很不一致。后者规定父母死亡,继承开始,且子女有平等财产继承

^① 参见李青:《日本东京大学中国法制史资料藏书》,载张中秋编:《法律史学科发展国际学术研讨会文集》,北京,中国政法大学出版社 2006 年版,第 421 页。

^② 《史记》卷六八《商君鞅列传》。

权。现实中,这容易出现固有民事习惯和民法产生冲突的现象。^①不仅如此,针对当代中国民事立法,有的民法学者提出民事习惯虚无主义或无用论,这种观点令人惊讶!

19世纪德国历史法学派代表萨维尼在《论立法与法学的当代使命》中说,法律是民族精神的体现,如同语言、文字、风俗一样。我们认为,法律应该是对具有普遍性的社会生活的回应。否定或忽视民事习惯,容易导致法的运作与现实生活相冲突。中国当代的继承法之所以和基层社会一定程度地脱节,以及民法法典化过程中,有的民法学者忽视民间习惯的广泛存在,重要原因就在于对传统法制不甚了解。

诸如此类的例子说明:中国法律制度尽管早已发生巨大变化,但是其所应对的那个社会、那个民族,却是自传统中一脉相承。传统社会的许多问题,并不单单因为法律文本的转变就消失。

因此,学习中国法制史,一定程度上就是探索当代中国的法律问题。对于中国法制建设的诸多问题,由于我们身在其中,作为局内人的我们未必看得很清楚。但是,许多问题直接源自传统社会,学习和研究历史上的法制得失,我们作为“局外人”,视角后退数百年或数千年,有可能把历史看得更清,明了旧时法制成败背后的原因所在,为我们当下的制度建构及个案纠纷的解决方案,提供历史与学术的智慧,化制度之成败为当今的启示。

二、学什么

中国法制史内容博大精深,但本课程安排的时间有限,为此,我们只能选择学习那些在历史上发挥重大影响的制度、司法机构和相关的一些政法思想,大致包括如下方面:(1)历代主要法律制度及其演变;(2)历代重要司法机构及其演变;(3)历代主要诉讼制度及其演变。

以上三个层次实际上是法制史整体的三个重点要素。法律制度主要为文本层面的体现,是当时立法思想的具体结果;司法机构是法律执行和法律规定得以实现的媒介;诉讼制度是保障或限定当事人向官方寻求纠纷解决的模式。司法机构连接纸面上的法与行动中的法,三者构成中国法制史大

^① 相应例证参见陈端洪:《排他性与他者化:中国农村“外嫁女”案件的财产权分析》,载《北大法律评论》第5卷第2辑,北京,法律出版社2004年版。

致整体图像。

三、怎么学

青年学生学习《中国法制史》，很容易碰到至少两个困难：其一，语言不易识别和理解。《中国法制史》教材有许多生僻词汇，有不少文献以古汉语表述。其二，文献实在太多了。涉及中国法制史的各类文献浩如烟海，“二十五史”中有十四篇“刑法(罚)志”，是记载法制史的重要文献，还有历代遗留下来的国家法典、地方法规和司法判决等，成千上万的古代契约以及近百年来出土的各类文献。这些文献多得几辈子都看不完，对有研究兴趣的学生造成相当的困难。为了深度学习中国法制史，如下建议值得一试。

(一) 熟知现代法学理论

这里说的法学理论尤其是指法理学(法社会学)、民法学、刑法学、行政法学与诉讼法学等学科的基本原理。之所以如此，是因为我们要把作为法学的中国法制史与作为史学的中国法制史区别开来，使我们的学习更具有法学的视野和深度，并避免造成一些不必要的误解。

比方，如果欠缺法学理论，那么学生对中国法制史的学习可能更多流于表面，长于对法制史表层现象的描述与梳理，却难以体会先民如此安排法律制度的机理何在，他们为何有如此这般的法律思维，等等。再比方，缺乏当今的法学知识，容易使青年学生对古今中外的某些法律现象作简单对比和等同。由于对现代民法学知识缺乏基本了解，有人说把宋代以后涉及民事管理的法规汇编起来就是民法，中国古代也有所有权、物权，等等。民法有其自身的法学与哲学基础，比如个人本位、权利本位、意思自治，等等。这些从中国先民那里怎么能找到呢？这种简单从字面上寻求近代西方民法与中国古代民事管理法律制度的相似性，是多么危险！

同时，运用和借鉴某些现代法学原理，有助于深度分析、理解与研究中国法制史。有的法学理论还有助于我们在学习中国法制史时形成问题意识。^①

(二) 掌握古汉语及文言文、文献学知识

中国法制史的文献大多数形成于中华民国之前，多数文献以文言文及

^① 这方面的例证参见邓建鹏：《私有制与所有权？》，载《中外法学》2005年第2期。

古汉语语法表达,而古代法律条文又有一套自己的法言法语。因此,读者要掌握一定的古汉语及文言文知识,才能基本理解法制史文献的内容。阅读以下作品可以在一定程度上帮助读者克服这个困难,武树臣主编:《中国传统法律文化辞典》,北京大学出版社 1999 年版;《古汉语常用字字典》,商务印书馆 2005 年版。

另外,对研究者而言,要掌握一定的法律文献学知识。涉及法制史的历史文献浩如烟海,如果要迅速查找自己感兴趣的法制史专题,或者要快速了解某一法制史古籍记载哪方面的法制内容,就得具备初步的法律文献学知识。以下书籍对读者会有帮助,张伯元:《法律文献学》(修订版),上海人民出版社 2012 年版;高潮、刘斌:《中国法制古籍目录学》,北京古籍出版社 1993 年版。对于有研究兴趣的学生,则推荐阅读如下法制史目录工具书,张伟仁:《中国法制史书目》(共三册),(台北)中研院史语所 1976 年版。最后,对于将来有志于深入研究法制史的读者,还应学好至少一门外语,尤其是英语或日语。目前国外较好、较集中的中国法制史研究作品主要以这两种外语表述。掌握外语将为日后参与国际学术交流,及时获取国外最新的法制史研究同行的成果,提供意想不到的帮助。

(三)对中国历史的基本把握

历代法制的变迁直接与历代君主政体的更替、经济生活的变化有关。因此,只有把法制史置于大历史的背景下,才有可能更好地理解它。比如,汉初吸取秦因暴政而亡的教训,经济疲敝,提倡无为之治,与民休养生息,在经济法律制度上表现得较放任,到汉武帝时期国力大大增强,变无为为有为之策,经济上采取系列管制政策,相应的法律制度就发生了巨大的变化,盐铁国家专营,统购统销。而汉至唐期间法制儒家化则与当时的门阀士族有密切关系。

诸如此类的事例说明,法律制度变革的动力不仅来自于自身,更多来自于政权结构与经济生活等诸方面。对中国历史的基本把握有助于认识历代法制的整体特征及其演变动因。这其中,读者重点要把握的是经济(农业生产方式与特征)与政治(一权独大的皇权政治);思想(儒、法两派)与社会(家庭结构与家族伦理),在“整体历史视野”下学习法制史。为此,阅读以下书籍对读者有一定帮助,王亚南:《中国官僚政治研究》,中国社会科学出版社 1981 年版(如读者理解这本作品有困难,可参看同主题另一作品:刘泽华等著:《专制权力与中国社会》,天津古籍出版社 2005 年版);钱穆:《国史大纲》,商务印书馆 1996 年版。

(四) 关注当代中国法律问题

前面已述,尽管我们现在使用的法律体系与数十年甚至数千年前的法律体系有巨大区别,但是,我们仍然生活在中华大地这同一“司法场景”中。当今中国司法裁判中的某些思维逻辑、案件当事人的诉讼心理与对策等,与传统社会仍存在某些相似性。也可以说,传统社会存在的某些法律问题至今仍然存在。法国史学家马克·布洛赫在《历史学家的技艺》中说,研究历史的人,如果对现实不了解,历史研究也不会很好。读者了解当下的真实法律生活,将有助于更好地感知、体悟、理解传统法制。通过参与现在,把握过去;通过把握过去,理解现在。

(五) 独立思考与判断

学习本身是个求知、求真的过程,在这个过程中探索法制史的真理与真相。为此,必须排除学术之外其他理念与观点的干扰,做到独立自主的思考,不盲从任何所谓绝对真理。这就要像鲁迅那样具有“放出眼光,自己来拿”的拿来主义精神,获得真知。

读者要形成独立思考与判断的能力,首先要涉猎具有独立思考能力的学者所著的与中国法制史相关著作,比如萧公权、秦晖、瞿同祖、季卫东、寺田浩明等人的作品。从这些有大智慧的著作中吸取历史或法学知识。同时,青年读者要具有勇于怀疑的精神,不崇拜学术权威,在同学与老师间开展学术辩论,让不同观点交锋与碰撞,逐渐形成独立思辨能力。

参考文献

一、中国法律史研习的宏观参考文献

舒砚:《法史经验谈:研究方法 with 当代价值——黄源盛先生访问录》,载《中西法律传统》(第11卷,2015年)。

何勤华、贺卫方、田涛:《法律文化三人谈》,北京,北京大学出版社2010年版。

丁凌华:《艰难与希望:中国法律制度史讲课实录》,北京,人民出版社2008年版。

张伟仁:《中国法文化的起源、发展和特点》(上)(下),《中外法学》2010年第6期、2011年第1期。

张守东:《传统中国法叙事》,北京,东方出版社 2023 年版。

赵冬梅:《法度与人情:帝制时期人与制度的互动》,北京,中信出版社 2021 年版。

吕思勉:《中国通史》,北京,中华书局 2015 年版。

以下适合有研究兴趣的读者。

瞿同祖:《中国法律与中国社会》,北京,商务印书馆 2010 年版。

王宏治:《中国刑法史讲义:先秦至清代》,北京,商务印书馆 2019 年版。

邓建鹏:《财产权利的贫困:中国传统民事法制研究》(修订版),上海,中西书局 2026 年版。

王亚南:《中国官僚政治研究》,北京,中国社会科学出版社 1981 年版。

秦晖:《传统十论——本土社会的制度、文化及其变革》,上海,复旦大学出版社 2003 年版。

王家范:《中国历史通论》(增订本),北京,生活·读书·新知三联书店 2019 年版。

杨一凡(总主编):《中国法制史考证》(共十五册),北京,中国社会科学出版社 2003 年版。

二、中国法律史研究重要学术刊物(适合有研究兴趣的读者)

《法律史论集》1-6 卷,北京,法律出版社 1998—2007 年版(后更名《法史学刊》)。

《中国古代法律文献研究》,中国政法大学古籍整理研究所编。

《法律文化论丛》,霍存福主编。

《出土文献与法律史研究》,王沛等主编。

《法律史评论》,里赞、刘昕杰主编。

另外,主流法学期刊如《政法论坛》《中国法学》《中国社会科学》《中外法学》《法商研究》《法学评论》《现代法学》《法学》《法制与社会发展》《华东政法大学学报》《北大法律评论》等发表少量法律史论文;人大报刊复印资料《法理学、法史学》转摘有法律史论文及目录索引;历史学刊物如《历史研究》《中国史研究》《史学理论研究》《近代史研究》《清史研究》等发表少量法律史论文。

上编 传统法制演变

本 编 导 论

一、早期中西法制差异

西欧包括法制在内的文明史源自古希腊、古罗马。早在雅典国家出现以前,社会内部的变化就瓦解了氏族组织。恩格斯认为,雅典国家产生时有如下特点:其一,它造就了一种与人民大众分离的公共权力机构;其二,它第一次不依亲属集团而按地域划分居民;罗马国家的形成略同于雅典,因此,关于雅典国家与法的特点也可适用于罗马。学者认为,中国早期的国家形成与此很不相同,中国早期社会分层是按照血缘亲族关系展开的,同时氏族间频繁发生战争。《左传》说:“国之大事,在祀与戎。”不同氏族因战争而成为统治与被统治者,统治者内部基于血缘的分层渐渐有了国家组织的内容,因这种转变,祖先崇拜、祭祀就从单纯的家族宗教仪式上升为国家组织的政治活动。

这种由战争强化的效力(如夏禹杀防风氏)和族长相结合所促成的国家形态的产生与雅典或罗马国家组织不一样。首先,国家产生不是以氏族组织的解体为代价,相反保留了原有的血缘关系,把氏族内部的亲属关系直接转化为国家组织形式。古人说的“家国同构”就是表达了这个意思。其次,国家权力不表现为“凌驾于社会之上的公共权力”,而是族姓之间的征服与统治。

可以说,古希腊、罗马国家与法产生于平民与贵族的冲突,它们是社会妥协的结果,而不是任何一方以暴力无条件强加于对方的命令。所以,尽管

这种法不能不因社会集团力量的消长而偏于这一方或另一方,但它毕竟是用以确定和保护社会各阶级(限自由人)权利的重要手段。所以这样的法律也具有相当的公共性,即法制并不仅是为了维持一家一姓的利益,还对社会公共利益的保障给予相当关注。由此,我们可以理解古罗马私法何以能发达、古罗马何以会产生早期的宪政。

中国历史与此不同,国家是一族一姓施行其合法武力(主要是刑罚)的恰当形式——合法伤害权,所以国家并未取代氏族组织,而是与之融合、互渗。^①在这样的国家里,刑主要由武力最强大者说了算。

二、法制的分期

(一)法制分期存在的问题

在体例上,目前大多数《中国法制史》教材按朝代先后编排法律制度内容。对于其欠缺,有人提出:“古代法律制度发展和演变有着自身内在规律和线索,这种规律和线索与朝代变更是不完全相同的。因而按照朝代安排法制史章节显然存在着问题,它无疑削弱中国法制史学科本身的科学性。”^②“中国法制史按照朝代分章论述,很难反映法律的因循和延续性。……按照朝代划分章节,不但会造成叙述上的重复,还往往会割断这种逐步发展和完善状态,更难用发展变化的眼光来动态地叙述法律发展的历史。”^③

在教材编写指导思想上,《中国法制史》深受过去阶级斗争学说及五种社会形态划分的影响。对马克思理论教条、机械的理解使得《中国法制史》的内容编排方式多年深受其害。虽然阶级斗争学说及五种社会形态理论在今日历史学界逐渐失去影响力,但仍然显性或隐性地支配着各类《中国法制史》教科书的作者们。在阶级斗争学说、政治意识形态的影响下,《中国法制史》教科书往往使用诸如地主阶级与农民阶级间的斗争、生产力与生产关系等概念解释法制史,将古代法制的复杂内容简单化。

^① 关于古希腊、古罗马国法制的一些特征,本书部分参见梁治平:《梁治平自选集》,桂林,广西师范大学出版社1997年版,第28-37页。

^② 侯欣一:《有关中国法制史本科教学的几点体会》,载《法律史论集》(第6卷),北京,法律出版社2006年版,第661页。

^③ 柏桦、侯欣一:《〈新编中国法制史〉刍议》,载倪正茂主编:《法史思辨》,北京,法律出版社2004年版,第384-385页。

近十余年来,随着权力影响学术的趋势在法制史研究领域稍有淡化,史学界对阶级斗争学说运用于中国历史的理论问题已有新的认识,值得我们重视。如,2000年《历史研究》杂志刊载的有关中国社会形态与历史规律的笔谈中,何兆武、李伯重、何兹全等在内的大部分资深中国史学家均否认中国历史上出现过奴隶制阶段。他们大都认为,马克思的五种社会形态理论只是对西方历史发展历程的描述性说明,无意作为不以人的意志为转移的普遍性的必然规律。马克思本人也没有把东方社会和西方的奴隶制、封建制等同起来看待,五种社会形态理论强加于中国是20世纪30年代斯大林在《联共(布)党史简明教程》中把它体系化并传入我国后,经由若干学者忽视本国历史的实际情况、强调马克思主义普遍适应性的结果。^① 学者指出,现代中国人文社会科学曾受苏联意识形态的强力制约,《联共(布)党史简明教程》提出的“五种社会形态单线直进”模式被视作不可违背的铁律,忽略了马克思关于历史发展普遍性与多样性相统一的学术理论。马克思从未界定社会形态诸阶段的固定模型,绝不像后来《联共(布)党史简明教程》所做的那样为各国各民族历史进程给定一种广泛套用的固定公式。马克思、恩格斯从未将中国等大多数东方国家的前近代称为“封建社会”。在他们看来,“氏族社会—奴隶社会—封建社会—资本主义社会”此一西欧社会史模式并不是普世性的发展系列。《联共(布)党史简明教程》规定的“五形态单线说”,将复杂历史进程简单化,而现代社会形态演进的实态则复杂得多。以中国而论,前近代社会是宗法封建的周制与皇权一统的秦制的集合。^②

近年来学者指出,80多年前老一代史学家从苏联引进马克思列宁主义社会发展观,认为人类社会按照五种社会形态发展,从而建立五种社会形态的历史观。马列主义的信奉者,认为中国毋庸置疑地遵循这一普遍规律,按五个阶段循序推进;而另一方则强调中国社会发展的特殊性,认为中国不存在奴隶社会的独立阶段,封建社会也早已瓦解,中国的商业资本主义已有几千年的历史,五种社会形态不适合中国国情。……中国与西方无论是自然生态、社会制度、文化传统、生活方式和民族心理,都是千差万别。有学者进一步指出,中国各地区的历史发展必然或必须依次经过从原始社会、奴隶社

^① 参见《社会形态与历史规律再认识笔谈》,载《历史研究》2000年第2期。

^② 参见冯天瑜:《复现中国史分期本真——兼评〈联共(布)党史简明教程〉单线历史模式》,载《江汉论坛》2021年第3期。

会、封建社会等社会历史阶段的看法,是建立在不系统的和未经证实的材料基础之上的,脱离了历史事实;其关于中国各地区历史发展走向的断言,更主要是出于先验的预设,主要是靠预设和臆测构拟历史,先定下框框,然后将之运用到中国历史的具体研究中。^①

有趣的是,法学界的中国法制史学者对上述史学理论突破重围的行动反应迟缓。中国法制史的有机内容,其在历史变迁中的丰富性及其社会原因继续被一些教条甚至是“绝对真理”简单化、公式化。近二十年来,历史学界逐渐打破中国历史研究中的阶级斗争学说与五种社会形态划分的理论,相关研究与教学再现历史真实的多样性与丰富性,但这种转变未能充分有效地在《中国法制史》的编写和教学中得到体现。

(二) 本书法制分期的创设

为此,本书打破以往简单按朝代划分中国法制史章节的做法。中华法系历代相承,其突变或重大变化只是出现在有限的几个时期(春秋战国、唐宋、清末与1949年),因此中国法制在历代具有很强的继承性。这种继承性突破了历史上改朝换代的政权变革,也即完全按朝代划分法制阶段不符合法制自身的变迁规律。本书以历代法制自身变化为依据,将中国法制史的发展划分为如下阶段:法制初创期;法制公开化时期;法制儒家化时期;律典成熟期;反律典化时期;律典衰弱期;法制近代化时期。本书认为,这种从法典自身发展演变特征划分时期的方法,突破了以朝代为标准而导致无法有效突显法制时代特征的局限,更有利于读者整体上把握中国法制史。试详述如下:

1. 法制初创期

这一阶段的时间为文明国家的产生至西周,约公元前21世纪至公元前771年。中国早期法制起源于进入文明国家前的氏族社会后期以及夏和商这两个早期国家,并在西周时期经过诸如周公等统治者整理礼制,得以发达和复杂起来。在这个时候,氏族部落间的习惯(部分也即后来所整理的各种礼仪)和频繁的战争塑造了早期法制的雏形。中国法制起点的此种特征也直接影响了传统法制演化的过程和终点。

^① 参见鲁西奇:《中国历史的空间结构》,桂林,广西师范大学出版社2014年版,第61页。

2. 法制公开化时期

这一阶段时间为春秋至西汉初期,约公元前 770 年至公元前 140 年。这个时期法制的突出特征是一改早期“刑不可知,威不可测”的秘密法,当时一些诸侯国的实际统治者将法律铸在铜鼎上,置于人所易知的地方。尽管这种做法受儒家及旧贵族反对,但趋势锐不可当。战国时期受法家思潮影响的立法活动,在一些强盛的诸侯国内得到推行。这些打上法家烙印的法制,在西汉初期仍有显赫影响力,它的典型代表就是汉《九章律》。由于秦汉间的法制有明显的继承关系,时人称之为“汉承秦制”。

3. 法制儒家化时期

这一阶段时间为汉武帝至南北朝,约公元前 139 年至公元 580 年。经过几代儒家学者不懈努力,汉武帝时期由董仲舒修正过的儒家思想升为正统思想,从此支配中国知识精英数千年。从这时起,董仲舒等人推动了法制儒家化历程。包括三个阶段:《春秋》决狱,也即司法过程的儒家化;晋朝张斐 [fěi]、杜预等人推动的引经注律,也即解释法律儒家化;魏晋南北朝时期以礼入律,也即立法儒家化。这段时期法律一改法家烙印,与当时社会变迁有密切关系,容我们后文详解。

4. 律典成熟期

这一阶段为隋唐时期,约公元 581 年至公元 907 年。这个时期之所以被称为律典成熟期,是由于自战国、秦汉再经三国两晋南北朝至隋文帝时期,法制创新的成就及法制儒家化的结晶被纳入隋唐时期的律典。传统刑律十二篇体制确定下来。《开皇律》十二篇的确立自唐宋至清代,无大的更改。明清律典虽减为七篇,但是其中的篇名仍然直接受隋《开皇律》影响。其次,礼法至此时期完全融为一体。唐律典被人称为“一准乎礼”,以致被认为是中华法系的杰出代表。

5. 反律典化时期

这一阶段为五代十国至宋元时期,约公元 906 年至公元 1368 年。俗话说,物极必反,律典攀上成熟的高峰,同时也是迈向停滞与衰落的开始。律条在唐中期以后常常被其他法律形式所取代,如唐中期发展起来的敕。宋朝甚至以编敕 [chì] 作为司法中发挥作用的重要法律,律典在某些方面失去了它最初产生和发展时期的权威,逐渐变成统治阶级标榜自己宽政简

刑的装饰。

宋代虽然在唐律基础上制定了《宋刑统》，但是一方面唐律所应对的社会基础（均田制、租庸调制）在宋代已不存在；另一方面相比唐前期尚存的门第之风，宋代及以后的社会近乎“平民”社会。诸如此类的原因，使得作为唐律“翻版”的《宋刑统》失去相同调控对象和社会基础。这造成《宋刑统》诸多法条难以适用于当时社会。皇帝时常发布诏令（也就是敕），历年具有普遍适用效力的敕被汇编成书，宋神宗时还“以例破法”，南宋时将敕令格式以“事类”为依据编排，称为“条法事类”，于是《宋刑统》基本上被束之高阁。到元代，中央立法机构干脆不再制定像唐律那样逻辑完整、条文简明扼要的律典。《大元通制》网罗律、敕、令等各类法律形式。有的地方官吏抄集当时的法律文书，自行分类汇编为《元典章》，以六部职掌分列法条，这对明律的编纂方式有直接影响。

6. 律典衰落期

这一段时间为明至晚清时期，约 1368 年至 1840 年。明清“平民社会”愈加突显，也就是说，再没有门阀士族世袭和垄断部分经济与政治特权，民众在皇帝面前愈加“平等”，皇权显得愈发强大、集中和暴力。所以，这个时候的集权者虽然效仿唐律制定了《大明律》，以及继承这种律典体系的《大清律例》，但若以唐律为标准，此时的明清律更多是继承了唐律的外形，唐律基本精神（一准乎礼）并没有很妥当地承继下来。律典更加关注国家（也即皇帝家族）的自我利益，对家庭伦理秩序的关注与维护远逊于唐律。这种得唐律之形而忘其意（基本原则）的律典实质进入了衰落期。

7. 法制近代化时期

这一段时间为晚清至民国时期，约 1840 年至 1949 年。鸦片战争前后，传统法律日渐受到西方法律的冲击。其标志性的事件包括领事裁判权、晚清新政与修律等，这一系列事件导致中华法系受到了前所未有的挑战。沈家本等人以西法为标准，缔造了近代法的框架。以“三纲五常”为核心的中华法系受到西方以权利、自由与平等为基本价值观的法律体系的侵入。

第一章 法制初创期

学习重点:(1)刑与法起源的特征;(2)商代神权法思想的特征;(3)“五刑”;(4)西周法律思想转变原因;(5)西周礼与刑的关系。

第一节 刑起于兵与法的起源

预读文献与思考

阅读以下文献,思考早期中国法律与战争有何关系?受此影响,中国古代法律具有何种特征?为什么《汉书·刑法志》大篇幅地叙述军事问题?中国古代早期文献中的“誓”使用的场合及主要内容是什么?

《周礼·秋官·士师》:“以五戒先后刑罚,毋使罪丽于民,一曰誓,用之于军旅。”

《尚书·甘誓》记载夏王征伐有扈[hù]氏时的命令——“王曰:‘嗟!六事之人,予誓告汝。有扈氏威侮五行,怠[dài]弃三正,天用剿绝其命。今予惟恭行天之罚。左不攻于左,汝不恭命;右不攻于右,汝不恭命;御非其马之正,汝不恭命。用命,赏之祖;弗用命,戮于社,予则孥[nú]戮汝,罔[wǎng]有攸[yōu]赦’”。

《尚书·汤誓》:“有夏多罪,天命殛[jí]之。率遏[è]众力,率割夏邑……尔尚辅予一人,致天之罚,予其大赉[jì]汝。尔无不信,朕不食言。尔不从誓言,予则孥戮汝,罔有攸赦。”

《尚书·牧誓》记载周武王在牧野作《牧誓》:“古人有言曰:‘牝[pìn]鸡

无晨(母鸡不能报晓);牝鸡之晨,惟家之索。’今商王受(即商纣王),惟妇言是用;昏弃厥肆祀,弗答;昏弃厥遗王父母弟,不迪。乃惟四方之多罪逋[bū]逃,是崇是长,是信是使,是以为大夫卿士,俾暴虐于百姓,以奸宄[guǐ]于商邑。今予发惟恭行天之罚。今日之事,不愆[qiān](不超过)于六步、七步,乃止,齐焉。夫子勗[xù]哉!不愆于四伐、五伐、六伐、七伐,乃止,齐焉(不超过四五回合、六七回合就停下来整顿一下阵容)。勗哉夫子!尚桓[huán]桓(威武的样子),如虎如貔[pí]、如熊如罴[pí],于商郊。弗御克奔(不得虐杀讨伐中来投降的人),以役西土。勗哉夫子!尔所弗勗,其于尔躬有戮!”^①

《国语·晋语三》载,晋国的司马说在处治庆郑时引用了“韩之誓”(秦、晋在韩原之战前,晋军曾临阵申明的军法)——“失次犯令(将士脱离战斗行列),死;将止不面夷(将领被俘颜面无伤),死;伪言误众(以假话贻误大众),死”。

《左传·哀公二年》:“简子誓曰:‘范氏、中行氏反易天明(指臣不事君),斩艾百姓,欲擅晋国而灭其君。寡君持郑而保焉,今郑为不道,弃君助臣。二三子顺天明,从君命,经德义,除垢[gòu]耻。在此行也,克敌者,上大夫受县,下大夫受郡,士田十万,庶人工商遂,人臣隶圉[yǔ]免。志父(简子)无罪,君实图之。’”

《左传·成公十三年》:“国之大事,在祀与戎。”

《左传·宣公十二年》记晋国士会说:“伐叛,刑也;柔服,德也。”

《国语》卷四《鲁语上》记臧文仲之语:“大刑用甲兵,其次用斧钺,中刑用刀锯,其次用钻笮[zuó],薄刑用鞭扑,以威民也。故大者陈之原野,小者致之市朝。”《汉书·刑法志》韦昭注解:斧钺,斩刑也。刀,割刑。锯,刖[yuè]刑也。钻,臈刑也。笮(凿),黥[qíng]刑也。

《商君书·画策》:“神农既没,以强胜弱,以众暴寡。故黄帝作为君臣上下之义,父子兄弟之礼,夫妇妃匹之合,内行刀锯,外用甲兵。”

《墨子·明鬼》:“昔者齐庄君(公)之臣,有所谓王里国、中里徼[jiǎo]者,此二子者,讼三年而狱不断,齐君由谦(欲兼)杀之,恐不辜,犹谦(欲兼)释之,恐失有罪。乃使之共一羊,盟齐之神社,二子许诺,于是洩[xù](血)恶(则)羊而(洒)其血。读王里国之辞,既已终矣;读中里徼之辞,未半也,羊起

^① 周文王讨伐崇侯虎时也有类似的誓言,参见《说苑·指武篇》。

而触之,折其脚,祧[tiāo]神之而稿之,殪[yì]之盟所。”

《周礼·秋官·司盟》：“有狱讼者，则使之盟诅。”

一、战争与刑起于兵

(一) 盟誓与早期战争

在氏族部落时期及夏商时代,掠夺人口和财产战争是当时部族之间及民族之间的重要日常活动。早期社会留下许多关于战争的记载,如共工与颛[zhuān]顛[xū]之战,黄帝与炎帝之战,黄帝与蚩尤之战。有关战争的神话传说反映当时战争频繁。战争在国家的建立、政治法制的建设上打上了深深烙印。早期法制的特征与战争有密切联系。部族之间的战争加强了最高军事长官的权力,当时军队的统帅“内行刀锯,外用甲兵”,以树立、维系自身权威。这种权力成为“刑”产生的温床。当这种权力与服从关系随战争平息而稳定下来时,战时号令就演变成为军法。

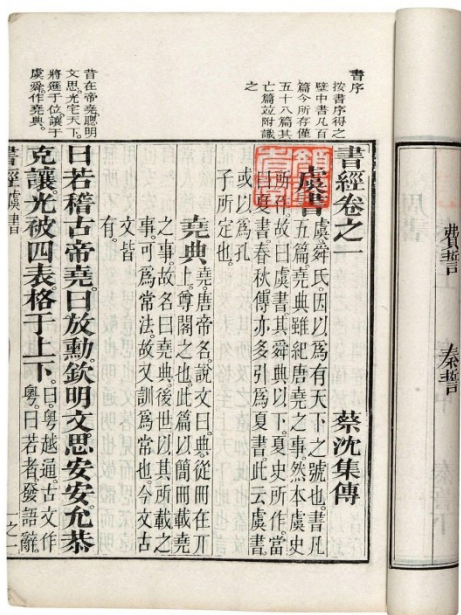
在夏商西周的刑事法领域中,与战争关系密切的盟誓对法的形成与运用有很大影响,而且盟誓在某些方面又与刑罚形态相关。“盟”是这样一种行为,通过歃血(把祭祀用的牛羊的血涂于口唇)的咒术仪式,用盟誓的方式将自己诅咒于一定的条件之下,以保证自己信守诺言,这相当于一种有条件的自我诅咒。誓则多有“告诫”的意思,通常是在出征或开战前,指挥官召集全军发布军令,其中包括阐明战争的名分大义,宣布战斗纪律及相关的奖惩规定,这相当于有条件的刑罚的预告。这个意义上的“誓”也就是发布法令。

比如,大禹死后,儿子启继承王位,有扈氏不服其统治。启兴兵讨伐他,在甘(今山西户县)发动战争。开战前启作《甘誓》,首先对随军将士说明征伐有扈氏的罪名——“威侮五行,怠弃三正”,五行一般认为是金木水火土,实代指天道,威侮五行即上不敬天。三正指大臣,怠弃三正即下不敬大臣。为此上天命我率领你们灭他,今天我恭行天罚。你们听从我的命令,则会得到奖赏;违背我的命令,会受到惩罚。“左不攻于左,汝不恭命;……用命,赏之祖;弗用命,戮于社,予则孥戮汝,罔有攸赦。”就是夏王战前发布的军法。对于努力执行命令的将士,就在祖庙里给予奖赏;否则就在社庙里杀死。《甘誓》记载的这个命令,是至今为止所知最早的军法。

今文《尚书·汤誓》是商的第一个王汤在“鸣条之野”灭夏战争前的动员誓师令。汤首先讲灭夏的理由:“有夏多罪,天命殛之。”重罪之一是“率遏众

力,率割夏邑”,即乱征劳役、竭尽民力,残酷剥削民众。而后宣布:“尔尚辅予一人,致天之罚,予其大赉汝。尔无不信,朕不食言。尔不从誓言,予则劓戮汝,罔有攸赦。”意即只要将士从我奉行天命征讨夏国,我就赏赐你们,我一定履行诺言。如你们不听从我的命令,我就将你们处死,决不宽恕。这种开战前理由的罗列,以及奖赏与惩处的法令规定与《甘誓》如出一辙。西周大部分重要战争都有战争誓词。著名的《牧誓》是武王讨伐商纣王时所发布的。首先,他揭露商纣王的各种罪行,包括听信妇人的话,轻视祭祀祖宗,轻弃同祖兄弟,反而崇敬信任使用四方重罪逃犯,任用他们为高官,为害百姓,因而武王奉天命讨伐商纣王,接着武王宣布军事纪律,规定阵列距离,将士如果不努力作战,就会被杀戮。

除此之外,早期文献还记载了许多类似的誓。比如,《尚书》有“泰誓”“费誓”诸篇,《左传·哀公二年》赵简子(赵鞅)之誓。诸如此类的誓内容丰富,大都包括了讨伐之敌、开战理由、各成员的义务、对违命者的处罚等有关战争全部必要事项,是范围广泛的规则(见图一)。



图一 《尚书》卷一

注:清刻本,记载远古至西周的政治、军事和法律等方面的历史,后世称“书经”

综上所述,誓就是预先布告全军的法令或规则。它以处于临战状态的

士兵为发布对象,一旦作为规范,就应具有更加完备的形式。誓这种发布法令行为主要是在战争(或祭祀仪式)中实施,夏商至西周的战争,大都以天意这样的信仰世界为背景,是具有高度宗教意味的行动,人们处于高昂的宗教情绪中。由此,可以推论出这样一种关系:通过对神明的宣誓,或基于天意宣誓,布令者的话语变成了对部下的绝对命令。

(二)由誓到约的世俗化

春秋时期有一种作为准军事战争或军事演习的狩猎活动被称为蒐[sōu]。学者指出,春秋时期“誓”经常用在称为“蒐”的集会上。春秋时期的蒐,在第一意义上就是以军事演练为目的的军礼。它在国人阶层全体参加的基础上,集结、检阅军事力量,有时则实行军制改革。以军事演练为本来目的的蒐具有不仅限于军事方面的机能。《左传·文公六年》记载,赵宣子(又称赵盾)初执国政,制定各种规则,确定刑法,论断有罪,追捕逃亡者,贷借令用券契,改正旧政污点,严格贵贱之分,恢复废止的官职,提拔被埋没的人才,授予大傅阳子和大师贾佗,使行于晋国,作为国之“常法”。该记载的重要性在于,政令的改定与刑法的制订以及断狱等,均在蒐的场合下进行。

在此之际,为何要采用军礼这种形式呢?第一,蒐具有由统治阶层全体成员参加的“国人大会”的性质。为了制定新的规范,强化统治,统一全体国人的意志是必须的条件。第二,蒐的第一意义是军事演练,因此参加蒐的国人们当然会形成一个军事集团。其结果是公布的“国法”中,赋予了恰似誓所具有的那种约束力。在采用蒐这一制度时,以军事性的秩序原理渗透到内政之中的意图,正是在此起到作用。在晋国,吸收了“古之法”这样的传统规范,在蒐的场合下为军事需要而制定的法令,在规范内政方面也具有相当的效力。^①

到战国秦汉时期,与春秋以前的“誓”性质非常接近的就是“约”。后者的使用频率在战国以后逐渐增多。在语感上,“约”“约束”等用语比“誓”更世俗化,宗教色彩与使用在祭祀这样场合渐少。这也许反映了世态人心的世俗化倾向。日本学者增渊龙夫认为,在春秋末期后有关战斗集团的记述

^① 参见[日] 粕山明:《法家以前——春秋时期的刑与秩序》,载杨一凡总主编:《中国法制史考证》(丙编第一卷),北京,中国社会科学出版社2003年版。

中,多次可见关于“约”或“约束”的用语。《史记》记载齐景公新任司马穰[rǎng]直[jū]为将军,司马穰直至军中行军勒兵,“申明约束”,表明新将军被任命伊始要向军队申明“约束”。^①

孙子带《兵法》见吴王阖[hé]闾,以宫中妇人演习军法。^② 孙子教妇人们演习,《史记》记载:“约束既布,乃设鈇[fū]钺,即三令五申。”此“约束”的内容当为军法规定。由此可知,军队在演习时,首先应当申明堪称军法的“约束”,且该“约束”具有刑罚功用(设置诸如鈇钺这样的刑具),由于妇人们没有按孙子所定的“约束”行动。孙子随即斩杀了身为吴王宠姬的左右队长。《史记》还说:“吴用孙武,申明军约,赏罚必信。”^③据此可知军事集团的“约束”即“军约”,其在性质上与春秋以前的“诰[gào]”“誓”相似。《周礼·夏官·大司马》“中冬教大阅”条:“群吏听誓于陈前,斩牲,以左右徇陈曰:‘不用命斩之!’”这里的“誓”,郑玄认为是“以法誓众”。《周礼》中所见用于军旅、田猎的“誓”与孙子等人的“约束”的行为及性质基本相同。

“约束”是通过将领对士卒三令五申并令其熟知而获得法律上的强制力,始终是单方面的宣言,而非众人共同的合意。约束全体成员的“约”具有严厉的法律强制力。再比如《史记》记载,赵国名将李牧防备匈奴,与战士为约曰:“匈奴即入盗,急入收保,有敢捕虏者斩。”匈奴入侵后,李牧守而不战,赵王令他人代替李牧出战,由于屡战屡败,赵王再请李牧任将军。李牧至军中“如故约”。^④ 此“约”即军令。综上所述,发布“约束”(也即军事法令)的军事集团首长具有了军中无论谁都要服从我命令的支配力量。^⑤

想想看,中华民国南京临时政府制定的宪法称“临时约法”,袁世凯任总统时期制定的宪法称“中华民国约法”,是否受到早期中国的“约束”、秦末刘邦“约法三章”的“约”之类的词汇影响?其间有无相似之处?

为什么具有宗教或类似于天意信仰色彩的盟誓,到了春秋以后逐渐向

① 《史记》卷六四《司马穰苴列传》。

② 《史记》卷六五《孙子吴起列传》。

③ 《史记》卷二五《律书》。

④ 《史记》卷八一《廉颇蔺相如传》。

⑤ 本书部分参考[日]增渊龙夫:《战国秦汉时期的集团之“约”》,载杨一凡总主编:《中国法制史考证》(丙编第一卷),北京,中国社会科学出版社2003年版。

“约”或“约束”转化?《尚书》等早期文献中所见的“放”“流”“窜”“殛”等文字,可以推定上古时代存在过放逐刑。以“放”“流”等文字所记事例的实态,就是因众人的绝交诅盟而被驱逐出国。例如《舜典》记载“流共工于幽州,放驩[huān]兜于崇山,窜三苗于三危,殛鲧[gǔn]于羽山,四罪而天下咸服”。这与后世的流刑不同。后世的流刑是统治天下的专制君主,把版图内人民中的犯罪者强制遣送迁移到同一版图中的另一指定地居住。上古的“放”“流”应看成是依据绝交之盟,把受到众人一致非难的为恶者驱逐到群体之外。这是远古时期的流放与战国之后流放的重大差异。

但到了春秋以后,违背盟誓者虽然被逐出本国,却并不陷入如鸟兽般任人杀戮的境地。他们出奔别国,在那里通常会受到相当好的待遇。因为进入春秋时代后,各国早已不是狭隘的封闭社会,以相同的礼为基础,贵族已成为各诸侯国承认的身份阶层,所以从一国出奔他国后,很容易保持原有身份不变。而且随着人们智力开化,对盟诅魔力的原始迷信已开始动摇。在这样的环境中,因盟而实施放逐的制度,到春秋时代失去其本来意义。

因此,在进入战国时代后,除与外藩缔结条约外,盟诅作为立法手段的现象在国家法制中完全消失,但在司法过程及一些特定地区仍存在。比如学者认为,出土的战国时期《包山楚简》表明,当时在楚国,涉案人员提供证词之前均要经过盟誓,案犯招供前也要盟誓,盟誓的全部过程要做记录。说明盟誓记录是断案的重要依据,如未经盟誓,将被认为是不合当时程序的。之所以如此,是因为当时认知程度有限,人们畏惧鬼神。盟誓者承受不了这种心理压力,不敢不讲实话。审判者利用这点,达到获取真相的目的。^①在秦汉以后,就很难再看到盟誓这样的做法了。

春秋晚期,齐庄公的大臣王里国与中里微打官司,三年未结案。齐庄公决定用一只神羊来判断曲直。先在神社盟诅,陈述详情。王里国陈述完,神羊没有反应;中里微陈述不到一半,神羊突然跃起,并且用角触中里微。庄公因此判决中里微败诉,并将其处死在神社。到后来,与宗教信仰有关的神明裁判只是在民间裁判中使用,在战国以后的国家法庭中则基本绝迹。

^① 楚国盟誓本书参见南玉泉:《古文字中所见狱讼、刑名考》,载杨一凡总主编:《中国法制史考论》(乙编第二卷),北京,中国社会科学出版社2003年版。

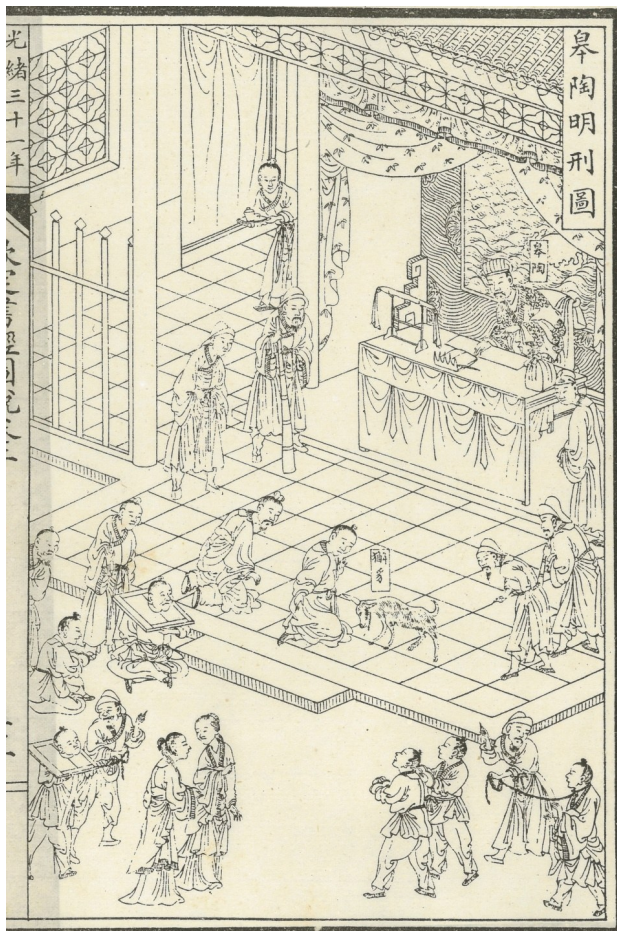
综上所述可以看出,与战争或准战争存在密切联系的誓、盟誓和约束对中国早期的刑法产生有重大影响。或者说,诸如盟誓或约束这样的早期最重要的法律,实质是战争前强者发布的命令,也即刑起于兵。

(三)皋[gāo]陶[yáo]与兵刑合一

战争与军事法令的产生关系密切,也与刑罚的出现息息相关。有关蚩[chī]尤的传说可进一步说明刑起于兵。相传东夷族首领蚩尤最早发明了金属冶炼术,制造了金属兵器。蚩尤本人能呼风唤雨,尽管蚩尤后来战死于涿[zhuō]鹿之野,但战胜者黄帝佩服其英勇善战,甚至画蚩尤之像,以威慑天下。因此,蚩尤成为那个战争时代的英雄、战神。据《尚书·吕刑》记载,周穆王曾追述说:“若古有训,蚩尤惟始作乱,延及平民。……苗民弗用灵,制以刑,惟作五虐之刑曰法。”蚩尤创制了五种酷虐的刑罚(五虐之刑)。在西周人的心目中,作为战神的蚩尤成为刑罚的创制者。周穆王甚至将蚩尤说成用残酷刑罚对待百姓的暴君。一方面,“蚩尤作五兵(五种金属兵器)”,故为司金之官;另一方面,蚩尤“作五虐之刑曰法”,又为司法官员。蚩尤虽被黄帝所杀,但其创制的五刑和法被黄帝部落所承认,蚩尤在后来的传说中不仅被认为是黄帝的职官,还被后世当作刑神、兵神、金神加以祭祀。

这种刑神与兵神身份的合二为一,侧面反映了刑神源于战争,刑法及刑罚源于战争,刑具源于战争的兵器,这是古人“兵刑不分”“兵刑合一”逻辑由来。在当时,战争与刑罚是作为同类事物来把握的。《兮甲盘》记载周王曾在威胁淮夷时把刑与战争、征伐、扑伐等同起来;《国语》中把五刑之首记为“大刑用甲兵”;《左传》曰“德以柔中国,刑以威四夷”;《国语·晋语六》更直截了当地说,“夫战,刑也”。

刑起于兵还表现为司法与兵政的掌管者一身二任。司法官员称“士”“士师”“司寇”“廷尉”,起初都是军职。含有驱除外敌意义的“司寇”一词,实际是司法职务的名称。比如《尚书·尧典》记载舜任命皋陶(有人认为皋陶就是传说中的蚩尤)作士,对付外族军事侵扰,又对付寇贼奸宄等群体内犯罪。(见图二)这里的士相当于后来的军事长官和司法长官,二者合为一体。一直到汉代,中央司法官廷尉的“尉”字,也是武官称呼。《史记·律书》则将兵和刑相提并论。中国早期的法制史著作《汉书·刑法志》前半部分对兵法的叙述,也被作为古代兵刑同一的余绪。



图二 “皋陶明刑图”

注：獬豸/独角兽协助皋陶判案，清刻本

为取得胜利,战争要有严格的军纪,即军法。因而军法是中国法律早期的主要形式。战争成为中国传统法律观念中残酷的“刑”的观念源头。刑制度中的肉刑(即身体毁伤刑)所占的比重很大,是早期中国法制引人注目的特色。与死刑一样,肉刑所追求的目的,在本质上与放逐是相同的。刀斧之痛、伤残之苦不是肉刑主要目的,身体毁伤的主要意义,在于使其成为社会性的废人,其原本正常的社会身份被终身剥夺。^①综上所述,中国早期法律

^① 盟誓与法制的关系本书均参考[日]滋贺秀三:《中国上古刑罚考——以盟誓为线索》,载杨一凡总主编:《中国法制史考证》(丙编第一卷),北京,中国社会科学出版社 2003 年版。

起源的重要特点是“刑起于兵”，即刑法产生与氏族社会至夏商与西周时期频繁的战争及战前临时发布的军法有密切的关系。

二、刑起于兵对法制影响

(一) 刑起于兵对法观念的塑造

中国早期国家权力运作主要表现为族姓间的征服与统治，是一族一姓施行其合法武力（即刑）的恰当形式——合法伤害权，所以国家并未取代氏族组织，而是与之融合、互渗。虽然传统法制不能完全看作单纯镇压工具，法律中有不少涉及秩序调控的内容，比如市场管理（如唐以后律典中的“市廛[chán]律”）。但法是镇压工具这种特质（尤其在西周前）很明显。由战争强化的效力（如夏启或商汤向部下发布绝对命令）和族长相结合所促成的国家形态的产生，与雅典或罗马国家组织不一样。中国早期国家的产生不以氏族组织的解体为代价，相反保留了原有血缘关系，把氏族内部亲属关系直接转化为国家组织形式，古人称之为“家国同构”。

军事首领向其下属颁发的命令或实施的惩罚，或一部落在攻克另一部落时施加的刑事处罚，表明早期刑罚与刑法同战争息息相关。这种法律不是两个不同阶层妥协的结果，而是征服者与被征服者之间以暴力角逐，不是东风压倒西风，就是西风压倒东风。这种包括刑罚在内的法律不表现为各阶层共同意志的表现，基本上是一个阶层（或部落）打击或统治其他阶层的工具。

因此，法律首先是统治者统治的工具，用于打击犯上作乱者。这种特征在战国法家学派中多有论述。比如《商君书·算地》说：“夫刑者所以禁邪也，而赏者所以助禁也。……故刑戮者所以止奸也，而官爵者所以劝功也。”《韩非子·难三》提出：“法者，编著之图籍，设之于官府，而布之于百姓者。”《管子·权修》也说：“法者，将用民之死命者，用民之死命者，则刑罚不可不审也。”法是君主手中的统治工具，令民众为自己效死尽忠。

在商周人的观念中，“刑”源于工具（兵器、模具），因而刑法、刑罚也是工具。在法家看来，人类社会有“争”“暴”，因此需要“法”“律”。法律功用是“定分止争”“兴功惧暴”，达到“以刑去刑”的目的，最终法律成为权力运作的一种工具。这种认识影响深远，直至今日。作为一种统治工具，以“刑”为主的中国传统法对人们的唯一要求就是“令行禁止”，否则就要受到刑罚制裁，至于个人享有的权利则无规定。因此，人们对充满血腥味的“刑”和法产生恐惧。

(二) 刑起于兵对后世影响

受刑起于兵影响,中国早期法律观首先表现出直观、呆板的特性。民众甚至思想家对“刑”“法”的认识主要局限于对兵器、模具、度量衡等直观、物理的描述,对于法的认识缺乏生动、抽象的哲学理论,而是充满了血腥味。这点既与中国早期战争对刑的催生有关,也同中国先民直观的思维模式密切相关。同理,中国虽有较发达的律学,但律学家们擅长对法律条文、字义和概念的具体解释,其目标主要是便于法条适用,但他们很少如古希腊、古罗马同行那样,探讨抽象的法理或哲学问题。总之,律学家更关注脚下的实用途径,他们可曾仰望星空?

鼓吹君主专制独裁并为此提供各种策略的法家提出法律由君主所定,为了实现赏罚必于民心,法律必须公布,且使百姓知法;官员有职责向百姓宣传法律;为了令百姓知晓法律,以便其守法,从而为君主统治创造强制性的稳定和谐社会,百姓应学法,且“以吏为师。”因此官员承担向百姓普法的工作和义务。普法工作重点围绕赏善罚恶进行,使百姓面对重刑,内心惧怕,老老实实地服从君主统治。可见,普法以告诫臣民不触犯法为宗旨,其出发点是告之必须随时提防受到法律制裁,使臣民成为守法者,只有统治者才是法律的主人。这种普法在中国传统社会历史久远,成书约在战国前后的《周礼·地官·族师》早就提出:“月吉,则属民而读邦法。”“普法”工作历朝相沿不改,明清两朝尤为典型(参见第六章第二节)。

综上所述,结合战国时期法家学派对法律的论述,早期法律的特征接近19世纪英国分析法学派的边沁和奥斯汀关于法律的定义。他们将法律看作一种命令,意指法律表达制定者的意志,这种意志表现为意愿明示,而且必须为他人所接受,否则制定者将给予暴力方式的制裁。这种命令是社会的主权者为支配社会成员而发布。所谓主权者是这样一些人或集团:社会中大多数人对其有一种服从习惯。这种观念来自两方面对法律现象的思考:第一,将全部法律视为义务强制的规定,从而将其视为制定者的强制意愿的表现;第二,将任何法律规定的权利义务问题最终归结为刑事处罚问题。^①将分析法学派观点运用于中国早期法律秩序不完全恰当,但是这些核心观

^① 有关边沁和奥斯汀关于法律的定义,本书参见刘星:《法律是什么》,北京,中国政法大学出版社1998年版,第16-22页。

念与中国早期法律起源及其特征存在很大的相似性。

中国古代法律起源与军事征服密不可分,这种传统深刻塑造了中华法系的底层逻辑。一是暴力催生的法律基因。早期法律如同军事口令的延伸,从商周“大刑用甲兵”到秦代“军功爵制”,刑罚本质是战争暴力的制度表达,就像青铜剑熔铸成犁铧,战场纪律演变为《法经》条文,始终带着血腥的金属光泽。二是法家“兵刑一体”的治理术。商鞅将法律比作“禁奸止过”的武器库,实则是把国家机器改造成战争机器,这种思维使秦律成为精准调控社会的“社会工程学”。三是统治正当性的双刃剑。当法律沦为“牧民之鞭”,短期内实现“令行禁止”,却埋下“刑弃灰于道”的暴政隐患。汉代儒生批判秦法“刻薄寡恩”,正是察觉到纯粹工具性法律的致命缺陷——缺乏道德共识支撑的法制,如同无根之木。这种法律工具论虽在帝制时代被“德主刑辅”理论调和,但其“以法治民”的思维仍深嵌于传统法制之中。

受此影响,新中国成立以后,法律一度被看作镇压敌对阶级的专政工具和手段。因此,法律的主要内容仍是刑法。在民众心目中,还习惯于将法律视为禁令,而非权利保障,法律就是打击敌人的专政武器。一想到法,普通人容易将之与刑事打击联系起来,很少想到法也是人们权利或平等的保障。虽然有人认为传统法律并不全是刑法,比如有许多经济管理方面的内容,但这些法律的首要目的是维护皇族经济利益或统治秩序,以刑罚制裁为后盾。

三、法起于礼

“礼”字出现于商朝甲骨文中,古体一般写作“豊”,战国后加“示”旁为“禮”,现简化为“礼”。豊本为行礼之器,即盛玉以奉福之器——行礼以玉。古人在祭祀时以玉作为敬神求福之物。由此可知,礼的观念最初与祭祀密切相关。祭祀是氏族部落社会留下来的传统。当时人们对自然和死去的祖先、亲人祭祀,求得保佑,以示崇敬,后来成为日常重大活动。夏商统治者对鬼神很虔[qián]诚,重视祭祀。现代出土的商代青铜器(司母戊大方鼎)、甲骨卜辞都是重要证据。商代国家大事,诸如年成丰歉、打雷下雨、战争胜负,甚至司法审判活动都是要通过占卜、祭祀向鬼神请示。因此祭祀也成为神权法以及神明裁判的源泉,后来流行的独角兽故事,甚至现代中国一些偏远闭塞的民族地区流行的手握滚烫的石头,以确定谁有过错等,都留有神明裁判痕迹。

祭祀是“礼”观念产生的温床。古人讲究祭祀祖先,因而重视宗法。商

朝人的宗法极不严谨。到了西周,确立了“立嫡以长不以贤,立子以贵(母贵)不以长”的嫡长子继承制,并加以系统化。相传周公“制礼作乐”。在他主持下,宗法传统习惯得到整理,并成为一整套以维护宗法等级制为中心的行为规范,这就是一般所说的“礼”或“周礼”。宗法制度与等级制度结合起来,形成完整而严格的君臣、上下、父子、兄弟、亲疏的礼制。人们的衣食、住行、婚姻、丧葬都要严格遵守礼制。^①

古人重视礼和祭祀,因为祭祀意义在于向公众证明政权的合法性。与“戎”(即战争)相比,祭祀的作用是象征性和宣传性。祭祀仪式的宏大排场和庄严肃穆是皇帝们要向人们炫耀和夸示获得统治地位的正统性和无可争议性的重要方式。现在北京天安门城楼两侧的中山公园,是明清皇家的社稷坛,东侧的劳动人民文化宫是明清皇家的宗庙,即“左宗庙,右社稷”。位于京城南北东西的天地日月坛也都是皇家定期祭祀的场所。^②与礼制相适应,周公要求一切以礼为准绳,这成为后来儒家创始人孔子概括的“为国以礼”的“礼治”思想源头(关于礼与礼治更多的论述,参见第十章第二节)。

《左传·成公十三年》说:“国之大事,在祀与戎”恰是对早期刑与法起源的经典概括。综上所述,早期氏族血缘关系顽强存在和加固,使先民们对祖先崇拜的礼进一步强化,同时频繁的战争促进了刑的形成和发展,部落首领的权威则随着这些进程日益强化。这些因素决定了早期中国法以君主意志为转移,通过礼强化宗法伦常,并具有偏重刑罚的特点。因此,中国传统法制以刑罚为主并具有残酷性,君主意志有最高法律权威。在这种状况下,以维护私人权利为主导的民事法律难以发达。

第二节 夏商法律制度

预读文献与思考

以下文献涉及早期“性贿赂”的案件,试思考其记载夏朝存在何种罪行?具体含义为何?发生于春秋晋国的案件,判决却以夏的法制为依据,反映了当时何种法制特色?

^① “法起于礼”部分参见李力:《发掘本土的法律观:古文资料中的“礼”及“刑”“法”“律”字的法文化考察》,载韩延龙主编:《法律史论集》(第3卷),北京,法律出版社2000年版,第267-272页。

^② 参见杨一凡主编:《新编中国法制史》,北京,社会科学文献出版社2005年版,第31-32页。

《左传·昭公十四年》记载：晋邢[xíng]侯与雍子争鄙[chù]田，久而无成。士景伯如楚，叔鱼摄理，韩宣子命断旧狱，罪在雍子。雍子纳其女于叔鱼，叔鱼蔽罪邢侯。邢侯怒，杀叔鱼与雍子于朝。宣子问其罪于叔向。叔向曰：“三人同罪，施生戮死可也。雍子自知其罪，而赂以买直，鲋[fù]（即叔鱼）也鬻[yù]狱，邢侯专杀，其罪一也。己恶而掠美为昏，贪以败官为墨，杀人不忌为贼。《夏书》曰：‘昏、墨、贼，杀。’皋陶之刑也。请从之。”乃施邢侯而尸雍子与叔鱼于市。

一、夏朝历史简介

夏部落祖先主要活动在今河南嵩山一带，之后向西、向东分别发展。在夏朝成立前，部落联盟酋长因频繁战争，强化了其权威，与之相伴随的，便是逐渐确立了刑罚。据说大禹曾在会稽山召集各氏族部落，防风氏因迟到被大禹杀掉。约公元前21世纪，据说禹凭着治水成功，奠定了夏部落在中原文化区的核心地位。禹死后，他的儿子启破坏了尧、舜时期遗留下来的禅让惯例，自己继承了父亲的职位。

当时，另一个部落有扈氏对启的做法不满，拒不服从。夏启便发兵征伐有扈氏，大战于甘，有扈氏战败。这次战争的胜利奠定了夏政权的基础。从此，王位世袭制代替禅让制，夏由一个部落的名称成为国名，也成为中国历史上第一个王朝。自禹到夏桀[jié]，总共传十四世、十七个王，前后经历四百多年。夏最后一个王桀骄奢淫逸，挥霍无度，老百姓咒骂他是暴君。这时东边的商部族领袖商汤以“天命”为号召，发动大家进攻夏，以执行上天意志。夏在鸣条（今河南商丘东）被击败，一个强大的王朝历经四百余年历史，就这样被小部落所灭。这起政治事件引起时人思考。《诗经·大雅》提出了“殷鉴不远，在夏后之世”的告诫，意思是说夏的灭亡，就是殷的前车之鉴。

二、夏的法制简况

（一）“夏有乱政，而作禹刑”

《左传·昭公六年》说：“夏有乱政，而作禹刑。”后人大多将“禹刑”作为夏朝法律的总称，但有关夏朝的历史文献极为少见，禹刑具体内容更是无从知晓。当时司法官员，中央的称为“大理”，地方上的称为“士”或“理”，由于文献限制，细节一无所知。

(二) 夏刑三千条的传说

西汉初期《尚书大传》说夏刑有三千条,这可能是夏代判处各种刑罚的案件数目。由于夏甚至包括商的法律文献留下来的很有限,这种说法是一种推测。此外,据说夏代已经有了监狱,当时称为圜[yuán]土或夏台。《史记》称夏桀曾将商汤囚禁于夏台,但详细的情况不明。对今人而言,夏的法制像谜一般。

据后人追述,夏朝已经有许多刑罚,但详情难以确定。在公元前528年,晋国的大夫邢侯与另一大夫雍子因田界划分问题发生纠纷,官司打了很长时间都未能结案。这时,主审案件的官员士景伯因公出使楚国,大夫叔鱼代理审案。当时晋国的实际掌权人——正卿韩宣子命令叔鱼及时审结旧案。经过审讯,叔鱼发现雍子有过错。因此,雍子赶紧把其女儿献给了叔鱼,得到好处后,叔鱼就判定邢侯有过错。邢侯大怒,直接跑到朝堂擅自杀了叔鱼与雍子。韩宣子问另一位大夫——叔鱼的哥哥叔向,如何处理邢侯。叔向认为:“三个人犯了同样性质的罪,把还活着的罪犯杀死,连同死了的罪犯一起陈尸示众就可以了。”他的理由是:“雍子知道自己的罪过,却以女色贿赂审判人员;主审官员叔鱼受贿而枉法裁决;邢侯擅自杀人,他们的罪行都是一样的。”^①这个中国最早记载“性贿赂”的案件,无意中透露了夏代法律的一个侧面——夏朝要处以死刑的罪行至少有:昏,自己做了坏事而窃取别人的美名;墨,贪得无厌,败坏官纪;贼,肆无忌惮地杀人。叔向称这是皋陶制定的刑法。于是朝廷最后杀了邢侯,把他的尸体同雍子和叔鱼的尸体共同置于闹市中示众羞辱。孔子听说后,认为叔向是古代遗留下来的正直之士,他治国和执法,不包庇自己的弟弟,多次谴责叔鱼的罪行,真是出自正义之心。

叔向援引“昏、墨、贼”三类死罪,虽托名夏代皋陶之法,实则反映春秋时期贵族对法律传统的追述与再造,将性贿赂(雍子献女)、司法腐败(叔鱼枉法)、私力复仇(邢侯擅杀)三类行为等同论罪。那么,叔向引用一千多年前夏朝的法制为依据,说明当时法律公开尚未完全成为风尚,司法审判不是以预先设定的规范为依据,而是以之前时期遗留下来的、贵族集团内部所掌握的某些旧法、判例作为他们审判时临时参考的对象。夏代的上述罪名,皆附系于刑名,也即所谓“刑名之制”。禹刑大体上是以刑名为中心的刑法体系,

^① 相关注释参见杨伯峻:《春秋左传校注》(四),北京,中华书局1981年版,第1366-1367页。

与西周的“吕刑”类似。

三、商代历史简介

商部落起初生活在夏人势力之下,活动范围在黄河下游(今河南商丘一带)。约在公元前16世纪,在首领汤的率领下,这个部落灭了夏,建立商朝。商朝活动地域和影响远超过夏代。商代大量的甲骨文等考古文献,为今人了解商的法制历史提供了难得资料。商朝初建都于亳[bó](今河南商丘),最后定都于殷(今河南安阳),自太乙(汤)至帝辛(纣),共传十七世、三十一王,前后五百多年。商汤立国后至盘庚迁殷前,曾屡次迁都。王室内部多次发生争夺王位的斗争。到商王帝辛(也即商纣王)时期,商纣王和夏的末代之王一样荒淫残暴。约在公元前1027年,商在牧野之战中,被周部落首领周武王一举击败,商灭。

四、商的神权法思想

商朝法制中首先值得关注的是他们的神权法思想。与夏统治者类似,商王把一切政治与法律活动都说成是听命于天帝或祖先神灵而为之。在商人的传说中,他们的始祖契即是上天命燕子所生。当时从较原始的氏族部落社会进入文明国家阶段不久,先民对社会与自然的认知水平比较低,长期浸润在对自然界与祖先神灵的崇拜中。因此,商朝人极端迷信神,商王祭祀、征伐、打猎、风雨阴晴等大小活动都要通过占卜决定。出土的甲骨文就是商后期占卜的记录。后人曾追忆他们“殷人尊神,率民以事神”(《礼记·表記》)。听命于神是商朝法制基本特点。

统治者从君权神授出发,认为其讨伐罪人是奉行上天意志行事,也就是说“恭行天罚”,以加强神圣性与权威性。商王发布的各种政治性文件(当时称为命、诰、誓等)中都有体现。比如,商汤与夏桀大战于鸣条之野,作《汤誓》称:“有夏多罪,天命殛之。……夏氏有罪,予畏上帝,不敢不正……尔尚辅予一人,致天之罚,予其大赉[lài]汝!”商王把自己的统治行为说成是受天命而为之,君权神授,代表上天意志统治民众、征伐敌人和惩罚罪犯,按照他们“专业术语”的说法,就是“天讨”“天罚”。商王信奉鬼神,托神意审判,卜者也参与司法,实行神判。

商朝“恭行天罚”的理念是神权法政治的典型表现。商王通过“天命殛

之”“致天之罚”等表述,将军事讨伐、刑事处罚与神意绑定。这种神权法制一是以甲骨占卜为司法技术,商王灼烧龟甲兽骨获得“天启”,司法活动披上神谕外衣;二是以天命话语为合法性来源,商王宣称“有夏多罪,天命殛之”,将暴力统治转化为神圣使命;三是以祭司集团为权力枢纽,贞人(占卜官)垄断神意解释权。这种神权法制存在内在矛盾:“天命”依附于统治集团的主观阐释,其神圣性随着统治危机而消解。商纣王对神权政治过度迷信,政权最后倒台,成为周人“殷鉴不远”的反面教材。周代继承“天命”概念,但以“以德配天”的理念对其进行改造。从殷商到西周的法理嬗变,折射出法制从神权本位向伦理本位的转型。

五、商的主要法律

(一)秘密法

《左传·昭公六年》曾记载“商有乱政,而作汤刑”。但是《汤刑》具体内容是什么,今无从知晓,当时应该没有公布,大致被认为是一种秘密法。

(二)惩治“不从誓言”罪

商汤与夏作战时曾作《汤誓》,对不从誓言的(违背王命)重要罪犯要处以孥戮之刑,即诛及罪犯本人及妻子、儿女(另外一种观点认为是将罪犯及妻子儿女作为奴隶)。盘庚迁殷时对不服从者声称“我乃劓殄灭之”。这两者的“不从誓言罪”实质都是惩治不服从最高统治者命令的罪犯,明显具有早期军事法令的特征。

(三)五刑

商代有五种常见的刑罚。其一为黥[qíng]刑,也叫墨刑,是先在罪犯脸上刺刻,后涂以墨色的刑罚。其二为劓[yì]刑,此字从“刀”从“自”,“自”初始本意指鼻子,劓就是切割鼻子的刑罚。其三为刖刑(又称刖[fèi]刑),为锯掉罪犯脚的刑罚。《国语·鲁语》韦昭注:“割劓用刀,断截用锯。”说的正是执行这两种刑罚时所使用的刑具。其四是宫刑,这是去除生殖器的刑罚。此刑男女有别,男子一般是切掉生殖器,女子淫乱,则置于宫中不得外出。此刑之所以叫宫刑,大概是因为内宫皆是女子,因此服侍之人都为阉人。也因为这些被阉之人近于内宫,此刑遂被称为宫刑。其五是大辟,即砍掉罪犯的头。

商代一些残酷的死刑执行方式与暴君恣意虐杀无辜有关。比如死刑中

的醢[hǎi]是把罪犯捣成肉酱,脯[fǔ]是把罪犯杀死后晒成肉干。《史记》卷三《殷本纪》记载九侯为了讨好商纣王,将其女“入之纣。九侯女不喜淫,纣怒,杀之,而醢九侯。鄂侯争之强,辩之疾,并脯鄂侯”。在商的末期,商纣王使用的酷刑还有炮烙(又作“格”)刑,将铜柱置于火上烧红,令罪犯行走其上,疼痛难忍,堕入火中烧死。

(四) 婚姻与继承制度

商代后期民众间一般是一夫一妻,贵族除了正式的配偶(妻),还有许多非正式的配偶(妾),如武丁,除了妻以外还有数十名妾。商代王位继承,开始实施的是传子制与兄终弟及并行制度。商朝后期逐渐改为嫡长子继承制。兄终弟及制大致是因为权力由男系氏族共有所致。但是该制度容易导致叔伯兄弟之间为王位而相互争立,受宗法制发展影响,商代后来的四个王均实行嫡长子继承制,以断绝政局动荡。该制度后来为周代继承,得到发扬光大。

(五) 早期监狱

商朝末期,周文王曾被商纣王关押在羑[yǒu]里,此处或许是当时中央的监狱。从甲骨文中,可以看到商朝其他地方也设有监狱。甲骨文中代表监狱的“圜”字前面加以地名,或许是设在全国各地的监狱,当时监狱又称为圜土,并以桎梏一类的刑具拘于罪犯两腕。殷墟曾出土类似形象的陶俑。上古时期与监狱有关的古文字有“执”“圜”等。“执”字似一人双手被械具紧系。“圜”字为“执”字加一囗,会意字,是将人械系后关入监狱的意思。圜就是圜圜,《说文》这样解释:“圜,囹圜,所以拘罪人也。”^①

第三节 西周的法律制度

预读文献与思考

1. 以下故事发生在春秋末期,若以西周的礼为标准,则楚国违背了何种礼?

《晏子春秋·内篇杂下》记载:晏子使楚。楚人以晏子短,为小门于大门之侧而延晏子。晏子不入,曰:“使狗国者,从狗门入。今臣使楚,不当从此门入。”傧[bīn]者更道,从大门入。见楚王。王曰:“齐无人耶,使子为使?”

^① 执、圜的解释,参见南玉泉:《古文字中所见狱讼、刑名考》,载杨一凡总主编:《中国法制史考证》(乙编第二卷),北京,中国社会科学出版社2003年版。

晏子对曰：“齐之临淄三百闾[*lú*]，张袂成阴，挥汗成雨，比肩继踵而在，何为无人！”王曰：“然则何为使子？”晏子对曰：“齐命使，各有所主。其贤者使使贤主，不肖者使使不肖主。婴最不肖，故宜使楚矣！”

2. 以下文献反映西周结婚或离婚的要件包括哪些？

《诗经·卫风·氓》：“氓[*méng*]之蚩蚩，抱布贸丝。匪来贸丝，来即我谋。送子涉淇，至于顿丘。匪我愆期，子无良媒。将子无怒，秋以为期。乘彼坳[*guǐ*]垣[*yuán*]，以望复关。不见复关，泣涕涟涟。既见复关，载笑载言。尔卜尔筮，体无咎言。以尔车来，以我贿迁。……”

《诗经·邶[*bīn*]风·伐柯》：“伐柯如何？匪斧不克；娶妻如何？匪媒不得。”

《诗经·齐风·南山》：“取妻如之何？必告父母。”

《仪礼·昏义》：“昏礼者，合二姓之好，上以事宗庙，而下以继后世也，故君子重之，是以昏礼，纳采、问名、纳吉、纳征、请期，皆主人筮[*yán*]于庙，而拜迎于门外，入揖让而升，听命于庙，所以敬慎重正昏礼也。”

《礼记·内则》：“子甚宜其妻，父母不说（悦），出；子不宜其妻，父母曰：‘是善事我，子行夫妇之道焉，身没不衰。’”

3. 以下文献反映西周的刑事政策有何特征？

《汉书·刑法志》：“昔周之法，建三典以刑邦国，诘[*jié*]四方：一曰，刑新邦用轻典；二曰，刑平邦用中典；三曰，刑乱邦用重典。五刑：墨罪五百，劓罪五百，宫罪五百，刖罪五百，杀罪五百，所谓刑平邦用中典者也。”

一、西周历史简介

周起先是古老的农业部落，主要活动于陕西渭水中游以北一带，后来部落首领古公亶[*dǎn*]父率众迁到陕西扶风岐山下的周原。商朝末年，政治腐败与内外矛盾空前尖锐，为周部落崛起提供良机。部落首领周武王出兵伐商。公元前11世纪，周武王联合许多部落，在牧野（今河南新乡）彻底击败商军，建立周朝。此如南朝人所谓：“吊民伐罪，周发殷汤”（周兴嗣：《千字文》）。周朝前期一直以今陕西省西安市附近的丰、镐[*gǎo*]为都城，位于东周都城洛邑（今河南洛阳）西边，历史上称之为西周。从周武王至犬戎攻杀周幽王止，西周共传十一王，历两百多年。

周武王死后，继位的成王年幼，由周公代为摄政。贵族管叔、蔡叔对周公

不满,在外传播周公意在谋取天子之位。不仅如此,商纣王后裔武庚与管叔、蔡叔勾结,并联合东方一些部落发动叛乱。周公经过三年东征,杀武庚和管叔,囚禁蔡叔,平定叛乱,谣言止于征伐!(见图三)东征胜利使周王朝的统治巩固下来。周公采用分封亲戚、以藩屏周的政策,把他的同姓贵族和功臣谋士分封到各地,建立诸侯国,以拱卫中央的周王室。西周自共王之后,日益衰落。到第十代君主周厉王时,暴政迭起。这位没有什么政治远见的周天子为增加收入,把山林川泽据为己有,不许都城及其近郊的居民上山砍柴、打猎,禁止民众议论国事。公元前841年,国人愤然起而暴动,把王宫里的厉王赶走。厉王逃到彘[zhì](今山西霍县),镐京一时没有天子,由共伯和代行天子事,史称“共和”。共和元年,即公元前841年,也是中国历史有确切纪年的开始。



图三 “罪人斯得图”

注:描绘周公平叛,杀武庚和管叔,囚禁蔡叔,清刻本

周宣王继位,吸取教训,政局方有所好转。但宣王死后,来了荒淫无道的周幽王。他宠幸妃子褒[bāo]姒[sì],为博美人一笑,把重大政治行为当作搞笑活动——带着褒姒登上骊山,下令点燃烽火。一时间,狼烟四起,烽火冲天,各地诸侯以为周王室有警,纷纷带兵兼程赶来,诸侯们来到烽火台下,却不见敌兵,只见幽王和褒姒在那里饮酒作乐。褒姒看到诸侯大军被戏弄的狼狈相,难得地开怀大笑。这就是历史上著名的周幽王“烽火戏诸侯”。周幽王诸如此类不知死活的政举令贵族、百姓愈加失望。

公元前 771 年,贵族申侯联合一些诸侯国及少数民族犬戎进攻镐京。幽王再燃烽火告急,但这一次的“狼来了”没有再引起各地诸侯重视,无人出兵。不久,镐京被攻破,幽王被杀于骊山脚下,西周至此灭亡。继任者周平王迁都洛邑[yì]。自此,历史的列车开入东周。

二、西周政法思想的转变

西周统治者的政法思想与夏商时期相比,发生重大转变。他们从商代声称以“天讨”“天罚”的名义征伐敌人、惩罚罪犯,转变到“以德配天”“明德慎罚”,注重道德教化,对罪犯实行宽缓政策,这种法律思想的转化对后世亦产生了重大影响。

为什么西周时期法律思想发生这种变化?西周初期的统治者周公姬旦及周武王在思考:为什么夏与商这么强大的政权最后都先后被消灭?谁保佑了周取得天下?解答这个政治问题,一方面有助于为现政权在民众间确立正当性,另一方面有助于为他们接下来的统治及长治久安奠定思想与策略上的基础。经长期思考,周人认为夏商政权的领导人因为不敬德,天不保佑他们,天命坠落,周文王、武王则积德行仁,为天命、民心所归。因此,他们认为“天命靡常”,“上天”只把统治人间的“天命”交给有“德”者,一旦统治者“失德”,就失去上天庇护,新的有德者将应运而生,取而代之。因此,统治者应该“以德配天”才能保住天命。这种看法解决了商汤为什么可以伐桀,武王为什么可以伐纣的问题。要“明德”就要克制自己的欲望,关心民间疾苦,在重视天帝、鬼神的同时,还要重视民事。

具体而言,德有三个要求:敬天、敬宗、保民,前两者是旧内容,保民则是新思维。西周统治者从历次征战中认识到民心向背影响政权存亡,因此在天命观中注入了人的因素,这是统治理念成熟的表现。据称早在武王伐纣

时,于盟津(今河南)大会诸侯,他向广大诸侯誓师,提出:“天视自我民视,天听自我民听”(《尚书·泰誓》),意思是上天所看到的来自老百姓所看到的,上天所听到的来自老百姓所听到的。西周初期的统治者以“敬德保民”为总政策,在宗法制和礼治原则的基础上,以“亲亲”“尊尊”为法制指导思想,即亲爱其亲者,尊重其尊者。“亲亲”随亲爱主体与被爱对象血缘关系的疏远而递减,最亲的人为自己的父亲,故“亲亲父为首”。“亲亲”致力于维护家族秩序。“尊尊”的程度因不同人社会地位高低而变化,其中最尊贵的人莫过于君,故“尊尊君为首”。“尊尊”致力于维护社会的尊卑关系。“亲亲”“尊尊”的原则强调至亲莫如父,至尊莫如君。子对父必须尽孝,臣对君必须尽忠。行孝以维护父的权威,尽忠以维护君的权威。“亲亲”“尊尊”把人们血缘关系同政治关系紧紧联结在一起。

上述思考在西周法律实践上,表现为“明德慎罚”。“明德慎罚”政策要求统治者实行以德治国、推广道德教化,通过教化使人民臣服,在适用法律、实施刑罚时应该宽缓、谨慎,而不应一味严刑。这种礼刑结合且偏重礼、德的法制对后世影响巨大,比如孔子提出“为政以德”,以道德教育降低社会矛盾;西汉时期董仲舒提出的“德主刑辅”;唐初立法以德礼为政教之本、刑罚为政教之用;朱元璋时期推广的明刑弼教政策。

需要指出的是,上天实为人世间统治者虚构的最高权威,天意以及“以德配天”的具体内涵,是周公等人论证其政权正当性的解释。但事实上,天不可能说话,其意志实为人间统治者迎合自身需要作出的表述。统治者向虚构的上天负责,因此人世间的最高统治者事实上不必负担政治责任。不用承担实际义务与责任的最高权力必然趋于败坏,此为历代王朝无法摆脱的风险。这好比声称权力源于公众,掌权者要向公众负责。但在权力运作过程中,公众始终被高高供起,近似于虚构物,公众意志的具体内涵,由掌权者基于自身利益作出解释。这样,所谓对公众负责,实质上变成对掌权者自己负责。从商汤“天命殛之”到汉代灾异谴告,统治者始终垄断着天意解释权,治国理政过程中“天”被塑造成永不现身的“监事会主席”。这种设计暴露了传统法制的矛盾:用虚拟的最高权威——天意背书现实权力,却拒绝建立实体化的制衡机制。就像给汽车装了个纸糊的刹车片,看似完备,危急时毫无作用。这种至高权威虚构化的治理模式,使中国传统法制始终困在“严刑峻法管百姓,道德说教束君王”的怪圈中,精妙的德治理论易成为权力任

性的背景音乐。

三、宗法制度

宗法制主要是尊祖敬宗的制度。宗法制是以男性为中心、以血缘关系为纽带,在家庭或宗族中遵守的尊卑等级关系,旨在维护大家长或宗族长的权威。宗法制以诸如进入国家阶段之前的商、周这样的宗族部落形式为基础。在进入国家阶段后,宗法制与国家政权结合起来,诸如西周这样的国家组织形式,充分借鉴了宗族部落的组织形式。

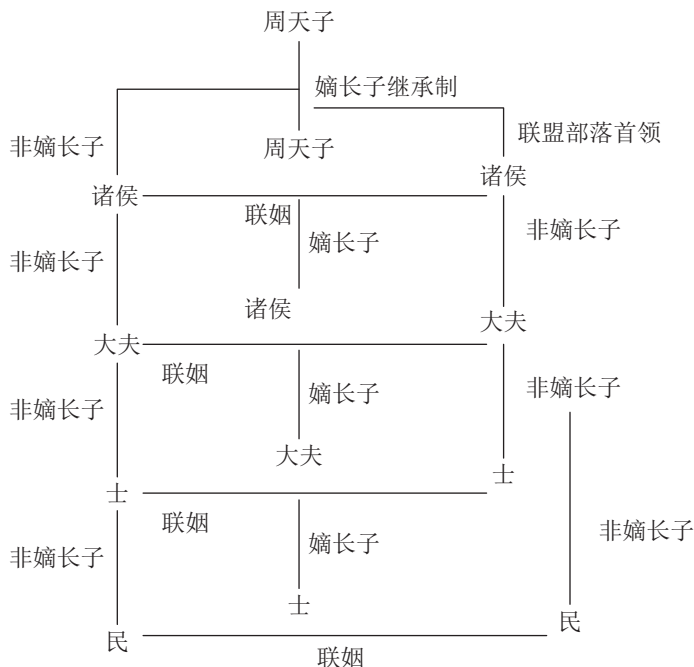
从血缘上来说,周天子相当于所受封各同姓诸侯王的大家长,称为大宗;从政权上而言,周天子是全国最高统治者。商代王位父死子继、兄终弟及的继承方式中,以弟及为主,以子继为辅,诸子间没有嫡庶之别。弟及与子继可能并行,同一个时间点存在几位有资格的继承者,导致商代政权交接出现动荡。以此为教训,西周初期确立了以嫡长子继承制为原则的政治性身份继承制度,其具体内容为“立嫡以长不以贤,立子以贵(母贵)不以长”。王位继承者必须是正妻所生的长子,无论其贤能与否;若妻无子,则立贵妾之子,无论其年长与否。这种制度的好处是在某一个特定时间点,只可能存在一个有资格的继承者,有利于政权平稳交接。

想想看,从历史经验考察,这种制度会带来什么不利因素?

周王为周族之王,自称天子,奉祀周族始祖,称“大宗”,由嫡长子继承王位,其余庶子、庶兄弟封为诸侯,对天子是小宗,但在其管辖范围内为大宗,是唯一的至高无上者。从卿大夫到士,职位也由嫡长子继承,其大宗、小宗关系与上相同。周天子把天下土地(除首都王畿[jī]以外)分封给兄弟、亲族、功臣为诸侯,诸侯之下为卿大夫,卿大夫之下为士。周的封邦建国相当于武装殖民,分封的诸侯及大夫等都是少数外来的贵族建立在多数土著的被征服者上。

诸侯受封的同时,还应向周天子承担贡纳、服役、代天子征伐、祭祀等勤王义务,另外还要定期亲自朝见天子(称为“朝”)或派大夫来朝(称为“聘”)。勤王和朝聘是诸侯王向周天子承担的义务,如不履行,周天子将因此兴师问罪。比如《孟子·告子章句下》就说:“一不朝,则贬其爵;再不朝,则削其地;三不朝,则六师移之(周天子派军队讨伐他)。”大宗、小宗既是血缘关系也是政治隶属关系,同时,对异姓有功的贵族则通过联姻成为甥舅,分封为诸侯,也纳入宗法关系。宗法制度是家国同构的典型表现。其关系

如图四所示：



图四 宗法分封体系表

因此,国家官员及各级地方官员的设立,是建立在任人唯亲的基础上,按血缘关系亲疏远近来确定。高级官员都由血缘关系较近的贵族担任。这些贵族世代相承,垄断官职。上一级官员对下一级而言就是大家长。家与国的组织结构相类——家族伦理观念(礼)与国家法律相结合,礼与刑相辅相成。在家“亲亲父为首”,在国“尊尊君为首”。“亲亲”与“尊尊”成为当时的重要原则。

四、西周主要法律形式

(一)“吕刑”

吕刑是吕侯(又作甫侯)应周穆王之命所作,其基本精神在于贯彻西周初年提出的“明德慎罚”的法制指导思想。《尚书》的《吕刑》篇是这次法律改革的记录。《吕刑》表明,周天子所确立的并非行为规范,而只是具体刑罚及其运用原则,其所提出“惟良折狱”,也即选择合适的贤良长者作出恰当判决前提。贤良长者的职责,主要是考察破坏社会秩序的行为,并选择相应

刑罚。至春秋为止,不存在统一的成文法典,也不存在普遍的行为规范体系文本。各种法律形式主要表现为单个罪名,它是官员在具体个案上所做的规范解释,或者是历史上流传下来的判例,其事后的效力则有赖于这种贤良长者的重新解释。传统的做法是:每次审判时依靠贤良长者,而非先定的行为规范文本(或者有也仅限职业官吏独享,秘不示人),来决定案件及其刑罚。^①春秋时期叔向在批评子产时所说的“先王议事以制,不为刑辟”,描述的就是这种现象。

(二)“九刑”

《左传·昭公六年》记载:“周有乱政,而作九刑。”说明西周出现了立法创制活动,但不是公开的,也不一定是系统及成文的。有人认为“九刑”是刑书九篇,但具体内容并不明确。

此外,古人将夏、商与周立法和乱政联系起来,表达了对法律的负面看法:法律(刑罚)越来越多,是乱政或末世的标志。《老子》也说“法令滋彰,盗贼多有”。反过来,盛世不应有法律或法律很少,这叫“几于刑措之风”,即刑罚搁置一边不用。

五、周礼及其与刑的关系

(一)礼调节和规范的对象

周礼的发展已超出原初宗教礼仪范围,成为国家行政、军事、宗教、教育及家庭生活等无所不包的国家制度与正统文化体系。

《礼记·礼器》说:先王立礼有本有文。礼的抽象精神原则(本)包括忠、孝、节、义、仁等,这些大致属于道德范围,也即“亲亲”“尊尊”。礼仪形式也有外在的具体规范内容(文),当时有“五礼”之说,包括吉礼,用于祭祀;嘉礼,用于冠婚;宾礼,用于迎宾;军礼,用于行军作战;凶礼,用于丧葬。这五礼中,有的普通民众用不上,比如庶民没有专门祭祀祖先的庙,谈不上行吉礼,宾礼亦是如此。礼由西周初期执政者周公整理(“制礼作乐”),代表周朝制定的,具有规范性、国家意志性和强制性。周礼本质上是宗法等级名分,是划分人们尊卑贵贱等级的依据,构成西周不成文法律体系中最重要部分,

^① “惟良折狱”,参见陈晓枫:《惟良折狱及其迁延》,载霍存福等主编:《中国法律传统与法律精神》,济南,山东人民出版社2010年版,第417-418页。

具有法的性质。为配合各种礼仪,当时还编制各种相配合的乐舞,用于社交宴享、国家祭祀和朝会等重大典礼。

(二)周礼与刑的关系

刑一开始是战争中使用的刑罚,后来成为与刑罚密切相关的刑事法律。夏商以来几乎所有违法行为都可能招致刑罚。礼是主动的规范,要求行为人去遵守其内容;刑是消极的处罚。因此,礼从正面主动提出要求,刑则惩罚悖礼的行为人。礼禁止的行为将为刑所不容,也即《汉书·陈宠传》所说的:“礼之所去,刑之所取,失礼则入刑,相为表里,”“出礼则入刑。”刑是礼的补充,礼以刑的强制力为后盾。刑是为了有效维护礼的各项规定。刑的制定、执行又必须贯彻礼的原则。所以西周时期对各种罪行、恶行的判定,主要依据礼的精神原则和礼仪规范,比如“不孝”“杀越人于货”罪等。

礼确立与维护身份制度。每个人因为其在社会网络中身份地位的差异,国家所给予的相应社会资格与待遇各有不同。在西周,礼主要适用于本族贵族,刑则用以治理归化的贱族。《礼记·曲礼上》说:“礼不下庶人,刑不上大夫。”天子诸侯、大夫与平民各有与其身份地位相对应的礼,不能以下凌上,僭越礼制。诸如宫室之礼平头百姓不能使用。

贵族与百姓处刑时有差异,贵族处以死刑通常是秘密执行,大夫以上的贵族官员犯罪,可以获得不同程度的减轻或免除处罚。在诉讼上也有一系列特权,比如“命夫命妇不躬坐狱讼”,即大夫及其妻子涉讼,由其家属子弟代往。这些人都属贵族内部成员,不同程度总有一定的血缘关系,为了在广大被统治者面前保持贵族作为一个整体的尊严,不宜让他们像平民一样当众受罚,公开受刑或终身带着曾受刑的标记。类似制度在《左传·僖[xī]公二十八年》也有记载:僖公二十八年(公元前632年),元咺[xuǎn]在晋国起诉卫侯,因卫侯为君,元咺为臣,周襄王派来的审判官王子虎认为国君和臣下不能直接对理争讼,卫侯遂派人代理出庭。最后卫侯败诉,其辩护人士荣被处死刑,代理人针庄子被处刖刑。当然,不能将“刑不上大夫”看得过于绝对,一旦贵族成员实施谋反、篡逆等威胁最高领导人的犯罪,也无法免刑,比如前述管叔、蔡叔。在法制层面,贵族的特殊通道是等级社会的主流操作。既用严刑震慑草民,又用特权笼络精英。战国时期商鞅试图把秦国司法系统“刷机”成平等模式,终究败给了两千余年的等级社会。直到今天,某些“刑不上大夫”的思维残余仍若隐若现。

六、主要刑事法律制度

(一) 主要罪名

现存最古老的完整法典当属《唐律》，之前的法典皆于岁月长河中散失。因此，西周刑事法律中的罪名，目前主要散见于各类史书的零散记载中。这主要包括如下几种：不孝不友罪，指不善待父母、不与兄弟友好之罪，其目的是禁止严重伤害父母之心、弟不恭事其兄、兄不友善于弟的行为。

犯王命罪，违犯王命者必处死刑，以保证天子命令得到执行，这实质上与夏、商时期的违背誓言罪等同。

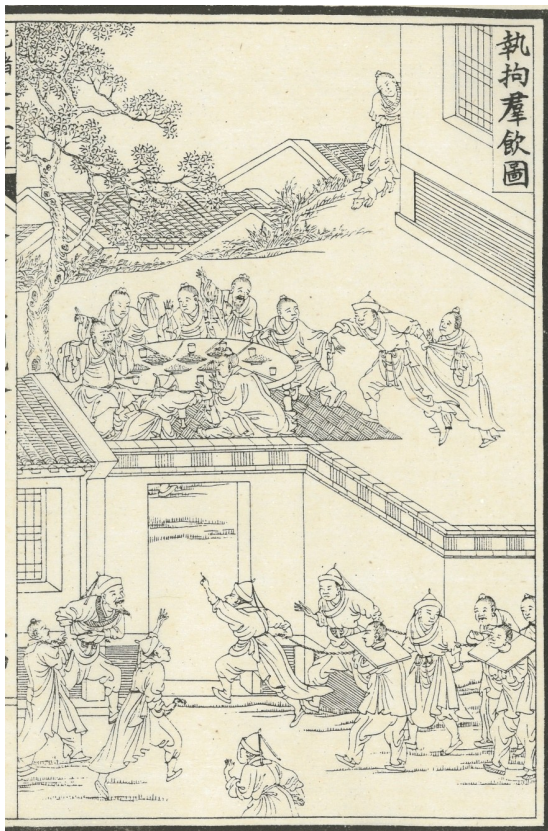
疑惑众人罪，此罪目的是禁止人们以不遵守主流政治思想的各种思想言论、淫声、奇装异服及怪异的技艺、器械等疑惑众人。《礼记·王制》记载周代“行伪而坚，言伪而辩，学非而博，顺非而泽，以疑众，杀”。《荀子·宥坐》记载少正卯为春秋时期鲁国大夫。孔子代理鲁相后，即以“心达而险”（知识渊博而用心险恶）、“行辟而坚”（行为邪僻而不知悔改）、“言伪而辩”（强词夺理且善于狡辩）、“记丑而博”（刻意关注社会的阴暗面）、“顺非而泽”（不纠正错误言行且加以修饰维护）五条罪状，处死了少正卯。在此，孔子把周礼作为行动的标准与法律依据，惩处违背礼的各种言论、思想及行动而惑乱百姓的少正卯。他还认为处死少正卯与周公诛管叔的本质一样。

群饮罪，西周吸取商代官员酗酒而亡的教训，禁止官员群饮酒。（见图五）除此之外还有弑君之罪；杀越人于货，也即抢劫杀人；等等。

(二) 主要刑罚

五刑为商代传承下来的刑罚：墨刑、劓刑、刖刑、宫刑、大辟。大辟即死刑，当时凡杀人者处死后暴尸三日。当时还存在杖刑、鞭刑。文献曾记载西周罪刑有二千五百或三千条，但当时是否真的有这么多不能完全确定。早期的罪与刑罚不完全对应，因此，到春秋时期还有人回忆先王“议事以制、不为刑辟”。

赎刑据说夏代就有，西周断罪有疑问，可依所疑之罪，罚以数额不等的锾[huán]收赎，如墨罪赎铜百锾（相当于六百两），大辟赎铜千锾。后世收赎的对象包括过失、老少、废、疾等罪犯。



图五 “执拘群饮图”

注：清刻本

七、主要刑罚原则与刑事政策

西周的刑罚原则体恤老幼，反映“尊尊”“亲亲”的思想。文献记载西周有“三赦之法”“三宥之法”“三刺之法”。这些刑罚原则与亲亲、恤幼的礼治精神对应，也影响了后世法律。

(1)老幼蠢愚犯罪赦免刑罚，七岁以下的幼童、八十岁以上的老人和白痴呆傻犯罪，可以赦免，此为“三赦之法”。这种制度对后代法制有所影响，如汉代存在减免老人的刑罚之制。

(2)区分故意、过失、惯犯、偶犯。康叔受封为王时，周公代表周成王作《康诰》，告诫他在治理民众时，应区分过失等情况，并根据这些情况相应处理。《周礼·秋官》具体提到对三类人应该宽宥，包括过失，无意中犯罪的

人;弗识,因为不知法或没有弄清复仇对象而犯罪的人;遗忘。这称为“三宥之法”,说明当时人注意到罪犯主观状态与定罪量刑之间的关系。

(3)罪疑从轻、罪疑从赦。文献记载统治者“与其杀无辜,宁失不经”,也就是说处理疑难案件,与其错杀无辜,不如从宽不依常法。据说该原则源自舜帝的刑官皋陶,并为西周发扬。《周礼》提到罪疑从赦,对于重大及疑难案件,实施“三刺之法”,也即先后向群臣、群吏、万民征求杀还是不杀的意见。这种召集众人寻求解决案件的方法,在后代也有类似痕迹。比如《新唐书·刑法志》说:“天下疑狱讞[yàn],大理寺不能决,尚书省众议之。”明代会审、清代九卿会审有类似之处(参见第六章第二节)。皋陶“宁失不经”是早期疑罪从宽的法制文明曙光,与“三刺之法”构建了疑罪处理的双保险:既设道德底线(慎刑),又建程序正义(众议)。

文献记载当时刑事政策特点是“刑罚世轻世重”,也就是说依据时势、国家政治情况、社会环境等因素的变化,决定刑罚宽严与轻重。当时具体标准是:治理新国,用轻典,因为新开辟的国土,其人未习于教化,故用轻刑;治理承平守成之国,用一般的刑法;治理那种篡夺、叛逆的乱国,要用重刑。“三典三国”理论与后代一些统治者的治理方式存在相似性,尽管难以证明后来的统治者受此影响。比如,北宋“重法地法”,明朝朱元璋“重典治国”。“三典三国”理论揭示古代法制的动态调节基因:新征服地区行轻典如“法律试用期”,叛乱地带用重典似“社会急救针”。

八、民事管理法制

西周涉及民事管理方面的法律很广,如财产权利、债务、买卖行为、赠与等,结合现存史籍和近年出土的西周文物与考古发掘成果,还能看到一些法律片断。西周乃至清代以前,虽然不存在如近代以来西方那种民法,但是,治民者同样需要调整和管理百姓的各种民事行为。

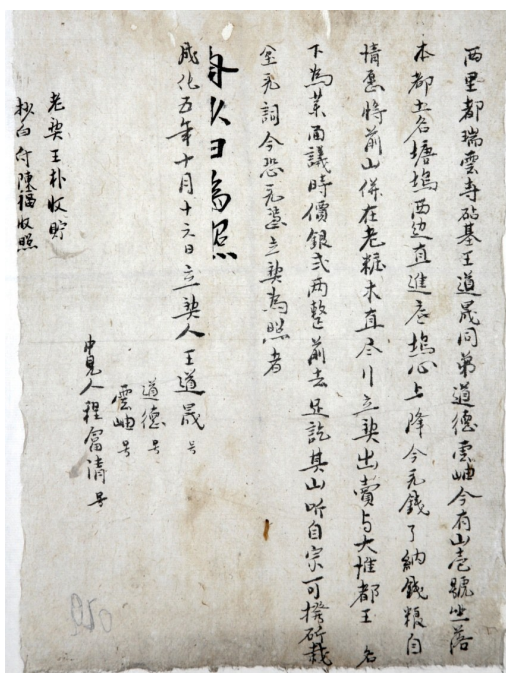
(一)土地权利归属与分化

周的土地在理念和法律观念上全属于周王,《诗·小雅·北山》有一句对后代影响深远的话可以概括这一点:“溥天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣。”周天子通过“授民授疆土”,分别赐给各诸侯土地及地上人民。周天子与诸侯的利益与义务关系依此确定下来。诸侯以下土地由嫡长子(卿大夫)继承,不得买卖。周天子在理论上对土地、诸侯有最终的控制权。西

周中期以后,周天子对诸侯控制弱化,对土地的控制权存在于理念层面,此时出现了土地转让和出租的记载,这是对土地不得买卖的突破。比如,周厉王时期的青铜器刻录的铭文说明,攸[yōu]卫牧承租他人土地后,因不交付租金引起争讼。最后官吏判决出租人胜诉,命攸卫牧发誓:如果不把全部租金交给出租人,则将处以流放。后来,诸侯开始相互掠夺土地,到春秋时期,诸侯国间的兼并战争大量爆发。不过,《诗经》表达的“王土”理念对后代经济法制有隐性影响。比如王莽夺取西汉政权后,所推行的经济政策追求平均主义。他将耕田称为“王田”,将奴婢称为“私属”,禁止买卖。

(二) 契约形式

买卖契约依据标的物的不同使用不同的契约形式,分别称为质和剂。《周礼》记载,质是买卖奴隶、牛马所使用的较长的契卷;剂是买卖兵器、珍异之物使用的短卷。质、剂是一式两份,与此不同,作为借贷契约的傅别则是分而别之。傅为债券,一分为二,中间大写字后分开(“别”)。将来发生债务纠纷,傅别成为重要的证据(见图六)。



图六 “明成化五年王道晟卖山契”

注:其中写有半书“合同xx为照”,“合同”二字为合成字

受此影响,直至明清、民国时期,合同文书中多有“半书”形式。这种骑缝半书的文字内容各有不同,多为“合同分书”“合同一样二纸各收一纸”“同气连根”“骑样三张”“分关各执一张”“合同执照”“合同大吉兴隆”,等等。其作用在于保证各份文书内容相同,以加强契约文书勘合证据效力。

(三) 婚姻制度

1. 婚配的要件及原因

《左传·僖公二十三年》有这样的话:“男女同姓,其生不蕃[fān]。”中国古人据其家庭生活经历,摸索出同姓相婚影响后代正常发育,因此倡导同姓不婚。姓在早期主要承担着婚姻功能,用于界定是否适合联姻。如果买来的妾不知其姓,则通过占卜方式决定。婚姻可加强与异姓贵族的联系。周代实行一夫一妻多妾制度:正妻只能有一个,其所生子称为嫡系;妾无数量限制,其所生子称为庶出。与此不同,古希伯来人法律则规定一夫一妻制,即便是国王也不得纳妾。^① 这影响了后来的基督教及当代许多国家的婚姻制度。

西周时人结婚信奉父母之命、媒妁之言。婚姻由父母来主持、决定,尤其是父亲意见至高无上,并且经由媒人穿梭于男女双方进行婚前沟通。以今天的标准来看,父母之命、媒妁之言相当不合理,泯灭双方当事人自由意志和情感因素的考虑。但这种今日看起来很不合理的制度,从那时起存在几千年之久,甚至在当代中国某些偏远农村依旧存在。对这种制度不应简单地以今天的标准批评其封建、落后,而应认真思考为何这些看似不合理的制度,能存在几千年,且具有广泛而普遍的约束力?可以断定的是,当时社会存在支撑此种制度产生和延续的社会因素,使这种制度长期存在。具体到“父母之命、媒妁之言”,其与社会的密切关联会是什么呢?

由婚姻组成的家庭通常有三种核心功能:经济生产单位、风险共担机构、情感体验。与现代社会相比,在中国早期生产力低下的农业社会,“经济生产单位”和“风险共担机构”的功能尤为重要,这两者是血脉顺利传承给下一代的关键因素。因此,“父母之命”及其“包办婚姻”成为传统婚姻的重要特征。在现代社会,社会保障与保险机制发达,“生产单位”和“共担风险”市场基本能解决,这时,婚姻中的情感要素才上升到重要位置,婚姻走向了个人自决。

^① 参见由嵘主编:《外国法制史》,北京,北京大学出版社 1992 年版,第 18 页。

“父母之命”一方面是传统社会家长制和父家长权力的显示。另一方面的原因在于,如学者指出,与今天相比,中国古人寿命较短,平均大约在三十五岁到四十岁,因此,为了确保一个人死亡前将小孩抚养成人,就必须在十五六岁(甚至更早)结婚。比如,汉代大多数女子都是在十三岁到十六岁之间结婚的。^① 结婚早,则男女双方身体尚未充分发育,尚不完全懂得儿女私情。这个时候他们往往需要父母来为之做出选择。通常而言,父母为子女选择配偶与子女自己选择对象相比,更为理性、现实,后者的选择往往更为感性,甚至基于某种说不清道不明的冲动(就像电影《大话西游》中的经典台词:“爱上一个人需要理由吗?”“不需要吗?”),或由于年龄太小不知如何选择配偶。因此,父母的选择标准虽未必是理想的,却通常是更实用的,因为父母趋向于为子女选择更健康的、更富有的对象,更有助于维护家族血脉正常延续及维持生计。以上当是父母之命制度长期存在的社会因素。^②

想想看,《红楼梦》中的贾宝玉、林黛玉以及贾母的不同择偶标准,是否能印证上述论述?

那么为何需要媒妁之言呢?早期男、女活动范围有限,“所谓伊人,在水一方”。年青男性除了认识其女性亲属外,少有机会接触其他不同姓的异性。所以古时男女双方一见,易视对方为天人。古典文学中经常有惊为天仙、一见钟情的描写,如《西厢记》《天仙配》和《聊斋志异》等。因此,媒妁之言成为结婚的重要条件,是沟通男女双方信息的重要桥梁。同时,当因婚姻行为而出现纠纷,或者引发诉讼时,媒人是证明婚姻行为程序合法的主要见证人。

婚姻成立还必须遵循“六礼”。具体而言,媒人受男家委托,备好彩礼至女家提亲(纳采);女家接受彩礼后,男方委托媒人询问女方生辰八字,卜于宗庙,以定凶吉(问名);男家占卜得吉后,告知女方决定订婚(纳吉);男方送聘礼(鹿皮)到女家,为订婚凭证、制作婚书(纳徵或纳币);男方选好良辰吉日婚期,并通知女家商请(请期);在婚期男方至女家迎娶(亲迎)。至南宋,结婚六礼被简化成三礼:纳采、纳币、亲迎,并沿用到清末。

在这种主要由父母包办的婚姻中,彩礼显得非常重要,六礼较便于贵族施行,普通民众难以一一遵循。

^① 参见瞿同祖:《汉代社会结构》,邱立波译,上海,上海人民出版社2007年版,第41页。

^② “父母之命”的解释,部分参考苏力:《语境论——一种法律制度研究的进路和方法》,载《中外法学》2000年第1期。

2. 离婚的条件

有人结婚,有人离婚。对后者,当时有“七出”(或称“七去”)、“三不去”的规定。“七出”是男性提出离婚的七个要件,具备其中之一,即可休妻,可见夫妻之间妻的依附与从属地位。婚姻首要目的是合两姓之好,婚姻作为纽带,延续血脉,连结两个家庭的友情。如果没有儿子,则下不能继后代,上不能事宗庙(祭祀祖先),不能实现这种目的的婚姻必须解除。“七出”首见于《大戴礼·本命》,书中给出了相应解释:“妇人七去:不顺父母,为其逆德也;无子,为其绝世也;淫,为其乱族也;妒,为其乱家也;有恶疾,为其不可与共粢[zi]盛也(不能在一起吃饭与生活);口多言,为其离家也;窃盗,为其反义也。”显然,此七出与夫妻感情破裂无关,与维持家族伦理、关系和睦及延续血脉等直接相关。古希伯来人的法律规定,离婚要件为不孝公婆、淫乱或无生育能力,与传统中国不同的是,古希伯来人男女双方均可主张离婚。^①

“七出”对妻一方而言相当不利,作为一定补救,《大戴礼·本命》还记载:妻虽具有“七出”行为,但若有以下三个要件之一,亦不得被夫家所休(称为“三不去”):“有所取无所归”,也就是休妻时妻已无娘家可回(防社会负担);“与更三年丧”,说明此妇人甚孝,以此不忘恩(保道德人设);“先贫后富”不得休弃妇人,是为了不背德(防陈世美行为)。西周的此类原则主要记录在《礼记》之类的儒家典籍中,后来则被直接纳入法律。比如唐宋律规定,妻无七出及义绝而出之者,徒一年半。若有“三不去”而出妻,唐宋律规定杖一百。不过,就算妻有“三不去”事由但犯了义绝、淫佚、恶疾及犯奸,则仍然必须离婚。立法的目的无非是维护家族和谐、宗法伦理。

(四) 继承制度

西周的王位继承制为嫡长子继承制,即政治身份(王位、爵位等)及大家长身份照此继承下来。其基本原则为“立嫡以长不以贤,立子以贵不以长”。王位的继承者是嫡长子,也即正妻所生的长子。若妻无子,则以身份最高贵的妾所生的儿子(又称为庶子)为王位继承人。与商代王位采取兄终弟及,导致政局动荡不安不同,西周这种继承制度是在自然中先天产生,而非由人指定,其好处在于有利平息争乱、政权平稳过渡。学者认为,这种制度本来

^① 参见由嵘主编:《外国法制史》,北京,北京大学出版社1992年版,第18页。

是为天子诸侯的继承而设的,最后大夫的继承方式亦照搬沿用了。^①

按照当时的礼法,父母在世时,子女不得有私财,也无权私自借与他人。因为财产及子女的人身皆统属于父母。

九、司法制度

(一) 司法机构

宗法制原则决定周天子有国家最高统治权,也掌有最高司法权,重大案件和诸侯间的纠纷由周天子裁决,或由周天子指定审理,或由宗族内部高层贵族调解。周天子下设三公(即太保、太傅、太师,辅佐周天子,提供统治方法与经验)与六卿。六卿中的司寇掌管司法审判、打击暴乱、惩治奸人等职责。与商朝在中央设置司寇,接受王命掌司法行政,审理全国性重要狱讼案件类似,周朝亦设大司寇辅佐周王行使司法权,下设小司寇负责具体司法工作。商周时期的士、司寇既是军事长官也是司法长官,具有双重职能,文武分职主要发生在战国以后。西周中期以来,随着周王朝权力的衰微,其对诸侯国和地方政权的实际控制力减弱,周王丧失了实际上的司法控制权。上述官职均由贵族充任,如无重大过失,则父子世袭,官员以封地作为俸禄,时称“世卿世禄”制度。这一制度在春秋战国时期日趋崩溃。

(二) 诉讼实践与“五听”技术

西周春秋狱讼采用对验狱辞的“合要”制度,将整木剖开,由狱讼双方各持一半,并各书狱辞于其上,再将两半要契合在一起,对双方狱辞进行对验,判定狱讼曲直。^②《周礼·秋官·司寇》写道:“以两造禁民讼,入束矢于朝,然后听之。以两剂禁民狱,入钧金,三日乃致于朝,然后听之。”东汉末年,儒学大师郑玄解释说:讼,是以财货相告。狱,是相告以罪名。“讼”类似于今日的民事案件;狱则类似于今日的刑事案件。争讼时双方当事人得交束矢(约一百支箭)。郑玄认为,这是用以表达自己如箭那般(正)直,不交的则表示自服不直。争罪时双方当事人必须携带券书,递交钧金(三十斤铜,一钧相当于今天的十五斤),不交钧金的也表示自己承认不直。当时民事、刑事诉讼似乎有初步差异。

^① 参见王国维:《观堂集林》卷一〇。

^② 吴雪飞:《西周春秋狱讼制度三题》,载《清华大学学报(哲学社会科学版)》2017年第2期。

但学者认为,周时无论民事争讼,还是刑案争辩,青铜铭文中都称为“讼”。狱、讼并非区分民、刑程序的标志。在传下来的文献中,狱、讼在东周以前相通,至少二者不能代表民、刑两种不同的诉讼程序。西周时的土田、财货之诉也有称为狱的。到了汉代,刑诉程序不见“讼”字,“狱”代表了刑事程序,当时涉及田债纠纷等经济类案件以“讼”相称。郑玄恰用汉代狱、讼的不同用法注解《周礼》。然而西周的诉讼制度远不如秦汉系统,当时的民、刑诉讼恐怕并没有区分。毕竟,在西周礼仪社会,“出礼入刑”使依礼断狱成为必然,民刑标准淡漠。^①

《周礼·秋官·大司寇》还记载审讯中司法官员要对当事人察言观色,所采用的方法又称“以五声听狱讼”,以获得案情真相。第一种叫辞听,观察当事人的语言表达,若是理曲者则语无伦次;第二种叫色听,观察当事人的面色,若是理曲者则面红耳赤;第三种叫气听,观察当事人的呼吸,理曲者则气喘吁吁;第四种叫耳听,观察当事人的双耳听觉,理曲者听觉迟钝;第五种叫目听,观察当事人的双眼,理曲者则双眼无光。

这种沿用几千年的“五听”制度,基于某些心理学上的经验而有合理性,对历代司法官员寻找案件破绽有一定帮助。其不足之处是“五听”的结果有时不确定。有学者认为,从五听对象来看,对于一些大盗惯犯而言,进公堂如入其家,答话时心平气和,辞色皆不动。而一些善良老实、胆小怕事之徒,即使襟怀坦白,但慑于公堂威严,反而可能面红气喘,这些都会误导审判人员的判断。^②“五听”制度过于强调司法官利用察言观色,对证据作出判断,具有较大任意性和盲目性,易导致主观擅断,造成冤假错案。“五听”不仅要求司法官具有入木三分的观察能力,以捕捉当事人的每一细微表现,还要求司法官体察当地民情、熟悉当地风物以科学判断。在古代整个司法官群体素质不高的情况下,这一制度很难发挥积极作用。^③“五听”主要是经验摸索,时人并不知其背后的科学原理。这如同宋朝宋慈的法医学名著《洗冤集录》,主要采自历代官员法医检验的经验摸索与积累,但缺乏学理支持,时间一长,就再难有突破性进展。

^① 参考南玉泉:《狱讼程序辨析及告制探源》,载霍存福等主编:《中国法律传统与法律精神》,济南,山东人民出版社2010年版,第178-186页。

^② 参见蒋铁初:《中国古代证人制度研究》,载《河南省政法管理干部学院学报》2001年第6期。

^③ 参见奚玮、吴小军:《中国古代“五听”制度述评》,载《中国刑事法杂志》2005年第2期。

官员审理完毕后,就可以制作判决书(当时称“成劾”),向罪犯宣读判决(时称“读鞫”[jū])。罪人若不服,可以请求再审(又称“乞鞫”)。读鞫与乞鞫制度也出现于汉朝。西周时期要求执行死刑应配合自然季节时宜。比如,《礼记·月令》说:“孟秋之月,……戮有罪,严断刑。仲冬之月,……斩杀必当。”后来的秋冬行刑制度即源自于此。不过,西周狱讼带有一定的原始性,尚未制度化。至春秋时代,狱讼的逐渐专业化和精细化,审理狱讼开始由“士”等专门职官执掌。为何法律的运作要和客观世界的自然现象产生联系呢?汉代法制一章将探讨这一问题。

课后阅读文献

李力:《发掘本土的法律观:古文资料中的“礼”及“刑”“法”“律”字的法文化考察》,载《法律史论集》(第3卷),北京,法律出版社2000年版。

张永和:《“灋”义探源》,载《法学研究》2005年第3期。

李力:《夏商法律研究中的若干问题》,载《法律史论集》(第1卷),北京,法律出版社1998年版。

以下适合有研究兴趣的读者。

王沛:《刑书与道术:大变局下的早期中国法》,北京,法律出版社2018年版。

王沛(主编):《甲骨、金文、简牍法制史料提要》,上海,上海古籍出版社2022年版。

胡留元、冯卓慧:《夏商西周法制史》,北京,商务印书馆2006年版。

武树臣:《中国法的源与流》,北京,人民出版社2013年版。

谢维扬:《中国早期国家》,杭州,浙江人民出版社1995年版。

许倬云:《西周史》(增订本),北京,生活·读书·新知三联书店1994年版。

杨宽:《先秦史十讲》,上海,复旦大学出版社2006年版。

Li Feng, *Early China—A Social and Cultural History*, Cambridge University Press, 2013.

刘海年、杨一凡(总主编):《中国珍稀法律典籍集成》(甲编第一册),北京,科学出版社1994年版。

杨一凡、徐立志(主编):《历代判例判牍》(第一册),北京,中国社会科学出版社 2005 年版。

课后深度思考题

传统中国由权力机构正式制定、调控社会的国家法律数量有限,大量社会行为,比如婚姻、家庭、继承、收养、服饰、居所规格、身份待遇等,主要由社会群体认可的礼调整,不直接反映在法律尤其是刑事法规中。结合下列论文论著中现代学者关于“法律与社会规范”的论述,思考传统时代的礼与法是否类似于现代社会规范与法律的关系?其间的各自功能是什么?法的制定是否应立基于礼或社会规范?否则可能出现何种负面社会效果?在传统时代没有法律调控的领域,礼如何发挥影响力、是否会存在某些欠缺或正面因素?在现代社会,有无必要把所有规范均纳入法律?或者法律应限定自身范围而非无所不包?

张维迎:《法律与社会规范》,载氏著:《信息、信任与法律》,北京,生活·读书·新知三联书店 2006 年第 2 版。

Paul G. Mahoney and Chris William Sanchirico, “Norms, Repeated Games, and the Role of Law”, 2003, *California Law Review*, Vol. 91: 1283-1329.

[美]罗伯特·C. 埃里克森:《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》,苏力译,北京,中国政法大学出版社 2003 年版。

[美]艾里克·A. 波斯纳:《法律与社会规范》,沈明译,北京,中国政法大学出版社 2004 年版。