

## 刑起于兵 兵刑同源

《郭沫若全集·考古编》(人民出版社 1984 年版)第七卷中的《两周金文辞大系考释》一文,解释了西周初期师旂鼎所载的一个军法判例。唐兰的《西周青铜器铭文分代史徵》(中华书局 1986 年版)一书也对此有说明。原文是:“唯三月丁卯,师旂众仆不从王征于方雷,使厥友弘以告于伯懋父:‘在芳,伯懋父乃罚得、夏、古三百铎。今弗克厥罚。’懋父令曰:‘宜播,厥厥不从,厥右征。今毋播,斯又内于师旂。’弘以告于中书史,旂对厥刻于尊彝。”

该案大意是:这是三月丁卯日,师旂因为他属下的许多仆官不跟随王去征讨方雷,派了他自己的属僚弘向伯懋父控告:“在(芳)地的时候,伯懋父曾经罚得、夏、古三人三百铎,到现在也没有真正罚下去(兑现)。”伯懋父命令道:“依法应该放逐那些不跟右军一起出征的人,如果不放逐他们,就意味着和师旂有勾结。”弘把这件事告诉了中书史,师旂宣读了这个判词,并把它刻在彝器上。

古时候,这样的判例对以后发生的类似案件有规范作用,所以,久而久之,古人称彝为法律的一种表现形式。

从上述案例中我们可以看到,军法是我国最早的部门法之一,早在夏商时就出现了军法以保证军队的行动、战争的胜利。现在已知最早的军法是载于《尚书·甘誓》以及《史记·夏本纪》等书中的夏启征讨有扈氏时,在甘地发布的誓。其主要部分是:“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,赏于祖,弗用命,戮于社。予则孥戮汝。”译成现代汉语即为:所有在战车左边的,如果不好好完成左边的战斗任务,就是你们不奉行命令;在战车右边的人如果不好好完成右边的战斗任务,也是你们不遵守命令;驾御战车的士兵,如果不胜任而贻误了驾御战车的任务,也是你们不奉行命令。努力完成命令的,就在庙里给以奖励,不努力完成命令的,就在社坛里杀掉。我还要杀你的儿子。

商代对军法十分重视，法制史中经常引用的“师惟律用”即出自殷商甲骨文中。西周的军法在继承夏、商的基础上有所发展，临敌作“誓”仍是军法的主要形式。《尚书·牧誓》《尚书·费誓》均是著名的军事法律。本案例涉及的青铜器师旂鼎铭文即是一个典型的军法判例。它表明，西周时期对“不从王征”这种犯罪已经有了审判机关和简单的诉讼程序。对此判例释文，由于对“斯又内于师旂”一句中“内”字的不同解释，引起了对判例结果的不同解读。

从此案中，我们还可以认识到的是：国人对法律自古以来就有许多同西方不一样的观点。在这些不同中正可见中国传统的法律观念，并从中体会其对今天法制的影 响。

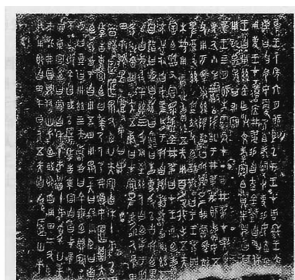
早在夏商之时，人们普遍认为社会的一般规范并不是今天人们认为的法，而是叫“礼”，礼是源自于对神灵的祭祀（礼字繁体作“禮”，由“礻”“曲”“豆”三部分组成，其中“礻”又叫神补旁，是指神；“曲”一说是两串玉；“豆”一说是鼓，是一种祭祀的礼器），在那个神灵与祖先合一崇拜的年代，这种祭祀活动中形成的礼仪规范，便成了人们遵行的准则。渐渐地许多重要的社会习惯也赋予礼的形式，以使人们普遍遵行。所以千百年来，我们有自称是“礼仪之邦”的说法，却没有自称是“法制国家”的说法。这恰恰是历史的真实写照。

这样一套礼仪规范，经过夏商时期，已经深入人心。但是任何社会都会有不遵守和破坏社会规范的言行，因此，就要有相应的制裁方法。我们的祖先从远古部族之间的征战经验中得到了启发，将战场上的杀戮手段，有选择地演变为刑罚手段，用来惩罚违礼者，这就是“出礼入刑”，即你的言行超出了礼仪规范的要求，就落入了刑罚惩罚的范围；而刑罚手段又是源于战争中的杀戮，所以古人称之为“刑起于兵（战争）”。

关于“刑起于兵”在中国古代文献中有许多记载，刑字本身就说明了这一点。刑字拆开恰好是一捆兵器，即两个“干”和一个“刃（刀）”，干是古代的一种兵器（一说是盾牌），成语有“大动干戈”；刀则是人们所熟知的兵器，而特别是刀，它成了传统刑罚的主要刑具之一。无论是在罪犯面额上刻划的“黥”刑（又叫墨刑），还是割去犯人耳鼻的“刵”“劓”之刑，以及毁坏生殖器官的“宫”刑、断足的“刖”刑、“剕”刑、剜取膝盖的“腓”刑和砍头的斩刑，都离不开刀。所以古人又说“兵刑同源”，揭示了中国传统刑罚源于战争的特点。

西周时期，在王朝中央天子之下负责审理案件的机关是“司寇”，这一机关的长

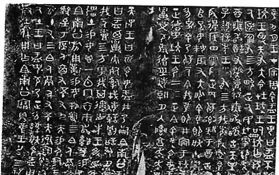
官也叫“司寇”。史书《周礼·秋官》说“司寇”又叫“大司寇”，他的辅佐官称“小司寇”，前者助天子掌全国司法，后者助前者“以五刑听万民之狱讼，附于刑，用情讯之”。“司寇”这一名词与战争不无渊源，“司”是管理，“寇”指外来之敌（如日本人侵入中国，被称为日寇），所以“司寇”是负责抵御外来敌人的意思，但却成了先秦时期的司法长官。从中亦可见司法与战争之关联。夏商周三代的其他司法官称也多与军旅称谓有关，据史书所载，如“司寇”下属有“士师”“士”等十几种官员。地方上设“士”为司法官，也是初审机关，掌其辖区内狱讼。也印证了“兵刑同源”这一古人的判断。



留鼎铭文。铭文内容极其丰富，其中有关奴隶买卖事实，是研究西周社会性质的重要资料。



西周记载册命赏赐内容的大盂鼎



大盂鼎铭文。成、康时代金文中，以书法成就而言，大盂鼎铭当居首位。

中国传统法律的这一形成特点，或说古人认为的法律形成的这一特点，深远地影响着我们对法律的理解与认识。西方自文艺复兴以来，法律在人们的观念中是与公平、正义、自由和权利相生相伴的，而在中国，长久以来谈到法律，普通百姓联想到的就是刑，在他们的观念中，法律是与威严、残酷、权力相生相伴的。在国人的

心目中,法虽不可以没有,但最好是敬而远之。清代乾隆年间负责编撰《四库全书》的纪晓岚曾言:“法为盛世所不可缺,亦为盛世所不尚。”这种观念曾长久地影响着国人对法律的认知和评价。了解一些中国传统法律文化,对正确认识我们今天的法制、树立正确的法律观念都是不无裨益的。

《国语·鲁语上》记载:“大刑用甲兵,其次用斧钺;中刑用刀锯,其次用钻凿;薄刑用鞭扑,以威民也。”这其中,甲兵、斧钺正是古代战争用的重要兵器,所以施以重刑,当用兵器为之,自古以来一直是人们心目中根深蒂固的一种认识,这再一次印证了古人对“兵刑同源”“刑起于兵”的判断。

## 刑名从商 纣王酷刑

中国历史上的商代距今已有三千多年的历史了。据史籍记载，商的末代王纣王是个典型的昏君。因其用刑残忍，在中国法制史上也算是名留简册的人物。以至于传统中有句成语叫：助纣为虐。这当中的“纣”，即指此人。纣王也许成了历史上形容坏人的最早的代名词。据说纣王曾用酷刑虐杀大臣，九侯被醢案、鄂侯被脯案和比干被剖心案，便成了法制史上有名的案例，下面这段史料是关于这几起案件的前因后果的完整的叙述，见于《史记·殷本纪》：

帝纣资辨捷疾，闻见甚敏；材力过人，手格猛兽；知足以距谏，言足以饰非；矜人臣以能，高天下以声，以为皆出己之下。好酒淫乐，嬖于妇人。爱妲己，妲己之言是从。于是使师涓作新淫声，北里之舞，靡靡之乐。厚赋税以实鹿台之钱，而盈钜桥之粟。益收狗马奇物，充仞宫室。益广沙丘苑台，多取野兽蜚鸟置其中。慢于鬼神。大聚乐戏于沙丘，以酒为池，县肉为林，使男女裸，相逐其间，为长夜之饮。百姓怨望而诸侯有畔者，于是纣乃重刑辟，有炮烙之法。以西伯昌、九侯、鄂侯为三公。九侯有好女，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。西伯昌闻之，窃叹。崇侯虎知之，以告纣，纣囚西伯姜里。西伯之臣闳夭之徒，求美女奇物善马以献纣，纣乃赦西伯。西伯出而献洛西之地，以请除炮烙之刑。纣乃许之。赐弓矢斧钺，使得征伐，为西伯。而用费中为政。费中善谀，好利，殷人弗亲。纣又用恶来。恶来善毁谏，诸侯以此益疏。西伯归，乃阴修德行善，诸侯多叛纣而往归西伯。西伯滋大，纣由是稍失权重。王子比干谏，弗听。商容，贤者，百姓爱之，纣废之。及西伯伐饥国，灭之，纣之臣祖伊闻之而咎周，恐，奔告纣曰：“天既讫我殷命，假人元龟，无敢知吉，非先王不相我后人，维王淫虐用自绝，故天弃我，不有安食，不虞知天性，不迪率典。今我民罔不欲丧，曰‘天曷不降威，大命胡不

至’？今王其奈何？”纣曰：“我生不有命在天乎！”祖伊反，曰：“纣不可谏矣。”西伯既卒，周武王之东伐，至盟津，诸侯叛殷会周者八百。诸侯皆曰：“纣可伐矣。”武王曰：“尔未知天命。”乃复归。纣愈淫乱不止。微子数谏不听，乃与太师、少师谋，遂去。比干曰：“为人臣者，不得不以死争。”乃强谏纣。纣怒曰：“吾闻圣人心有七窍。”剖比干，观其心。箕子惧，乃佯狂为奴，纣又囚之。殷之太师、少师乃持其祭乐器奔周。周武王于是遂率诸侯伐纣。

其现代汉语译文如下：

帝纣的天分很好，聪慧敏捷过人，而且见多识广，其智商和力气都超过一般人，他的勇武和力气达到了能赤手空拳与猛兽搏斗的地步，他的聪明能够使试图劝谏他的人不再开口，他的口才能够把他自己的错误掩饰得天衣无缝；他常常在大臣面前炫耀自己的能力，认为他的声望高于天下任何人，认为天下所有人都在他之下。

帝纣喜欢喝酒，贪图享乐，贪恋女色，尤其喜欢妲己，一切都按照妲己所说的去做。妲己喜欢，他就让师涓重新创作新奇的聲音，演出来自北方的淫乐舞蹈，吹奏那些缠绵萎靡的音乐。他加重赋税以充实朝歌城里鹿台的钱财以及增加钜桥仓库中的粮谷。他想方设法搜求狗、马以及其他奇珍宝物，以至其宫殿里都堆不下了。他大力扩建沙丘花园，精心装缮其中的亭台楼阁，捕获众多的野兽飞鸟放入其中。

他对鬼神十分轻蔑怠慢，却在沙丘园中大肆游乐演戏，池中装满了酒，悬挂的肉多得像树林一样。他让男男女女脱光衣服在其中追逐嬉戏，通宵达旦地饮酒作乐。百姓怨声载道，愤恨不已，有的诸侯也背叛了他。商纣因此加重刑罚，发明了一种叫作炮烙的残酷刑罚。

帝纣任命西伯姬昌、九侯、鄂侯为三公。九侯有个漂亮的女儿，被送给纣王。九侯这个女儿不喜欢商纣的荒淫胡为，帝纣对此非常愤怒，他杀了九侯的女儿，还对九侯施以醢刑，把他剁成了肉酱。西伯姬昌听说这件事后，私下里叹息。崇国的诸侯虎听到西伯叹息这件事后，就向商纣告密。帝纣把西伯囚禁在羑里。西伯的大臣闳夭等为救西伯，到处寻求美女、奇物和良马，并把它们献给帝纣，商纣才赦免了西伯。西伯出来后，就把洛水之西的一块地方献给商纣，请求他废除炮烙之刑。这样商纣才同意了西伯的请求，并把征战用的弓箭以及刑罚用的斧钺赐给他，使他有权力征讨其他诸侯，并封他为西伯，做西

方诸侯的首领。帝纣又任命费中主持政务。费中善于阿谀奉承，又贪图利益，殷人都不亲近他。商纣又任用恶来，恶来喜欢说人坏话，诸侯因此更加疏远。

西伯回到其西方后，暗地培养自己的品德，处处多做好事，因此有很多诸侯背叛商纣而归附于西伯。西伯的势力日益增大，商纣的权威也慢慢地在减少。商纣的近亲比干劝谏他，但商纣听不进去。商容是一个贤臣，百姓都喜欢他，商纣王却废掉不用他。西伯讨伐饥国并灭掉了它，商纣的大臣祖伊听到后，就责备周。他害怕事情继续，便跑去告诉商纣说：“老天爷不久就要结束我们殷朝的国运。那些能够认识形势以及那些龟甲占卜的人，都不认为商代还有什么吉利可言。这并非是死去的先王们不保佑我们后人，唯一的原因就是大王你荒淫无道，自己把自己给葬送了。因此上天要抛弃我们，使我们再没有安全稳定的食物，无法预料上天所降的灾难，无法遵照先王的纲常旧典行事。现在，我们的百姓没有一个不想商代灭亡，他们说：‘老天爷你为何还不显示威灵啊？让新王诞生的命令为什么还不到来啊？’面对今天这种局面，大王啊，你准备怎么办？”商纣回答说：“难道我的命运不是由天掌握而是由百姓决定？”祖伊无功而返，回来就说：“商纣实在不值得劝谏了！”

西伯死后，周武王继续向东征伐。到盟津的时候，诸侯中就有八百个背叛殷商与周会合。诸侯们都说：“商纣可以讨伐了。”武王说：“你们都不知道天命。”又再次返回。商纣变得更加淫乱没有止境了。微子多次劝谏商纣王，但商纣还是听不进去。微子便与太师、少师商量，然后逃走了。比干说：“作为他的大臣，我不得不冒着杀头的危险去争取他。”于是强劝商纣王，商纣发怒道：“我听说圣人心有七孔。”于是剖开比干的肚子，看他的心。箕子害怕了，就假装疯癫，变为奴隶，商纣仍然把他囚禁起来。殷朝的太师、少师也拿着他们用于祭祀的乐器投奔周。到这时，周武王才率领诸侯讨伐商纣。

从这一段史料中，我们可以得到以下几方面与法律史有关的知识：

我们知道，中国人与西方人有许多文化上的不同，中国人信奉“天”的观念由来已久，而西方人信奉上帝的意识也是源远流长。国人感叹时不免脱口而出“天哪！”而洋人则会说：“Oh, my God!”（哦，我的上帝！）殷商时代重巫文化和世界各国古代文化比较接近，对宗教事务倾心关注，有着古老的神权统治的传统。据甲骨文记载：为了耳鸣这类小事，殷王就可以用上 158 只羊，来祭祀神明，乞求平安。而周人，每次正式的祭祀仪式仅仅是牺牲一头牛（“太牢”）或一只羊（“少牢”）。在宗教

意识控制人们思想和行为的时代，人类的一切文化表现和社会组织、生活方式、艺术、世界观、观察自然现象的眼光，以及力图征服环境的巫术活动等，都与宗教意识、宗教活动发生着有机的联系。此时的法律不过是这整个宗教文化中的一部分，是宗教活动的调节器和附属品。我们现在见到的商代有关法律的文字，大多是“卜辞”和祭器上的铭文，这一点就可得到证明了。

从夏代开始，在宣扬统治权力的正当性上，统治者就寻求“天”的护佑。所谓“受命于天”“天讨天罚”；统治者自称“天子”，它的朝廷称为“天朝”等等。统治者想让百姓相信：“天不变，则我的统治也不会变。”因而，在中国古代，长久以来民间将改朝换代俗称为“变天”。后来，商取代夏的时候，统治者强调的是相近的理由——秉承“天命”。所谓“有夏服天命”，“有殷服天命”，即是其不变的理论支柱。

商纣王荒淫无度，最后闹到众叛亲离的程度，还坚信其受到神的保护和所禀赋的天命，念念不忘“我生不有命在天乎！”最终被周所灭。等到周人灭商（从商王盘庚迁都后，商又称殷，故将商的灭亡叫作“殷鉴”），再仅仅宣扬过去这种血统论的“天命”观，不免让民众怀疑：“天不变，怎么他们却变了？”随着周取代殷，周的统治者开始对这个“天命”观念加以改造，《尚书·召诰》中载，周初成王（一说周公）对他弟弟康叔告诫说：我们周人的德行上达天庭上帝，上帝赐福给我们，天命我们打败殷人，并开始接受这个天命。在这段话里，周人借用殷人的宗教，编造了上面这一通神话来渲染。剥夺了这个殷王以“上帝天子”自居的“天赋权力”，宣布了新的道德继承而非血统继承的法则。

接着，周的统治者对“天命观”继续加以改造，发展出了“以德配天”的思想。《诗经》中讲，周公一再强调：“天命靡（无）常”，《左传》里载：“皇天无亲，惟德是辅。”要想保住天命，就必须敬德，即所谓“以德配天”说。进而指出“天不可信”，此句最能表现周初统治者的这种“以德配天”的新思想。在他们的心目中，“天”也已经大打折扣了。他们侧重的是“德”，而不是“天”，着眼点是人事，而不是天命。远在三千多年以前，应该说这是一种很卓越的见解。从这种见解出发，周公提出了“明德慎罚”的主张。要表明统治者统治的正当性，就应当“明德”，即寻求一种“道德基础”，而“明德”就在“慎罚”之中，就在统治者谨慎从事立法、司法的活动中。这样，中国法律史上第一次明确地把“德”与“刑”结合起来了。从笃信上帝到“天不可信”；从专事鬼神到注重人事；从专讲刑杀到德刑结合，这不能不说是一个很大的进



步。从此以后，在国人的观念中，“德”成了每个人心目中不可或缺的东西。直到今天，我们时常听到他人或自己抱怨缺这缺那，但你不会听到有谁抱怨自己缺“德”的。

根据传统典籍的记载，早在夏代已经出现了一些罪名及刑罚。《尚书·吕刑》就有苗民五刑的记载，还列举了劓（割去人犯的鼻子）、刖（割去人犯的耳朵）、黥（在人犯脸上刺字）等刑罚。《左传·昭公六年》中说：“夏有乱政，而作禹刑”，禹刑就是夏代法律的总称，即到这时，初步的犯罪与刑罚体系可能已经建立。到了商代，刑罚制度才颇具规模，有“刑名从商”的说法。

本案的史料中即出现了几种商代著名的刑罚：

(1) 炮烙之刑，一般认为“炮烙”之“烙”当为“格”之讹传，这是商纣发明的一种酷刑，即在铜柱上涂油，下加火烧热，令罪犯在铜柱上行走，最终因酷热难耐而坠入炭火中烧死。

(2) 醢，本案中九侯所受之刑，即把人杀死后，再把其尸体放入一个类似舂米用的巨大的舂子里捣成肉酱。

(3) 脯，本案中鄂侯所受之刑，即把人杀死后，把其尸体晒成肉干。

(4) 剖心，比干所受的刑罚，就是将活人的心挖出来。

这些都是极其残忍的刑罚。

除此之外，见诸于史料的还有断手、罚丝、劓殄等。《韩非子·内储说上》就说：“殷之法，弃灰于公道者，断其手。”至于罚丝，是专门适用于官吏贵族的一种刑罚，即判决向官府缴纳一定数量的丝，见之于《墨子·非乐上》：“先王之书，《汤之官刑》有之。曰：其恒于官，是谓‘巫风’，其刑：君子出丝二卫，小人否。”劓殄，即后世之族刑，见之于《尚书·盘庚》的记载中。而在商代甲骨文中，还可见到与墨刑、劓、刖、宫、大辟等相关的记载，这说明，商代已经有了后世称之为“五刑”的滥觞。

从这段史料还可看出，由于商代刑罚的种类繁多，监狱已经发展起来。《竹书纪年》和《史记·夏本纪》已有圜土、夏台等的记载，其他史料及商代甲骨卜辞中也有很多关于“囚”的记载，并且还有了相应的囚具。本案中西伯被囚的地方姜里据说就是商代的监狱。姜，又为“牖”。商代的监狱是挖在地下的土窖，上面盖上棚，并开有牖，类似今天的天窗，因此也叫“牖里”。此外，圜土、圜圉等称谓均指监狱。商代末期出现了“狱”字，唐代颜师古注汉代许慎的《说文解字》说：“狱之确也，取

其坚牢之意。狱字从二犬，取完备之意，从言者讼也。”或许那个时候就用狗来看犯人了。

酷刑是中国先秦社会早期常见的一类刑罚，以“严酷”“残忍”著称。酷刑在原始社会早期，人类文明初始阶段，对于统治者镇压叛乱、惩罚罪恶有一定的效果。但随着人类文明的进步，法制的完善和发展，酷刑已经越来越展现出其弊端的一面——不利于犯罪人改过自新，与法治文明相悖。因此，酷刑从产生到兴盛最后到衰亡是历史发展的必然结果。