

法律史论丛

二

法律史论丛

(二)

中国法律史学会
《法律史论丛》编委会

中国社会科学出版社

《法律史论丛》编委（姓氏笔划为序）：
邱远猷、张晋藩、赵国彬、饶鑫贤、高恒
主编：张晋藩 副主编：高恒

法律史论丛

（二）

*

中国社会科学出版社出版
新华书店北京发行所发行
太阳宫印刷厂印刷

787×1092毫米 32开本 11.5印张 254千字
1982年3月第1版 1982年3月第1次印刷
印数1—8,400册
统一书号：6190·016 定价：1.10元

目 录

西周刑法原则的探讨·····	肖永清 (1)
略论隋《开皇律》的地位和教训·····	王天木 杨永华 (9)
试论《唐律疏议》的制作年代问题·····	蒲 坚 (18)
论1906—1911年清政府的官制改革·····	邱远猷 (42)
上海工人三次武装起义中的市民代表政府 及其革命法制·····	张希坡 (72)
我国人民调解制度的历史发展·····	韩延龙 (96)
陕甘宁边区民主政权的刑法原则·····	杨永华 方克勤 (116)
《尚书》法律思想平议·····	赵国彬 孔庆明 (130)
董仲舒“德主刑辅”思想的初步研究·····	乔木青 何秀芳 (153)
汉代用刑与季节的关系·····	杨鸿年 (173)
试论王符的法律思想·····	刘笃才 (185)
葛洪的法律思想 ——《抱朴子·用刑》述评·····	陈抗生 (196)
洪仁玕的法律思想·····	林 中 (210)
张之洞法律思想初探·····	李贵连 (223)
浅论梁启超的“变法”思想·····	郑兆兰 (247)
论宋教仁的议会活动·····	罗 平 (266)
试论孙中山的五权宪法思想·····	邵德门 (286)
基督教会与教会法在西欧封建统治中的作用·····	张梦梅 (297)
美国《人权法案》的历史与现实·····	潘华仿 (312)
美国宪法中的弹劾制·····	李昌道 (325)

托马斯·霍布斯的法律思想.....杨锡娟 (339)

附录：中国法律思想史论文资料目录索引 (1949—1980)

.....何士英辑 (355)

西周刑法原则的探讨

肖永清

西周是经济、政治、文化高度发展阶段的奴隶制国家。在法律制度方面，西周奴隶主贵族总结了夏、商的经验教训，特别是商末由于严刑酷法，招致奴隶、平民、“百姓”以至贵戚的反抗和反对的教训，所谓“我不可不监于有夏，亦不可不监于有殷”（《尚书·召诰》），“予惟不可不监，告汝德之说于罚之行”（《尚书·康诰》）。因此，西周在继承夏、商法律制度的基础上，无论是法律思想和法律内容，都有了新的发展，大大超过了夏、商。孔丘所说的：“周监于二代，郁郁乎文哉，吾从周”（《论语·八佾》），是反映了这一实际情况的。一个高度发展阶段的社会文化，对其以后的社会总是有影响的，西周的法律制度对封建社会、特别是封建社会初期，是有着深刻影响的。本文只打算就西周的刑法原则，进行些初步探讨。

刑事责任年龄问题：

刑事责任年龄，从现代法律意义讲，就是依刑事法律规定达到一定年龄的有行为能力的人，无正当理由，须要对其触犯刑事法律，追究刑事责任的年龄。西周的刑法没有明确的刑事责任年龄，只有所谓矜老恤幼的原则。据《礼记·曲礼》记载，在周朝“悼与耄，虽有罪不加刑焉”。耄，年八十、九十者曰耄；悼，七岁曰悼。就是说，七岁以下，八十、九十岁以上，有罪不加刑罚。实际上，这样幼而无知，老而无能年

龄的人，对奴隶主阶级的统治已经没有社会危险性了，所以这种规定是毫无实际意义的。

区分犯罪的过失、故意；惯犯与偶犯原则：

《尚书·康诰》记载周公代表成王对康叔说：“人有小罪非眚，乃惟终，自作不典，式尔，有厥罪小，乃不可不杀。乃有大罪非终，乃惟眚灾，适尔，既道极厥辜时，乃不可杀”。人，指奴隶主，而不包括奴隶。眚，过误、过失；非眚，非过失，即故意。惟终，即一惯为之，坚持不改之意。自作不典，即自作不法；式，用也；自作不典式尔，即有意犯法的意思。灾，害，危害。适，犹过也。这段话的意思是说：有人罪过虽小，但并非过失而是故意，而且屡犯不悛，有意犯法，其罪虽小，不可不杀。反之，罪大偶犯，且属过失危害，既以正道尽其罪，又当原情而不可杀。

西周刑法区分犯罪的过失与故意，是在前人的“宥过无大，刑故无小”的基础上的发展。这种注意从犯罪者主观上对自己行为的危害性有无认识，以及犯罪者对自己行为的态度是“惟终”还是“非终”，作为定罪量刑及适用刑罚依据的思想是刑法思想发展史上的一种进步。

同罪异罚原则：

同罪不同罚，即刑法中的宗法等级制原则，是“刑不上大夫”的奴隶主法制的体现。如果说前一项原则具有一定进步意义，而这一原则则是纯属维护奴隶主贵族特权的。

死刑处决地点和方式的不同是“同罪异罚”的一种表现。从现代法律的观点看，这种区别是没有实际意义的，但在宗法等级森严的西周，却把这看成是等级制度不可或少的要求。奴隶被排除于法律主体之外，不属于刑法主体的对象。一般平民的死刑是“杀之于市，与国人共弃之”，而“王

之同族不即市”，“凡有爵者与王之同族，奉而适甸师氏，以待刑杀”（《周礼·秋官·小司寇》）。理由是“不与国人虑兄弟也”。国人，即平民；虑，借为录，即记载簿籍。就是说因为贵族与平民不同籍不同宗，不能相等对待。死刑的方式也有严格的区分。“公之同族有罪，则磬于甸人”（《礼记·文王世子》）。甸师氏、甸人，是掌郊野的官吏。磬本是玉制的敲击乐器，悬诸木架之上，此处是用以象征缢杀。“磬于甸人”，就是由郊野之官吏秘密处以绞刑。在奴隶制以至后来的封建制把死刑分为好多级，而身首异处与全尸，是死刑的两个重要等级。一般平民的死刑，则不仅身首异处，甚至是碎尸万段。

肉刑同样采取宗法等级的同罪不同罚原则。宫刑亦称为淫刑或阴刑，一般为犯奸情罪的刑罚，即男子割生殖器，女子幽闭宫中。这种戕毁肢体，绝人后嗣的惨刑，不见于商，可能是周人的创造。奴隶制社会犯奸情罪是大量的，这是剥削制度的产物，同时也是社会生产力低下，人类精神文明落后的表现。这种社会现象，只有到了人类的精神文明高度发展时，才有可能消除。奴隶主以至后来的封建主企图用割生殖器的办法加以消除，除了暴露其残忍性以外，只能是徒劳无功。西周奴隶制社会受宫刑的主要对象是非贵族的奴隶主和一般平民，而奴隶主贵族则非宫刑的对象，所谓“公族无宫刑，不翦其类也”（《礼记·文王世子》）。

未判刑的罪犯在监押期间，一般都要戴械具。在戴械具的问题上，同样是贵贱等级不同，待遇迥然有别。《周礼·秋官·掌囚》：“凡囚者，上罪桎梏而桎，中罪桎梏，下罪桎。王之同族桎，有爵者桎，以待弊罪”。上罪，即大罪重罪。桎，《说文》：“手械也”，即两手戴的刑具。梏，音共，《说文》：“两手同械也”。桎，《说文》：“足械也”。“桎梏而桎”，即两手两脚都

戴刑具。中罪为一般犯罪，手足也都要戴刑具，下罪为轻罪，仅带手械。那时的械具，无论是桎或是桎，既然都从木字，足见都为木制，十分笨重。王之同族及有爵者有罪，不论轻重，都依轻罪处置，仅械手或足。贾公彦对此疏曰：“极重者三木俱著，次者二，下者一。王之同族及有爵者，纵重罪亦着一而已，以其尊之故也”。

判决以后的刑徒，也根据等级不同，而有所区别。所谓：“墨者使守门，劓者使守关，宫者使守内，刖者使守圜，髡者使守积”（《周礼·秋官·掌戮》）。郑玄对此注曰：“此五刑之中，而髡者必王之同族不官者，宫之为翦其类，髡头而已”。

同罪不同罚原则，是赤裸裸的宗法等级特权。这一原则在中国由奴隶制而封建制，实行了三千多年，其影响是极为深远的。

父子兄弟罪不相及原则：

商代有“孥戮”、“罪人以族”，周朝法律虽有不孝不友为“元恶大憝”的规定，但不株连，这较商朝刑法应该说是一个进步。《尚书·康诰》说“于父不能字厥子，乃疾厥子，子弟弗念天显，乃弗克恭厥兄，兄亦不念鞠子哀大，不友于弟，惟弔兹不于我政人得罪，天惟与我民彝大泯乱曰：乃其速由”大意是说，“父不能字（爱）厥子”，反而“疾（疾，憎恨）厥子”，弟“弗克恭厥兄”，兄“不友于弟”，这种父子兄弟不相和睦，灭乱无常，乃其自召罪戾（各自得罪），但“不于我政人得罪”，即不当为我政人所连坐，亦即不可旁及亲属。到了春秋时代，秦文公二十年（公元前七四五年）“法初有三族之诛”（《史记·秦本纪》），但是，可能局限于秦，并未遍及各诸侯国。《国语·晋语》记载：晋国大夫冀芮在晋文公元年（公元

前六三六年)谋杀文公,焚公宫,秦伯杀之。其子冀缺(郤成子)穉于冀野,“其妻馐(馐,田食也)之,敬相待如宾”,“臼季使,舍于冀野”,发现了,“与之归,既复命而进曰:臣得贤人,敢以告。(晋)文公曰:其父有罪,可乎?对曰:国之良也,灭其前恶,是故舜之刑也殛鲧,其举也兴禹。今君之所闻也,齐桓子亲举管敬子(仲),其贼也”,于是,晋文公重用了冀缺。这说明迄春秋中期还在实行父子兄弟不相及的原则。这种刑法原则较之后来封建社会的夷三族、五族、七族、九族、十族,是相对缓和的。

有旨无简不听原则:

《礼记·王制》:“司寇正刑明辟以听狱讼……有旨无简不听”。旨,意也,志也;简,诚也,即真实;听,断狱治罪也。有其意无其诚者,也就是只有动机而无诚实之状,即事实者,不论以为罪,,不能凭动机或思想定罪。

《尚书·吕刑》:“五(刑之)辞简孚,正于五刑”。简,核;孚,信。言五刑之讼辞须经简核,信有验证,则正之于五刑。“简孚有众,惟貌有稽,无简不听”。罪行有疑,则应“阅实其罪”。简核事实,信实不疑且合于众心,尚须对其外貌即犯罪事实稽考相合,不经检核真实者不能治罪。罪有疑,则阅实即简核其真实犯罪事实。这种重事实,不单凭思想动机的原则,是应该给以肯定的。

原心(情)定罪原则:

《盐铁论·刑德》说:“春秋之治狱,论心定罪”。又《汉书·薛宣传》:“春秋之义,原心定罪”。原心定罪,又称为原情定罪。原,穷其本也,察也;心,亦本也;情,实也。原心定罪,即察其根本而定罪。原情定罪,即察其情实而定罪。

《礼记·王制》:“凡听五刑之讼,……意论轻重之序,慎测

浅深之量以别之”，“悉其聪明，致其忠爱以尽之”。原注以为：意论轻重之序，意谓思念也，听讼者以尽意思念，论量罪之轻重次序。“慎测浅深之量以别之”，谓谨慎测度罪人之善恶深浅之量以别之，即分别善恶，使不相乱。“悉其聪明，致其忠爱以尽之”，即听狱之人尽悉己之聪明，寻其事之根本……不使严酷枉滥，以尽犯人情，不有抑屈。简言之，就是断狱的人要思考罪行严重的程度，谨慎的测度罪人的动机，以区别刑罚的轻重。断狱的人要尽自己的聪明才干，寻求犯罪事实的根本，以避免冤滥。这和原情定罪的意思是一致的。这种既注意犯罪者主观动机的善恶，有无达到社会危险性的愿望目的，也注意犯罪客观事实的轻重和犯罪事实真相的刑法原则，应该说是具有一定进步意义的。

宽严适中原则：

西周王朝初期，基于“明德慎罚”，“庶狱庶慎”的法律思想，在刑法中强调“中罚”、“中道”、“中正”，即宽严适中的原则。《尚书·立政》：“兹式有慎，以列用中罚”。兹，此；式，用；列，布陈、施用；中罚，宽严适中之刑罚。言此用刑要谨慎，因而要布陈宽严适中之刑罚。

《尚书·君陈》：“宽而有制，从容以和。殷民在辟（刑），予曰辟；尔惟勿辟；予曰宥，尔惟勿宥，惟厥中”。宽，宽缓、宽宥；制，法度、禁止，限度。“宽而有制”，即宽宥而有法度。从容，言举动；和，言刚柔得宜，即一举一动必须刚柔得宜。宽严刚柔必须依此中道。

《尚书·吕刑》：“非佞折狱，惟良折狱，罔非在中”。佞，有口才善辩；良，善良有才干；折狱，断狱，刑事审判；中，中正，即不偏不倚，不轻不重之意。就是说不是必须有口才善辩的人才能断狱，惟有良善有才能的人才可断狱，断狱之

事无非在于中正。又《尚书·吕刑》：“士制百姓，于刑之中”。疏疏“中之为言，不轻不重之谓也”。

罪疑从赦原则：

《礼记·王制》：“附从轻，赦从重”。附，施刑也。言施刑之时，此人所犯之罪在轻重之间，可轻可重，则施之以轻刑，所谓罪疑惟轻是也。赦从重，谓所犯之罪由故意而入重罪，放赦时，可以重罪之上而赦之。又《尚书·吕刑》：“五刑之疑有赦，五罚之疑有赦，其克申之”。注谓：刑疑赦，从罚：罚疑赦，从免。

灵活性原则：

《尚书·吕刑》：“轻重诸罚有权”，“上刑适轻下服，下刑适重上服”，“刑罚世轻世重”。《荀子·正论》：“治则刑重，乱则刑轻，犯治之罪固重，犯乱之罪固轻。《书》曰：“刑罚世轻世重，此之谓也”。《后汉书·应劭传》应劭引《书》曰：“刑罚时轻时重”。权，权宜、灵活；适，过也；服，同畏，《说文》：“治也”。就是说，根据罪行的轻重适用刑罚时要有灵活性。处以重罚而罪过轻，则以下刑治之，处以下刑而罪过重，则以上刑治之。上服为加等，下服为减等。刑罚要根据时代之治乱有轻有重。荀子对《尚书》“世轻世重”的理解为升平治世的犯罪，处刑从重，动乱时代的犯罪应从轻处刑。

从以上的初步研究，不难看出西周的刑法原则中，有些是纯属糟粕的东西，有些则是近于精华的东西，无疑的，对糟粕是应当摒弃的，对那些有参考意义的东西则应当作为提高社会主义法学的营养加以消化吸收。我国的法学是以马克思列宁主义为指导的法学，它在自己的形成和发展过程中，对于历史上一切有用的东西，是采取批判吸收态度的。过去由于法律虚无主义和法学取消主义的干扰破坏，所造成的法学

的落后是应当引以为戒的，对古今中外法学中的好东西，是不应盲目排斥的。

略论隋《开皇律》的地位和教训

王天木 杨永华

在我国历史上，隋朝是比较短促的朝代。但隋的《开皇律》，在中国法制史上，却占居着不可忽视的地位。

隋朝是夺取北周政权而建立起来的。隋的统一，结束了从三国至南北朝近三百年的分裂和混战，给社会带来了休养生息的稳定局面。文帝杨坚在开皇元年，命高颍、杨素等上采两汉旧律，下及齐梁刑法，制定新律。到了开皇三年，他认为“律尚严密，人多陷罪”^①，又敕苏威、牛弘等更定律令，曰名例、卫禁、职制、户婚、厠库、擅兴、盗贼、斗讼、诈伪、杂律、捕亡、断狱凡十二卷，五百条。这就是后人所称的《开皇律》。

首先，《开皇律》注意总结经验，重视汲取教训，比较准确地掌握了历代封建刑法规律，对周秦以来的刑罚制度，作出了革命性人道化的改革，首创中国法制史上“疏而不失”盛典。

我国封建社会的死刑种类，名目繁多。春秋之世，有六种：一曰杀，二曰烹，三曰肆，四曰醢，五曰轘，六曰梟首。战国时期，死刑种类更是花样翻新。其中以“具五刑”最为酷烈。对罪犯先施以黥劓次斩左右趾，以笞杀之。再梟其首，菹其骨肉于市。人目闻之，毛骨悚然。秦代死刑，凡五

^① 《隋书·刑法志》。

种，曰车裂、腰斩、梟首、磔、弃市。汉承秦制，其死刑无大变化。综观隋之前的死刑，已多至十几种，野蛮酷烈程度是惊人的。隋文帝认为：“夫绞以致毙，斩则殊形，除恶之体，于斯已极，梟首轘身，义无所取，不益惩肃之理，徒表安忍之怀”^①。所以，他在《开皇律》中黜除历代梟轘酷刑，定死刑为绞、斩二等。作为一千三百年前的封建皇帝，竟有如此卓识之见，并在法律里付诸实施，这无疑是个历史性的进步。不止于此。封建社会还有个最残酷的族刑。自秦文公二十年，首创此刑后，为历代所沿用，直至恶性发展到夷三族、夷五族。而隋《开皇律》废除孥戮相坐之法，“唯大逆谋反叛者，父子兄弟皆斩，家口没官”^②，这就是说，野蛮的族刑，由夷三族、五族、变成了夷二族，这实是法律上的又一个进步。

关于肉刑，我国历代封建王朝，广泛使用墨、劓、刖、宫、髡、鞭、杖、笞等刑罚，这种“断肢体，刻肌肤”，使人“终身不息”^③的肉刑，深为广大劳动人民所痛绝。汉文帝鉴于秦政酷烈，为了体现“宽厚”，曾下诏废除肉刑，由此获得了千载之美名。汉文帝把黥面改为髡钳，劓改为笞三百，刖左趾改为笞五百，刖右趾改为弃市。刖左趾和劓改为作笞刑，往往施刑中就把人活活打死；刖右趾改作弃市，已是把活罪改成死罪。名曰从轻，实则加重。而最惨无人道的宫刑未变。隋文帝就比汉文帝彻底一些，在《开皇律》里，不但没有黥、劓、刖、髡之规定，并明文废止宫、鞭等肉刑。隋文帝说：“鞭之为用。残剥肤体，彻骨侵肌，酷均鬻切”，“虽云远古之式，事乖仁者之刑”^④。可见，《开皇律》对“远古之式”的修订，是

① 《隋书·刑法志》。

② 《隋书·刑法志》。

③ 《汉书·刑法志》。

④ 同①。

与隋文帝目光远大敢于破除因循守旧的指导思想分不开的。

流徙之刑，各朝不一。有放、奔、逐、屏、谪、遣。秦时迁嫪毐舍人四千余家于房陵。筑亭障以逐戎人，便是流刑。汉九章律虽无流刑，但有徙边制度，这实际上就是流刑。凡徙流边陲者，非特诏不得归。徒刑名称。历代亦有差异；有作刑、耐刑、年刑、居作、输将，当差等。秦时徒刑，有鬼薪为三岁刑，取薪供宗庙作鬼火；城旦为四岁刑，髡钳之后输至边疆，昼日伺寇虏，夜暮筑长城。汉代徒刑逐步制度化分四等，一岁刑曰罚作，二岁刑曰司寇作，三岁刑曰鬼薪或白粲，四岁刑曰完刑或完城旦舂。历代流徙之刑，均附加髡鞭、笞等肉刑。至隋《开皇律》对流徙之罪，皆减从轻。流役六年，改为五载。刑徒五岁，变从三祀。而且不再附加鞭笞等刑。

至于拷讯，这是我国历代封建王朝惯用的传统手法。早在秦朝就已制度化、合法化。各朝皆承秦制，沿用不改，并不断恶性发展。讯囚之酷法，无不令人咋舌变色，惨不忍睹。如北齐，常用车辐、笞杖夹指压踝；北周除捶楚之外，竟用霹雳车。刑讯逼供的结果，囚徒乱咬乱供，真假难辨，酿成了无计其数的千古沉冤。隋《开皇律》，禁止使用大棒、束杖、车辐、鞭底、压踝、杖枕等苛惨之法，常刑讯囚，数不得过二百，枷与杖大小都有定式。而且行刑中不得易人，这也不能不说是一个进步。

《开皇律》在刑罚制度方面的改革，为唐以后一千多年来中国封建刑罚奠定了基础，各朝各代虽屡次更定刑律，但却没有超过《开皇律》所规定的这个范围。

其次，《开皇律》突破历代封建法律科条繁琐，铸成中国法制史上“刑纲简要”的楷模。

我国封建法律，始于战国魏文侯师。李悝所著《法经》，为盗法、贼法、囚法、捕法、杂法、具法六篇。商鞅相秦，改法为律，科条增多。汉相肖何据摭秦法，加户、兴、厠三篇，成九章律。到了汉武帝时，随着汉初经济发展和统治阶级经验的积累，汉律内容急剧膨胀，九章之外，又增叔孙通的《傍章》十八篇，张汤的《越宫律》二十七篇，赵禹的《朝律》六篇，共计六十篇。汉书刑法志说：“律令凡三百五十九章，大辟四百九条，千八百八十二事，死罪决事比万三千四百七十二事，文书盈于几阁，典者不能偏睹。”可见汉律纲禁周密，法令繁琐，这就妨碍法律充分发挥对农民阶级的专政作用，对地主阶级的统治是很不利的。西晋统治阶级对于这个问题，开始有了认识，在魏律十八篇的基础上，“蠲其苛秽，存其清约”订为二十篇，唯留六百二十条，二万七千六百五十七言。南北朝时期，南朝诸国，以玄学清谈相尚，根本轻视法律，照搬晋律，所以在法制史上无所建树。而统治北方的拓跋氏，综合比较，广收博取，总结历代经验，取精用宏，制成北魏律，独擅一代法律之盛。北魏律不仅在刑法原则上重大发展，而且在编纂体例上，趋于“简要得体”。世祖神䴥四年，崔浩所定之律，为刑名、法例、宫卫、建制、户律、厠牧、擅兴、贼律、盗律、斗律、繫律、诈伪、杂律、捕亡、断狱十五篇，三百九十条。如果说北魏律是处在中国历代法律总结的时期，那么北齐律则是向隋唐过渡的递介阶段。隋文帝受周憚，而不沿用周律，是个善于取法的封建皇帝。他认为周律“今古杂糅，礼律凌乱”，篇目科条皆倍于齐律^①，所以，《开皇律》在编纂体例上，突破历代法律繁琐禁錮，以科条简要的北齐律为蓝本，注意吸收各朝法律之精

^① 程树德：《九朝律考》。