

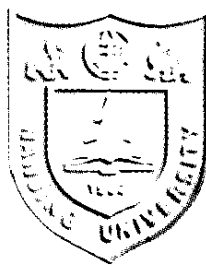


南京大学学术文库

张中秋 著

中西法律文化 比较研究

南京大学出版社



南京大学学术文库

中西法律文化 比较研究

张中秋 著

南京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中西法律文化比较研究/张中秋著. -2版. -南京:
南京大学出版社,1999.6

(南京大学学术文库/蒋树声等主编)

ISBN 7-305-03395-2

I. 中… II. 张… III. 法律-比较文化-中国、西方国家
IV. D9-05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 26104 号

丛 书 名 南京大学学术文库

书 名 中西法律文化比较研究

著 者 张中秋

出版发行 南京大学出版社

(南京市汉口路 22 号南京大学校内 邮编 210093)

印 刷 丹阳教育印刷厂

经 销 全国各地新华书店

开 本 880×1230 1/32 印张 12.5 字数 320 千

1999 年 6 月第 2 版 2000 年 4 月第 2 次印刷

印 数 1 501—3 500

定 价 22.50 元

ISBN 7-305-03395-2/D·394

声明:(1)版权所有,侵权必究。

(2)本版书若有印装质量问题,本社发行部负责退换。

发行部订购、联系电话:3592317、3596923、3593695

第一章

法的形成：部族征战与氏族斗争

“如果我们能通过任何方法，断定法律概念的早期形式，这将对我们有无限的价值。这些基本观念对于法学家，真象原始地壳对于地质学家一样的可贵。这些观念中，可能含有法律在后来表现其自己的一切形式。”（[英]梅因著：《古代法》，北京：商务印书馆1984年版，第2页）

从法的一般原理来说，法律产生的终极原因，固然都是经济运动和社会变迁（冲突与控制）的结果，但历史的发展形式并不是单一的，终极原因不能替代事物形成的直接途径和具体方式。应该承认，不同的民族和国家具有不同的文化和历史。同理，中西法律在它们的早期起源史上，各自形成的直接途径和具体方式也是互不相同的。依据笔者的考察，中国古代法（以刑为中心）最初主要形成于部族之间的征战，而西方古代法（古希腊法、古罗马法）则是氏族内部及平民与贵族之间矛盾和斗争的直接产物。

第一节 部族征战与中国古代法 (以刑为中心)的形成

一、远古中国文明与原始组织的演进及其分布

文明是和人类的活动相联系的。从远古以来,中国境内就一直有人类居住。人们在广西、云南和山西发现了 100 多万年前,也即石器时代(始于距今 300 万年左右,结束于距今 120000—11000 年),类似于爪哇猿人的古人类遗骨。约 50 万年前,在北京的周口店,在山西,甚至可能还有湖北和广东,都有了猿人居住。^① 约四五万年前,我国境内的原始人群已逐步向母系氏族社会转变。直到公元前五千年前后,也即新石器时代(距今约 11000—7500 年)晚期,随着农业共同体的兴起,中国文明的直接祖先开始以黄河流域一带为其活动中心。这时,母系氏族开始衰退,父系氏族日趋兴盛,到原始社会的末期,父系氏族已经过胞族、部落的发展,演变到比部落更高一层的共同体——部族。部族又称为部落联盟或部落集团。我国史前时期,炎黄族、东夷族、苗蛮族以及吴越族,都是这种类型的族的共同体。^②

根据传说和考古资料,这些部族在中华大地上的具体分布情

-
- ① 杜耀西等著:《中国原始社会史》,北京:文物出版社 1983 年版,第 13—26 页(后面所引此书,均为同一版本);杰弗里·巴勒克拉夫主编:《世界史便览》,北京:三联书店 1983 年版,第 139—140 页(后面所引此书,均为同一版本)。
- ② 张之恒著:《中国新石器时代文化》,南京:南京大学出版社 1988 年版,第 10—14 页;王震中:《试论我国中原地区国家形成的道路》,载《中国史研究》,1984 年,第 3 期,第 148—149 页。

第一节 部族征战与中国古代法(以刑为中心)的形成

况是：^①

在黄河流域的是炎帝、黄帝部族。传说最早的炎帝，号神农氏，有四支后裔：一是烈山氏部落，二是共工部落，三是四岳部落，另一支在汾水流域，后来残存的有沈、姒、蓐、黄四个分部落。黄帝部落原来在北方，后南下到黄河流域，有了很大的发展，有 25 个氏族，12 个胞族，变成为庞大的黄帝部族。

在南方有三苗部族，可能有三个部落。其中一个首领叫“欢兜”，战败后被流放于崇山；另一个部落被迫迁移到敦煌一带；还有一个部落可能迁移到了东南。

东方淮河流域一带，有少皞-蚩尤部族。传说少皞以“鸟名官”，共有风鸟、玄鸟、青鸟等 24 个氏族。蚩尤是九黎的首领，有 81 个氏族，9 个部落。

西部和北部则分别有西戎和北狄游牧部族。

这些传说中的部族为了财富、土地、人口以及宗教信仰等展开了激烈的争夺，引发了多次征战，即使到夏商周三代时期，一族一姓的兴衰也还是和征战息息相关。中国古代法(以刑为中心)最初主要就是借助征战这种特殊形式而慢慢形成的。

二、部族征战与中国古代法(以刑为中心)的形成

在中国的古代文献中，法律一般称之为刑(礼的性质容后讨论)，战争(征战)则通称为兵。法律与战争的关系，大体可以说也就是刑与兵的关系。这种关系古人是如何认识的呢？王充曾说：

^① 杜耀西等著：《中国原始社会史》，第 337—338 页；翦伯赞主编：《中国史纲要》(第一册)，北京：人民出版社 1979 年版，第 9—10 页(后面所引此书，均为同一版本)。

第一章 法的形成:部族征战与氏族斗争

“案:尧伐丹水,舜征有苗,四子服罪,刑兵设用。成王之时,四国篡叛,淮夷、徐戎,并为患害。夫刑人用刀,伐人用兵,罪人用法,诛人用武。武、法不殊,兵、刀不异,巧论之人,不能别也。夫德劣故用兵,犯法故施刑。刑之与兵,犹如足与翼也,走用足,飞用翼,形体虽异,其行身同。刑之与兵,全众禁邪,其实一也。”(《论衡·儒增》卷八)

《辽史·刑法志》载:

“刑也者,始于兵而终于礼者也。洪荒之代,生民有兵,如蠹有螫,自卫而已。蚩尤惟始作乱,斯民鸱义,奸宄并作,刑之用岂能已乎?帝尧清问下民,乃命三后恤功于民,伯夷降典,折民惟刑。故曰刑也者,始于兵而终于礼者也。”

《国语·晋语》干脆说:“夫战,刑也。”类似的记载在《礼记》、《周礼》、《史记》及《汉书·刑法志》等古籍中都能见到。所谓“刑始于兵”,也即法律(以刑为中心)是在战争和与战争相关的环境中形成的。这种说法不是没有根据的,只是过于笼统,还谈不上科学的论证。现征诸史实,给予系统的说明。

1. 史前时期的原始部族征战与中国古代法的萌芽

根据一般通史和考古学的观点,作为政治组织的国家形态,在中国始于夏。夏之前的史前时期(主要指传说中的三皇五帝时期)则是中国国家形态的萌芽阶段。^① 在这段时期内,中国古代法(以

^① 翦伯赞主编:《中国史纲要》(第一册),第12—16页。这种观点在目前是基本的定论,几乎各种版本的《中国通史》或《中国政治制度史》以及考古学文集大都持相同的看法。

第一节 部族征战与中国古代法(以刑为中心)的形成

刑为中心)大体上尚处于形成前的萌芽状态。

这一段历史原可资参考的资料比较贫乏,特别是有关法律方面的情况更复如此,只是历年来考古成果的累积和利用已逐渐改变这一状况。这里,我们依据史传和相应的考古资料进行简略的描述。

史前时期中国古代法(以刑为中心)的最初形式主要表现为几种刑罚:^①一是死刑,方法有多种,但主要的是殛。殛、刺相通。殛就是刺杀,后来逐渐演变为奴隶制五刑中的大辟。二是肉刑,就是用刀破坏人肌体的完整,造成人身体上的痛苦。这种刑罚古时也称创刑,方法有劓(割鼻子)、腓(又称刖或刵,砍足或去膝盖骨)、黥(刺面)、宫(又称椽,破坏生殖器官)。三是流放之刑,也即废刑。至于鞭扑之刑,相对前几种刑罚而言,显得较次要。

上述几种刑罚大都是在部族征战或与征战相关的环境中出现和使用的,最起码与征战有着某种联系。例如,死刑中的殛,传说是在黄帝部族与淮夷的蚩尤部族大战中发明的。这场战争因发生在涿鹿,故史称“涿鹿之战”。^②战争以蚩尤部族大败而结束。于是黄帝便采取鼗(音柢)的方式来制裁蚩尤。这里“鼗”字由蚩、攴二字组成,蚩指蚩尤;攴是击,击是治,亦即杀。鼗就是指刺杀蚩尤。由于在古文字里面,鼗、殛同音转假,词异而义同,故而鼗变为殛成为史前最重要的死刑。^③

关于肉刑的发明,《尚书·吕刑》中有这样一段记载:

① 蔡枢衡先生将史前法律命名为刑罚体系,实际上包括的就是死、肉、流(放)、废、扑几种刑罚。见其力作《中国刑法史》,南宁:广西人民出版社1983年版,第五一六章(后面所引此书,均为同一版本)。另可参见蒲坚主编:《中国法制通史》(第一卷),北京:法律出版社1999年版,第25—35页(后面所引此书,均为同一版本)。

② 详见《史记·五帝本纪》。

③ 蔡枢衡著:《中国刑法史》,第57页。

第一章 法的形成:部族征战与氏族斗争

“(吕命穆王,训夏赎刑,作《吕刑》)……王曰:‘若古有训。蚩尤惟始作乱,延及于平民,罔不寇、贼、鸱、义、奸、宄、夺、攘、矫、虔。苗民弗用灵,制以刑。惟作五虐之刑,曰法,杀戮无辜。爰始淫为劓、刵、椽、黥。’……”

这是周穆王在授命吕侯参照夏禹之刑制定《吕刑》时说的一段话。现今不少教科书和专著以此为根据,以为以劓、刵(音 ěr,一说割耳;又说是刵的误笔,作去膝盖骨解。此说见前揭蔡枢衡《中国刑法史》第 59 页)、椽、黥肉刑为中心的五刑,是苗统治者为制裁犯罪越轨的苗民而创设的。^① 这种观点的典型表述如下:

“(司寇吕侯奉穆王之命,本着夏朝‘金作赎刑’——以财物赎罪的精神,制定了《吕刑》)……天子说:‘关于司法问题,历史上的经验教训非常丰富。自从苗族酋长蚩尤作乱以来,上行下效,影响到平民百姓。有的结伙行凶、杀人越货;有的嚣张跋扈、横行霸道;有的偷、抢、诈骗、谋财害命。苗族当政者不对人民进行教化,却想用严刑峻法制服百姓。他们把五种酷刑奉为国法,杀戮无辜。从此以后,大肆采用割鼻、挖耳、阉割、刺面等肉刑。’……”(张紫葛等译著:《〈尚书〉法学内容译注》,成都:四川人民出版社 1988 年版,第 133 页)

这种说法是有明显缺陷的,它既混淆了受刑的对象,也没有说清劓、刵、椽、黥之刑缘何而生。笔者认为,导致上述缺陷的症结在

^① 张晋藩主编:《中国法制史》,北京:群众出版社 1982 年版,第 17 页(后面所引此书,均为同一版本);蔡枢衡著:《中国刑法史》,第 58 页。

第一节 部族征战与中国古代法(以刑为中心)的形成

于把蚩尤和苗民混同为一了。其实,在史前传说中的黄帝时代,蚩尤并不是苗民的首领,而是居住在淮河流域一带淮夷的首领,统帅9个部落(九黎),属少皞-蚩尤部族。^① 苗民是居住在南方(江西一带)的三苗部族。^② 因此,蚩尤和苗民没有直接的联系。《吕刑》中的“蚩尤惟始作乱”,说的是蚩尤与黄帝的“涿鹿之战”。虽然蚩尤因战败而被处死,他的部族也因此而归并于黄帝部族统治,但蚩尤部的部民却没有停止对黄帝部族的反抗,只是限于条件不能实施大规模的军事行动,只得采取各种形式的破坏活动来扰乱征服者。这就是“延及于平民,罔不寇、贼、鸱、义、奸、宄、夺、攘、矫、虔”的真正含义。与此同时,在南方的三苗部族也像淮夷一样,不听从黄帝部族的命令,并骚扰和攻打黄帝部族,在进攻中,他们大肆杀戮无辜,创设并滥用劓、刵、椽、黥酷刑。这便是“苗民弗用灵,制以刑。惟作五虐之刑,曰法,杀戮无辜,爰始淫为劓、刵、椽、黥”的含义。在这样的情况下,黄帝部族的首领舜便举兵攻打三苗,三苗因战败而被迫逃窜。《尚书·吕刑》和《尚书·舜典》对此都有记叙:

“爰始淫为劓、刵、椽、黥。……皇帝哀矜庶戮之无辜,报虐以威,遏绝苗民,无世在下。”(《尚书·吕刑》)

“流共工于幽州,放欢兜于崇山,窜三苗于三危,殛鲧于羽山,四罪而天下威服。”(《尚书·舜典》)

需要解释一下的是,共工、鲧是黄帝部族的两个氏族首领,欢兜是三苗族一支部落的首领,他们因叛乱或犯罪而像三苗一样,被处以流放和殛的刑罚。

① 参见《国语·楚语》;《史记·五帝本纪》。

② 参见《国语·楚语》;《史记·五帝本纪》。

上述阐释和引证,至少可以说明两点:一是劓、刖(剕)、椽(宫)、黥之肉刑是苗民在攻打异族时创设的,也可以说是发轫于战争;二是流、放之刑也是与战争有关的,它们被用于对战败、叛乱或违犯军纪者的处罚。这是一种不同常论的理解,这种理解最终是否成立,还可以作进一步的研究。

2. 夏商周三代部族之征战与中国古代法(以刑为中心)的形成

夏商周上古三代在中国历史上称为青铜时代。^① 青铜的出现和使用,引起了社会关系的变化,标志着史前史的结束和原始社会的终结。与此同时,中国最早的政治组织形态——奴隶制国家和法在原始萌芽的基础上逐渐地成长起来,但这个过程相对其他文明而言,却是相当缓慢和激烈的。国家与法正可谓是血与火的产物。古代文献就此有很精炼的描述:

“兵所自来者久矣。黄、炎故用水火矣。共工氏固次作难矣。五帝固相与争矣。递兴废胜者用事。人曰:‘蚩尤作兵’,蚩尤非作兵也,利其械矣。未有蚩尤之时,民固剥林木以战矣。胜者为长,长则犹不足治之,故立君;君又不足以治之,故立天子。天子之立也出于君,君之立也出于长,长之立也出于争。”(《吕氏春秋·荡兵篇》)

争即战,争战(征战)二字言简意赅地揭示了中国国家与法(以刑为中心)的直接成因和所经由的具体途径。上古三代的法律分别统称为禹刑、汤刑和九刑。禹刑是夏朝法律的统称,汤刑是商朝

^① [美]张光直著:《中国青铜时代》,北京:三联书店 1983 年版,第 1—26 页(后面所引此书,均为同一版本)。

第一节 部族征战与中国古代法(以刑为中心)的形成

法律的统称,九刑是西周刑律的统称。^①三代之刑实也是征战或与征战相关的结果。

史前时以黄帝为首的炎黄部族在击败蚩尤和三苗后,取得了对整个黄河流域和淮河及长江中下游部分地区的控制。这种控制是建立在原始萌芽状态的国家基础之上的,因而,部族首领的产生仍采取“禅让”的民主方式。但是到大禹时,这种方式遭到了破坏,夏禹之子启凭借其武力,诛杀了应受禅位的益,夺取了帝位。启破坏传统的行为,引起了许多氏族的不满,有的表示反对,有的举兵反抗。其中最著名的便是有扈氏的叛乱。夏启与有扈氏大战于甘,战前作《甘誓》。《甘誓》是禹刑的一个重要部分。对此,《史记》有以下记载:

“夏后帝启,禹之子,其母涂山氏之女也。有扈氏不服,启伐之,大战于甘。将战,作《甘誓》,乃召六卿申之。启曰:‘嗟!六事之人,予誓告女:有扈氏威侮五行,怠弃三正,天用剿绝其命。今予维共行天之罚。左不攻于左,右不攻于右,女不共命。御非其马之政,女不共命。用命,赏于祖;不用命,僇于社,予则帑僇女。’遂灭有扈氏。天下咸朝。”(《史记·夏本纪》)

从上文中可以看到,《甘誓》乃是一篇杀气腾腾的军令。夏启把召集六卿攻打有扈氏,说成是奉天之命,对于战斗中执行命令者有赏;不执行命令的,不仅诛杀其人,还要罚及其子女。这种军令性的誓言和法律史上所说的典、谟、训、诰、政、刑、范等,共同构成

^① 初见《左传·昭公六年》,所谓“夏有乱政,而作禹刑;商有乱政,而作汤刑;周有乱政,而作九刑。”又可参见沈家本撰:《历代刑法考》(二),北京:中华书局1985年版,第818—832页(后面所引此书,均为同一版本)。

了上古三代法律(以刑为中心)的基本内容和形式。^①

作为禹刑核心内容的肉刑,最早是苗民攻打异族时创设的,在舜帝镇压三苗后,舜就把它吸收过来,发展成为以跀(即刖、刵、刖的转变,意为割小腿肚)、劓、杀、宫、墨(即黥)为中心的刑罚体系。^②到夏启夺取帝位时,因发生叛乱而引起战争。于是,夏统治者以舜的刑罚体系为基础,作禹刑。《左传·昭公六年》在述及此事时说:“夏有乱政,而作禹刑。”禹刑的内容集中体现在《洪范》里面。据考证,《洪范》是夏禹时期所制定的成文刑法典。^③《洪范》以五种扑、箠和墨、劓、腓、宫或椽以及大辟等肉刑组成刑罚体系。^④

汤刑也是在乱政而引起的战争中形成的,即《左传·昭公六年》所谓:“商有乱政,而作汤刑。”汤刑和禹刑一样,其形式主要表现为汤王和权臣的命令,如诰、训、誓、征等。^⑤商汤时期的《汤誓》、《汤征》及成汤孙子太甲时的《伊训》等都属此类。《汤征》、《汤誓》均是在征战异族前发布的。《史记·殷本纪》记:

“汤征诸侯,葛伯不祀,汤始伐之。汤曰:‘予有言:人视水见形,视民知治不。’伊尹曰:‘明哉!言能听,道乃进。君国子民,为善者皆在王官。勉哉!勉哉!’汤曰:‘汝不能敬命,予大罚殛之,无有攸赦。’作《汤征》。”

《汤誓》则是商汤王攻打夏桀时颁布的法令。《尚书·汤誓》和

① 详见蒲坚主编:《中国法制通史》(第一卷),第二章第一节、第三章第四节、第四章第四节。

② 详见宁汉林著:《中国刑法通史》(第二分册),沈阳:辽宁大学出版社1986年版,第93页(后面所引此书,均为同一版本)。

③ 详见宁汉林著:《中国刑法通史》(第二分册),第157页。

④ 详见宁汉林著:《中国刑法通史》(第二分册),第159页。

⑤ 详见张晋藩主编:《中国法制史》,第21页。

第一节 部族征战与中国古代法(以刑为中心)的形成

《史记·殷本纪》都有详细记载。至于夏朝的肉刑,到商汤时经过加工,已演变成完整的奴隶制五刑,即墨、劓、剕、宫、大辟。^①

九刑和西周政权一样,是建立在部族征服基础之上的。周本姬姓,概称姬周,原是从西部迁来而兴起于渭水中游黄土高原上的一个古老农业部族,后在西北诸游牧部族的压迫下,向东迁移到岐山下的周原(今陕西岐山)。到公元前11世纪时,周武王伐商,经过“牧野之战”,^②周部族取代了殷商,成为天下的共主。随后,周公东征,二度克殷,并征服了商奄、淮夷,同时,在全国要冲之地建立武装管制的殖民地,所谓“封建亲戚,以蕃屏周”(《左传·僖公二十四年》)就是指此而言的。荀子曰:“立七十一国,姬姓五十三。”(《荀子·儒效》)其余诸侯也因联姻而成为姬周的一部分。可见,周完全是一个建立在部族征服基础之上同姓及异姓联盟的血缘政权。^③作为这个政权重要组成部分的法律,自然也与它同根而生。《左传·昭公六年》称之为:“周有乱政,而作《九刑》。”九刑并不像有的人所认为的那样,指九种刑罚,^④而是由誓、诰、训等多种法律形式组成的西周刑律统称。像《康诰》、《酒诰》、《梓材》、《多士》、《吕刑》、《费誓》等可说是九刑的基本内容。^⑤

《康诰》、《酒诰》、《梓材》产生的背景,据《史记·周本纪》记载,是周武王死后,成王继位,当时“成王少,周初定天下,周公恐诸侯畔周,公乃摄行政当国。管叔、蔡叔群弟疑周公,与武庚作乱,畔周。周公奉成王命,伐诛武庚、管叔,放蔡叔。”并把武庚的殷商遗

① 详见《殷代甲骨文中殷代的五刑》,《考古学》,1962年,第二册。

② 《史记·周本纪》。

③ 杜正胜著:《周代城邦》,台北:台湾联经出版社1979年版,第22页(后面所引此书,均为同一版本)。

④ 参见《中国法制史资料选编》(上),北京:群众出版社1988年版,第71页注①(后面所引此书,均为同一版本)。

⑤ 张晋藩主编:《中国法制史》,第34页。

民分而治之,一部分随微子入宋,一部分留在卫国,派武王少弟康叔去坐镇管辖。鉴于武庚、管叔、蔡叔叛乱是内外勾结,康叔治卫能否消弥隐患,使殷商遗民永不叛周,关系重大,所以在康叔临行前,周公作《康诰》、《酒诰》、《梓材》,向他交待管治殷商遗民的政策和法律。其中《康诰》的法律内容相当丰富,大凡法律原则、法律种类、司法处理、诉讼程序等,都有具体的规定。^①

《多士》是周公对迁往洛邑的殷商顽民所发布的法令。《费誓》是西周鲁伯侯为镇压徐淮一带的夷族对侯都曲阜的进攻而发布的法令。《尚书·费誓》“序”曰:“鲁伯侯禽宅曲阜,徐夷并兴,东效不开,作《费誓》。”《吕刑》是西周法律的总结,甚至可以说是整个上古时期法律的总结,它简洁、系统地叙述了罪刑的起源、上古时期立法的梗概、适用刑罚的一般原则以及《吕刑》的制定和实施等。^②

部族征战不仅是中国古代法(以刑为中心)藉以形成的特殊形式和具体途径,也是古代司法官和司法机构产生的重要渊源。因为,在战争过程中和战争结束后,需要有人对违犯军纪法令及叛乱者实施审判和处罚,所以,审判官最先在军队中产生。上古时代的法官“士”、“士师”、“大理”、“司寇”、“廷尉”等,原本都是军官,只因审判之需,才逐渐演变为一般的专职司法官。近人章太炎先生有见于此,认为“法吏未置以前先有战争矣。军容国容既不理,则以将校分理其民,其遗迹存于周世者,传曰官之师旅。……及军事既解,将校各归其部,法吏独不废,名曰士师。征之《春秋》,凡尉者,皆军官也。及秦而国家司法之吏,亦曰廷尉,比因军尉而移之国中者也。”^③

“刑始于兵”、“兵刑合一”这种传统不仅在上述正史文献中能

① 详见《尚书·康诰》。

② 参见宁汉林著:《中国刑法通史》(第二分册),第323—356页。

③ 《太炎文录》卷一《官制索引》。

第一节 部族征战与中国古代法(以刑为中心)的形成

得到说明,历年来的考古成果也充分证明了这一点。李明德先生在《中国法制通史》(第一卷)第一章第三节“考古资料与法律起源”中作了较好的概括,^①此不赘述。这种传统在史前和上古三代形成以后,到春秋战国时期仍有巨大的影响。例如晋国的《被庐之法》、《常法》和楚国的《茅门之法》等,都是在军事行动前或军事行动中颁布的。^②

就部族征战与中国古代法(以刑为中心)的形成这个问题,我们谈得已经差不多了。现在来回答读者可能会提出的几个疑问:(1)难道中国古代法都是通过征战这条途径而形成的吗?(2)既然因征战而产生的法主要是用来对付异族的,那么本部族或氏族内部又依靠什么来调整各种关系呢?(3)周礼和西周的法律又是怎样的关系?

在这里对这些问题作详细的探讨有相当的困难,因为这些问题都还在争论之中。例如日本学者小岛祐马博士提出中国刑罚起源二元论,即“族外制裁”与“族内制裁”,认为兵与刑之所以被视为同一事,无非是因为刑罚还具有镇压异族的功能,五刑(即死刑与肉刑)原来是作为对付异族人适用的刑罚而产生的,对同族人的制裁是由另一个放逐刑与赎刑构成的刑罚系统;^③而滋贺秀三则提出应该一元化地领会死刑、肉刑和放逐刑,他认为战争时事态紧急、群情激昂的环境,很容易造成不用放逐刑而动用五刑这种直接的制裁手段的机会(受刑对象除了敌俘,也包括己方的军纪违反者),对“兵刑同一”的思想可以这样来理解。^④国内范忠信博士在

① 详见蒲坚主编:《中国法制通史》(第一卷),第25—51页。

② 事见《左传·僖公二十七年》;《左传·文公六年》。

③ 参见刘俊文主编:《日本学者研究中国史论著选译》(第八卷·法律制度),北京:中华书局1992年版,第22页(以下所引此书,均为同一版本)。

④ 刘俊文主编:《日本学者研究中国史论著选译》(第八卷·法律制度),第22页。

评论本书第一版时曾提出不同的看法,认为中国古代社会内部公共的行为规范在“礼”中,当一部分“礼”比较固定地与强制或惩罚联系在一起时,即是中国法的形成之时。^①这有很大的启发意义,但回避了两个问题:一是作为强制性的刑为什么不可以作为法来认识;一是礼本身是一种什么性质的东西。至于范忠信博士提出的,中国古代法“从萌芽时期到完全成形的法律出现的全过程中,我实在看不到部族征战所起的决定性作用。”^②我以为是不符合史实的。基于上述这样一种情况和认识的有限,我只能就此作一些观点性的回答。

本章一开始就明确表示,中国古代法最初主要是刑,刑最初主要是借助征战这种特殊形式而形成的,这就意味着中国古代法有一些不是通过征战的途径出现的。例如《逸周书》所记的“禹之禁,春三月山林不登斧,以成草木之长;入夏三月川泽不网罟,以成鱼鳖之长。”但这部分内容应该说在上古以刑为中心的法律中并不占主要地位,占主要地位的是通过征战而成长起来的刑。这种刑最初主要是用来对付异族的,^③但并不是绝对的,它对本部族或氏族内部严重的违法犯罪也适用,而且可以说,随着社会的演进,这种适用渐趋广泛。这是由于社会共同体(部族)规模的扩大、财富和阶级(层)分化的加速,导致了礼的约束力的下降,为确保礼的权威必然引刑入礼,这样,礼与刑有了连结,原本主要对外的刑通过对内的礼转向了对内的适用;同样重要的另一方面因素是,战时的军事执法官向平时民事行政官的转变,也带动了刑由对外向对内

① 详见范忠信:《关于中国法律文化的几个问题》,载《比较法研究》,1993年,第2期。

② 详见范忠信:《关于中国法律文化的几个问题》,载《比较法研究》,1993年,第2期。

③ 《尚书·舜典》曰:“皋陶,蛮夷猾夏,寇、贼、奸、宄。汝作士。五刑有服,五服三就;五流有宅,五宅三居。惟明克允。”据宁汉林先生考证,“蛮夷猾夏”是指盘踞在黄河流域以外的少数诸氏族(见其《中国刑法通史》,第二分册,第50—51页),也即非炎黄部族的异族。可见,舜帝让皋陶作刑司法,主要是为了惩处异族。