



高等院校法学专业教材

87

9/2/43
132

**Zhongguo
Fazhi Shi**

中国法制史

主 编 李交发 唐自斌

副主编 王 涛 张全民

编写者 (以撰写章节先后为序)

李交发 张全民 夏新华

刘海鸥 唐自斌 陈 熹

王 涛

湖南大学 出版社
湖南人民出版社



图书在版编目(CIP)数据

中国法制史/李交发,唐自斌主编. —长沙:湖南大学出版社,湖南人民出版社,2001.8

ISBN 7-81053-394-0

I. 中... II. ①李...②唐... III. 法制史—中国—高等学校—教材 IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 059027 号

中国法制史

Zhongguo Fazhi Shi

李交发 唐自斌 主编

-
- | | |
|-------------------------------|------------------------------|
| ☐ 责任编辑 | 向绪初 |
| ☐ 装帧设计 | 张毅 陈新 |
| ☐ 出版发行 | 湖南大学出版社 湖南人民出版社 |
| | 社址 长沙市岳麓山 邮码 410082 |
| | 电话 0731-8821691 0731-8821594 |
| ☐ 经 销 | 湖南省新华书店 |
| ☐ 印 装 | 湖南大学印刷厂 |
-

- | | | | | | |
|-----------------------------|-------------------------|---------------------------------------|-------|-----------------------------|------|
| ☐ 开本 | 720×960 16开 | ☐ 印张 | 27.25 | ☐ 字数 | 504千 |
| ☐ 版次 | 2001年8月第1版 | ☐ 2001年8月第1次印刷 | | | |
| ☐ 印数 | 1—5 000册 | | | | |
| ☐ 书号 | ISBN 7-81053-394-0/D·34 | | | | |
| ☐ 定价 | 38.00元 | | | | |
-

(湖南大学版图书凡有印装差错,请向承印厂调换)

出版说明

中国共产党十一届三中全会以来，我国实行改革开放的政策，不仅经济建设进入了一个高速发展时期，而且迎来了法学教育和法学研究的春天。1997年9月召开的中国共产党第十五次全国代表大会，提出了建设社会主义法治国家的伟大目标，明确规定了依法治国的基本方略。法治建设的新形势，对法治人才的培养、对法学教育和法学研究均提出了新的要求。在法学教育中有一项十分重要的工作，那就是必须根据司法实践中发现的新问题和法学理论研究的新发展，根据法律的立、废和修订适时地修订、更新法学教材，使法学教材更好地为法学教育服务，为指导司法实践服务，为培养更多更好的法治人才服务。根据中华人民共和国教育部高等教育司“全国高等学校法学专业核心课程教学基本要求”，湖南人民出版社与湖南大学出版社在各高等院校的支持下，于2000年夏初决定联合出版一套高等院校法学专业教材。参加这套教材组织、编写工作的单位有：

湘潭大学
湖南大学
湖南师范大学
中南大学
湖南政法管理干部学院
湖南商学院
中南林学院
湖南公安高等专科学校
湖南税务高等专科学校
湖南财经高等专科学校

经过各高校有关同志协商，大家推选出十几位学术水平高、科研能力强、在省内外专业领域具有较大影响的教授、研究员分别担任法律专业14门核心课程的主编，并推选出一批参编人员。大家还一致同意，这套教材实行主编负责制，由各门课程教材主编分别对本书的内容和质量负责。

这套教材坚持以马列主义、毛泽东思想、邓小平理论为指导，力求理论紧密联系实际，力求全面、系统且重点突出地介绍我国法学的基本理论、基

本观点和基本知识，力求内容的科学性、准确性、实践性、逻辑性和稳定性，同时也要努力反映司法实践中出现的新问题，反映法学研究中的新成果，反映最新的立法和最新的司法解释，并且在理论体系和结构上力求有所创新，文字简明流畅、可读性强。

这套教材主要适合于全日制高等院校法学专业教学之用，亦适合于法学专业本科和专科自学考试者作自学教材，同时亦适合政法干警培训和社会各界法学爱好者自学之用。

这套教材在筹划、编写过程中得到湖南省教育厅和有关高校的高度重视和大力支持，参编的各位专家、学者为这套教材的出版付出了大量心血，我们谨致以衷心的感谢。

湖南人民出版社
湖南大学出版社
2001年7月于长沙

目 次

第一篇 奴隶制法律制度

第一章 夏商的法律制度	(2)
第一节 国家的出现和法律的起源	(2)
第二节 夏朝的法律制度	(5)
第三节 商朝的法律制度	(7)
第四节 司法制度	(12)
第二章 西周的法律制度	(14)
第一节 “明德慎罚”的法律思想	(14)
第二节 主要法律形式	(16)
第三节 礼与刑	(17)
第四节 刑事法律	(21)
第五节 民事法律	(27)
第六节 司法制度	(33)
第三章 春秋时期的法律制度	(39)
第一节 社会的发展与变化	(39)
第二节 各派法律思想的出现	(41)
第三节 成文法的制定、公布与争论	(44)

第二篇 封建制法律制度

第四章 战国时期的法律制度	(50)
第一节 法律思想的发展	(50)
第二节 第一部封建法典《法经》	(53)
第三节 商鞅法律改革	(56)
第五章 秦朝的法律制度	(61)
第一节 法家思想的指导与立法活动	(61)
第二节 主要法律形式	(65)

第三节	主要法律内容	(67)
第四节	司法制度	(79)
第六章	汉朝的法律制度	(84)
第一节	法制指导思想的转变	(84)
第二节	两汉立法活动	(87)
第三节	文景时期的刑制改革	(94)
第四节	新的法制原则的确立	(97)
第五节	“三纲”入律	(99)
第六节	司法制度	(101)
第七章	三国两晋南北朝时期的法律制度	(117)
第一节	魏晋律学与引礼入律的发展	(117)
第二节	法制思想与立法活动	(120)
第三节	法律制度的主要变化	(125)
第四节	刑罚制度的发展	(128)
第五节	司法制度	(130)
第八章	隋唐的法律制度	(135)
第一节	隋朝法制概况	(135)
第二节	唐初法制思想与立法活动	(140)
第三节	唐律的基本精神	(157)
第四节	唐律的历史地位和影响	(163)
第五节	司法制度	(165)
第九章	两宋辽金的法律制度	(171)
第一节	宋朝法律制度	(171)
第二节	辽金法律制度	(198)
第十章	元朝的法律制度	(203)
第一节	立法指导思想与立法活动	(203)
第二节	法制特点	(206)
第三节	司法制度	(212)
第十一章	明朝的法律制度	(216)
第一节	明初立法思想与立法活动	(216)
第二节	法律内容及其特点	(223)
第三节	司法制度的变化	(235)
第十二章	清朝的法律制度	(242)
第一节	立法思想	(242)
第二节	立法活动	(243)

第三节	清律的内容及其特点	(247)
第四节	司法制度	(260)
第五节	太平天国的法律制度	(263)

第三篇 近现代法律制度

第十三章	清末的法律制度	(268)
第一节	清末变法的背景与指导思想	(268)
第二节	“预备立宪”和制定宪法性文件	(271)
第三节	改革官制谕和制定行政法规	(275)
第四节	刑法的制定	(277)
第五节	民商法的制定	(280)
第六节	诉讼法的制定	(283)
第七节	司法制度的变化与改革	(289)
第十四章	中华民国南京临时政府的法律制度	(292)
第一节	孙中山的立法思想	(292)
第二节	立法活动	(295)
第三节	司法制度的改革	(301)
第十五章	中华民国北京政府的法律制度	(304)
第一节	立法思想	(304)
第二节	宪法制定	(305)
第三节	其他法律的修订	(310)
第四节	司法制度	(316)
第十六章	中华民国国民政府的法律制度	(320)
第一节	广州、武汉国民政府的法律制度	(320)
第二节	南京国民政府的立法思想和法律体系	(326)
第三节	《六法全书》的内容	(330)
第四节	南京国民政府的司法制度	(344)
第十七章	革命根据地时期的法律制度	(350)
第一节	法制概况与立法思想	(350)
第二节	宪法性文件的制定	(352)
第三节	刑事立法	(358)
第四节	民事立法	(363)
第五节	土地、劳动立法	(364)
第六节	婚姻家庭立法	(369)
第七节	司法制度	(373)

第十八章 中华人民共和国的法律制度	(379)
第一节 法制发展概况	(379)
第二节 宪法制度	(388)
第三节 刑事法律制度	(394)
第四节 民事法律制度	(399)
第五节 环境保护法律制度	(407)
第六节 经济法律制度	(409)
第七节 行政法律制度	(415)
第八节 诉讼法律制度	(417)
第九节 民族区域自治法与地方性法规	(419)
第十节 军事法律制度	(421)
第十一节 教科文卫法律法规	(423)
参考文献	(426)
后 记	(428)

第一篇

奴隶制法律制度

第一章 夏商的法律制度

(公元前 21 世纪—公元前 11 世纪)

中国是世界上惟一未曾中断历史的文明古国,也是惟一有数千年陈陈相因的法律传统的国家。目前,至少可以肯定,在公元前 21 世纪的夏朝建立了国家、形成了法律制度,经商朝、西周至春秋法律制度的发展、演变,是为奴隶制法律制度存在时期。实际上,奴隶制法律制度是在原始社会末期法制文明曙光开始出现基础上的产物,也就是在夏朝以前的黄帝至尧舜禹时代法律开始起源基础上的发展与演进。

第一节 国家的出现和法律的起源

一、中国国家的出现

按照恩格斯的理论,国家的出现必须符合两个特征:“第一点就是它按地区来划分它的国民”,而不是按血缘关系来划分统治区。“第二个不同点,是公共权力的设立”,而且,它是一种脱离于社会又凌驾在社会之上的公共权力。^①从这个理论出发,中国起码在夏代已形成了比较典型的国家。

《左传》襄公四年记载:“茫茫禹迹,划为九州”,并且,每州设州牧进行管理,说明从大禹时期开始,就以地域关系来划分统治区了。又《尚书·大禹谟》记载:大禹曾在讨伐三苗战争前发布命令:“济济有众,咸听朕命。蠢兹有苗,昏迷不恭,侮慢自贤,反道败德,君子在野,小人在位,民弃不保,天降之咎。肆予以尔众士,奉辞罚罪,尔尚一乃心力,其克有勋。”大禹咄咄逼人的口气,完全有异于原始社会人们平等的习惯。之所以如此,原因就在于,这时已出现了一种脱离于社会又凌驾在社会之上的公共权力,大禹正是依靠这种掌握在自己手中的公共权力,号令部众,讨伐其它部落。

^① 恩格斯《家庭、私有制国家的起源》,人民出版社,1972年版,第168页。

正是在大禹时期,已基本具备了国家产生的两个基本特征,显示着中国古代最早的国家即将产生。因此,当夏启以“世袭制”代替“禅让制”,又当“益干启位、启杀之”^①后,夏国家正式确立。

二、中国法律的起源

国家与法律有着密切的关系,法律起源与国家产生也有密切的关系。究竟法律是怎样起源的?特别是中国古代法律是怎样起源的?又起源于何时?这是一个值得重视的问题。

几种法律起源说。

第一种观点是法律起源于商。持此说的具有代表性的学者有程树德、杨鸿烈和陈顾远等。程树德在其《中国法制史》中说:“殷时有法律,已无可疑。”^②杨鸿烈则更肯定地说:“中国法律起源于殷代。”^③陈顾远也认定中国法律起源于殷商:“中国法制史之始页,惟有断自殷代。”^④应该说,程树德等学者认定中国法律殷代起源说的观点,具有明显的局限性。虽然是在20世纪初时,他们从已有的考古资料以及传说和神话资料出发得出此结论的,但是随着考古学的发展和出土资料的不断被发掘,中国法律的起源时间必然前移。

第二种观点是法律起源于夏。中国古代法律起源于夏的观点,为中华人民共和国建立后学术界所普遍承认。其根据主要有二:一是根据所见史料记载,如《汉书·刑法志》说禹承尧舜之后,自以德衰,始制肉刑;《左传》昭公六年说“夏有乱政,而作禹刑”等等。二是中华人民共和国成立后,学者们根据法律是在社会生产力发展基础上,随着私有制、阶级和阶级斗争的出现而出现的理论,认为在原始社会,生产力低下,没有私有制,没有阶级和阶级压迫,因而也没有法律和国家,人们之间的一切关系,都依靠原始习俗和道德进行调整。到后期,由于阶级的出现和阶级斗争的激烈化,于是产生国家和法律。有如《中国大百科全书·法学卷》所说:“根据历史文献的记载,一般认为中国到夏朝(公元前21世纪—公元前16世纪)便完成了由原始社会到阶级社会的过渡,随着氏族制度的解体、国家的形成,法也就产生了。”^⑤

同时,还有一个重要的原因,即当时学者受前苏联法学理论的深刻束缚和影响所致。前苏联权威法学理论认为,法律是国家按照统治阶级的意志制定和认可的,也是靠国家的强制力推行的,这样,法律的起源至少是与国家同时产生的,或者是先产生国家,然后才出现法律。中国古代国家最早产生于夏

① 出自《竹书纪年》。

② 程树德《中国法制史》,商务印书馆,1928年版,第23页。

③ 杨鸿烈《中国法律发达史》,商务印书馆,1934年版,第10页。

④ 陈顾远《中国法制史》,商务印书馆,1934年版,第10页。

⑤ 《中国大百科全书·法学卷》,中国大百科全书出版社,1984年版,第83页。

代,因此,中国古代法律也起源于夏朝。

第三种观点是法律起源于原始社会末期,即黄帝至尧舜时代。

我们也承认,在漫长的原始社会是一个“没有军队、宪兵和警察,没有贵族、国王、总督、地方官和法官,没有监狱、没有诉讼”的社会。但是,这是指在没有出现私有制,没有出现阶级和阶级矛盾激化前的原始社会,当原始社会发展到末期,情况就不一样了。即当“阶级矛盾客观上达到不能调和”时,不仅产生了国家,也产生了法律。而且在国家与法律的关系上,不是先有国家,后有法律,也不是国家与法律的同时出现,而是先产生法律,后出现国家。对此,恩格斯有一个十分肯定又相当精辟的论述:“在社会发展某个很早的阶段,产生了这样的一种需要:把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为,用一个共同规则概括起来,设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯,后来便成了法律。随着法律的产生,就必然产生出以维护法律为职责的机关——公共权力,即国家。”^①

征稽于古籍记载,同样能够证明,中国古代历史当从原始社会开始转入阶级社会时,在黄河和长江流域,私有制的出现,阶级对立和阶级矛盾也日显尖锐,人们要维护日常的生产和生活秩序,少数上层统治阶级为了维护自己的利益,需要一种比原始习惯、风俗和道德更有作用的规范,即制订法律,法律也就随之而起源。在中国历史上,可以说,大致在黄帝尧舜以前是一个无私有制、无阶级、无法律的原始社会,而黄帝尧舜时期则属私有制出现,阶级矛盾难以调和,法律产生的原始社会末期。《商君书·更法》记载:“伏羲神农教而不诛,黄帝尧舜诛而不怒。”《商君书·画策》也说:“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,故时变也。”由此可见,黄帝时期是中国古代法律起源的初期。至尧舜时期,有关法律的记载就更多了,见诸于《尚书》、《史记》、《竹书纪年》、《新语》等书的史料,可谓比比皆有。而且,从已经证实的考古文化资料也印证了这一点。《尚书·尧典》记载:“象以典刑,流有五刑,鞭作官刑,朴作教刑,金作赎刑。”也就说在帝尧时期已依法使用刑罚,用鞭刑惩处官员的过错,用朴刑体罚学业不勤的生徒,以金来赎罪。《新语·道基》也说:“皋陶乃主狱制罪,悬赏设罚,异是非,明好恶,检奸邪,消佚乱,民知畏法。”皋陶是尧舜时期的“士”,“士”为司法官,“狱官之长”,职责为“主察狱讼之事”。《尚书·尧典》还提到法律要惩处的四种罪名:寇、贼、奸、宄。《论衡·是应》也记载了“狱官之长”的皋陶使用的一种审判方法:“皋陶治狱,其罪疑者,令羊触之,有罪则触,无罪则不触。斯盖天生一角圣兽,助狱为验。故皋陶敬羊,起坐事之。”这就是中国古代社会长期使用过的所谓“神判法”。

^① 《马克思恩格斯选集》第2卷,人民出版社,1972年版,第538~539页。

从以上尧舜时期法律起源的方方面面看,此时已制定了法律(按《古今图书集成·详刑典》的说法是:“帝尧始定上中下之刑”)、确定了罪名(尽管很简单)、出现了司法官、产生了审判的方法(尽管不科学)等,足以证明当时法律已经产生,而且相比黄帝时期齐备。

更进一步分析,中国古代法律起源,是受当时具体又特殊的历史条件影响而产生的。具体途径主要表现在两个方面:“刑起于兵”和“法源于祭祀”。

“刑起于兵”。在原始社会末期,部落间的战争频繁不断的进行,有炎帝与蚩尤,黄帝与炎帝,黄帝与东夷,尧舜伐三苗的大规模军事行动等。如何对异部落进行征讨?战后大量被征服者又怎样处置?特别是对于后者,都需要有一种措施和手段。古人认为最有效的办法不是靠原始社会的习俗,只能靠“兵”和“战”,这样就把“兵”与“战”作为最有效的“刑”手段。所以《国语·鲁语》说:“大刑用甲兵”,“夫战,刑也。”对于被征服者,当时又大都采用杀戮的手段,或当作祭祀的牺牲,同时也逐渐使用残肢害体的其它手段,以达消灭和震慑异部落的目的。故有“大刑用甲兵,其次用斧钺,中刑用刀锯,其次用钻笮,薄刑用鞭扑,以威民也。”^①

同时,当时的军事官实际上也是司法官,从“皋陶作士”开始,司法官称“士”、“士师”、“司寇”、“廷尉”,都体现了原有的军事属性。这种“兵狱同制”,表征着军法措施即为刑罚措施,战争中的军法就是中国古代刑法起源直接途径之一。

“刑源于祭祀”。祭祀是古代一种很重要的社会活动,由于生产力的低下,对自然现象的茫然,对鬼神的敬重是必然之事。为了表示人们的虔诚态度,求得鬼神的保佑,便隆兴种种祭祀活动,祭祀活动又必然产生一套完善、严格的祭祀仪式。如开始的供奉仪式,有在石块上烤制粟米畜肉,掘地为穴作酒器并双手掬捧而饮的仪式,也有用固定形状的器皿盛以双玉制成的珏敬祖祭神的方法。这本是一种原始的祭祀习惯和祭祀仪式规则。但由于人们认识到这套规则的可用性和广泛性,便逐渐地加以改造、利用,并要求人们普遍遵循。这样,本属祭祀仪式的“礼”就演变为强迫人们必须遵守的一种社会规范。也就是原始状态的“礼”,并且逐渐具有带强制力的法的性质和作用。因此,中国古代的原始祭祀的“礼”便成为法律起源的另一直接途径。

第二节 夏朝的法律制度

公元前 21 世纪,夏启以世袭制代替禅让制,建立夏朝,经 14 世 17 王,历

^① 《国语·鲁语上》。

时 400 余年,形成夏朝一代法制。然而,由于夏朝法制缺乏大量可信的资料说明,只能从有关古籍记载中知其大概。

一、神权法思想

刚从原始社会脱胎出来的夏朝,存在着浓厚的天命神权思想。或曰:夏禹“菲饮食而致孝乎鬼神,恶衣服而致美乎黻冕。”^①或曰:“有夏服天命”^②,“夏道尊命,事鬼敬神而远之。”^③夏朝的天命神权思想,必然体现在法制中,因而形成其法制的
神权法指导思想,即形成夏代的“受命于天”、“奉天伐罪”的指导原则。正如《尚书·甘誓》所载:“天用剿绝其命,今予惟恭行天之罚……用命,赏于祖;弗用命,戮于社,予则孥戮汝。”

二、《禹刑》的内容

《左传》昭公六年载:“夏有乱政,而作禹刑。”《禹刑》是夏朝法律的总称,是夏启后人为纪念他,将夏朝的习惯法以禹的名字命名的。《禹刑》的内容包括:

1. 主要罪名

《左传》引《夏书》,认为夏朝罪名有“昏”、“墨”、“贼”三种。据晋国叔向的解释:“己恶而掠美为昏”,即自己做了坏事而窃取别人的美名。“贪以败官为墨”,即贪得无厌、败坏官纪。“杀人不忌为贼”,即肆无忌惮地杀人。凡犯这三种罪的人都要处以死刑,所谓“昏、墨、贼,杀。”

(1) 不孝罪。《孝经·五刑章》载:“五刑之属三千,罪莫大于不孝。”根据近人章太炎的说法,夏朝已有了“不孝”罪。^④在夏代,由于国家是以家族和宗法制度为基础而建立的,忠孝是重要的伦理道德准则,必须自觉遵守,如果违背这一伦理道德则为社会所不容,也当然为法律所不容,因此,不孝罪,必然成为刑法所打击的一种最严重的犯罪。同时,也由于氏族中传统的尊老、敬老的习惯影响,统治阶级也认识到强化“孝”能促成“忠”,既加强亲族中的凝聚力,也能增进国家中的效忠性。因此,对“不孝”罪的惩处,又是必然首重之事。

(2) 不恭命罪。这是一条军法规定的罪,对于在战争中不严格执行命令、不奋力杀敌者,都要处以最严厉的刑罚,甚至包括诛杀妻子;对于作战勇猛、奋勇杀敌者,则给予奖赏。即所谓“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。”^⑤

夏代罪名,由于可信资料的不足,很难完全了解,只好存略。

2. 奴隶制五刑

① 《论语·泰伯》。

② 《尚书·召诰》。

③ 《礼记·表记》。

④ 章太炎《孝经本夏法说》。

⑤ 《尚书·甘誓》。

夏朝建立后,形成了奴隶制五刑制度。《隋书·经籍志二》载:“夏后氏正刑有五”,其为墨、劓、腓、宫、大辟,并且形成五刑三千条的体系,墨辟一千条,劓辟一千条,腓辟五百条,宫辟三百条,大辟二百条。值得指出的是,五刑体系是可信的,但三千条之说是 inaccurate 的。“所谓夏刑三千条”,不过是西汉初期的儒者以《尚书·吕刑》及《书序》为依据发挥出来的一个错误,后人以讹传讹,将之作为夏代法制史料来使用。^① 实质上它可能是夏朝在长期的司法实践中积累案例基础上,归纳出一些罪名汇集成的^②,或者是夏代判处各种刑罚的案件的数目。^③

严格说来,五刑制度不是夏朝的创造发明,它是在苗民五刑劓、刖、殛、黥、大辟基础上改造而成的。据说当苗民创此五刑之际,夏人还是持批评态度的,说“苗民弗用灵,制以刑”,是“五虐之刑。”但当夏人用“灵”(神或令)调整不了日益复杂的社会关系时,不仅不骂了,而且学习苗民的这些先进经验。史载禹与皋陶在讨论治世方法时,皋陶提出“五刑五用”的问题,禹是赞同的:“女言致可绩行。”^④ 这样,在苗民五刑基础上形成了夏代的墨、劓、腓、宫、大辟的五刑体系。自此以后,奴隶社会一直沿用之。

3. 刑罚适用原则

夏代确立的刑罚适用原则是:“与其杀不辜,宁失不经。”^⑤ “不辜”是指无辜之人或犯有轻罪之人;“不经”是指不按照法律规定。也就是说,如果有可能错杀无罪或犯有轻罪之人时,宁肯不按常规实施法律,以防止滥刑错杀现象的发生。实际上,这是一种值得肯定的积极的慎刑主张。

第三节 商朝的法律制度

公元前 17 世纪,商汤建立商朝,经 17 世 31 王,历时 600 年,是中国历史上第一个有可靠文字记载的奴隶制国家,因此也形成了第一个有文字可考的奴隶制国家的法律制度。

一、神权法思想的发展

在商代,长期存在的神权法思想得到充分的发展,形成了先秦达到鼎盛时期的神权法思想。所谓“殷人尊神,率民以事神,先鬼而后礼”^⑥ 的记载,就是

① 张晋藩《中国法制史》,群众出版社,1982 年版,第 18 页。

② 张晋藩《中国法制史》,群众出版社,1982 年版,第 18 页。

③ 曾宪义《新编中国法制史》,山东人民出版社,1987 年版,第 15 页。

④ 《史记·夏本纪》。

⑤ 《尚书·大禹谟》。

⑥ 《礼记·表記》。

最充分的说明。而且殷人无事不卜,又反映了商朝社会事事都要通过占卜请示鬼神而后决的习惯。神权的政治、神权的习惯也就决定了法律实施的神权性,即定罪量刑最后必须由鬼神之意而断决。《尚书·汤誓》记载了商汤兴师讨伐夏桀时说:“有夏多罪,天命殛之。……尔尚辅予一人,致天之罚,”商汤以奉行天意,代天行罚为理由,对夏桀使用“甲兵”这种最大的刑罚。又据甲骨文记载:“贞,王闻不惟辟(法刑);贞,王闻惟辟。”意为国王是否执行刑罚也要通过占卜才能最后决定。对于某种具体刑罚(诸如墨、劓、腓、宫、大辟等)的执行,也要先占卜,甲骨文中“贞其劓”(占卜是否处以劓刑)、“贞劓百”(占卜是否对一百人处以劓刑)等一类记载都充分地说明这点。

二、主要法律形式

1. 殷礼

习惯法的礼是商代的主要法律形式之一,它是在夏礼基础上继承与发展而成的。目前虽不能知其具体内容,但能肯定它的存在。正如孔子所言:“殷礼,吾能言之,夏不足征也。文献不足故也,足则吾能征之矣。”^①又说:“殷因于夏礼,所损益可知也。”^②可见殷礼早在春秋战国时期就缺乏史料的详细记载,但它与夏礼的承继关系和作为当时的一种重要的法律形式的存在是没有疑义的。

2. 殷刑

习惯法的刑也是商代的主要法律形式之一,从有关古籍记载来看,它的内容比较丰富。《左传》昭公六年载:“商有乱政,而作汤刑。”与“夏有乱政,而作禹刑”一样,说明《汤刑》是商朝法律规范的总称,也是出于对开国君王的尊敬而命名,同时也说明汤刑是在长期发展中不断增删而成的。《竹书纪年》提到在第二十四王祖甲二十四年时“重作汤刑”。商代除《汤刑》之外,还制有一部《官刑》。《官刑》乃行政法性质之法律,制定于商汤之时,正如近代沈家本考据所言:“此官府之刑,汤所制也。”^③最早记载此事的是《墨子》一书,《墨子·非乐上》记载:“先王之书,汤之官刑有之。”

3. 单行法律

据文献记载,商代单行法律有“弃灰之法”,这是商代一部刑罚残酷的法律。即所谓“殷之法,弃灰于公道者,断其手”,“殷之法,刑弃灰于街者”。^④

4. 誓、诰、训

① 《论语·八佾》。

② 《论语·为政》。

③ 沈家本《历代刑法考·律令》。

④ 《韩非子·内储说上》。

商王经常发布一些包括军法性质的誓,政治文告性质的诰和训诫臣民的训。誓、诰、训虽然都是国王的命令,但都具有很大强制性,属于刑事法律性质的内容。如商汤王在兴师征讨桀之前发布的命令称《汤誓》,商汤王在誓中强调:“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,予则孥戮汝,罔有攸赦。”^① 赉(音赖),赏赐。意为你们只要辅助我,奉行上天的命令讨伐夏国,我就大赏你们。你们不要不相信,我是决不失信的。假如你们不听我的话,那么我就要惩罚你们,让你们当奴隶或杀掉,决不宽宥。至于诰、训之类的命令,在《尚书》也有很多记载。如盘庚迁都于殷时,当时有臣民不愿迁移,于是训诫大臣们说:“无或敢伏小人之攸箴。”^② 意为我所规诫小民的话,你们大臣们无论谁都不许隐瞒。《尚书·盘庚上》还记载:“凡尔众,其惟致告:自今至于后日,各恭尔事,齐乃位,度乃口。罚及尔身,弗可侮。”即你们应当把我的话互相转告:从今以后,你们应努力做好本职工作,不许乱说。否则,惩罚就会加之你们身上,那时后悔就晚了。至于违反国王训令的行为如何处以刑罚,《尚书·盘庚中》则说得清清楚楚:“乃有不吉不迪,颠越不恭,暂遇奸宄,我乃剿殄灭之,无遗育。”吉,善;迪,道;颠,狂;越,逾;暂,诈欺;遇,奸邪;奸宄,作坏事,在外曰奸,在内曰宄;育,后代。大意为假设你们行为不善,不按正道办事,猖狂放肆,违反法纪,不尊敬国王,曲巧诈伪,胡作非为,我就把你们杀掉,并且还要株连你们的后代。由此可见,国王的诰、训的刑法性质。

三、刑事法律法规

1. 主要罪名

(1) 不孝罪。商代继续沿袭夏代的这一罪名。据《吕氏春秋·孝行》引《尚书》:“刑三百,罪莫重于不孝。”

(2) 违王命罪。商代这类犯罪也基本沿用夏代的罪名,但表现得更加具体化。如《尚书·盘庚中》所指出的“不吉不迪”(不善与不按正道办事的行为)、“颠越不恭”(不法和不从王命的行为)、“暂遇奸宄”(诈伪、奸邪及犯法作乱的行为)等。

(3) 乱政、疑众罪。《礼记·王制》说:“析言破律,乱名改作,执左道以乱政。”乱政罪属政治性犯罪,包括随意曲解和破坏政令,扰乱法定名分和变乱政制法度,利用旁门左道干扰统治秩序等行为。疑众罪包括:“作淫声、异服、奇技、奇器以疑众”;“行伪而坚、言伪而辩、学非而博、顺非而泽以疑众”;“假于鬼神、时日、卜巫以疑众。”^③ 由此可见,疑众罪实际上是指五种惑乱人心,制造

^① 《尚书·汤誓》。

^② 《尚书·盘庚上》。

^③ 《礼记·王制》。