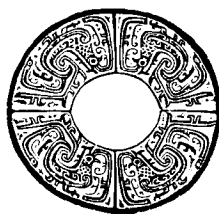


中国 刑事司法制度

〈先秦卷〉

茅彭年 著



法 津 出 版 社

D924.02

M23.9

✓

中国 刑事司法制度

图书在版编目(CIP)数据

中国刑事司法制度·先秦卷/茅彭年著. —北京:法律出版社, 2000. 12

ISBN 7-5036-3285-2

I. 中… II. 茅… III. 刑法-司法制度-中国-先秦时代
IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 77439 号

出版·发行/法律出版社
责任印制/张宇东
印刷/北京朝阳北苑印刷厂
开本/A5

经销/新华书店
责任校对/何萍
印张/3.5 字数/61 千

版本/2001 年 1 月第 1 版

2001 年 1 月第 1 次印刷

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

网址/www.lawpresschina.com

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900 (发行部) 88414121(总编室)

88414933 88414934 (读者服务部)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3285-2/D·3003

定价:10.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

前 言

50年代中期,我考入北京大学法律系,燕园五载,深受北大名师的教诲、栽培,对我一生从事法学教学与研究,受益匪浅。

90年代初期,我同陈光中教授、郑禄教授合作,为中国政法大学硕士研究生讲授中国刑事诉讼史。

90年代晚期,我有幸踏上北京大学法学院刑法学专业博士生班的讲坛,为1999届、2000届博士生讲授“中国刑事司法制度”课,同年轻的、生机勃勃的、具有深厚法学基础知识又勤奋好学的博士生们,教学互长,共同探讨、研究中国刑事司法制度先秦卷的若干学术问题,其乐融融。

中国刑事司法制度先秦卷中许多学术问题,诸如中国刑事司法的起源、雏形、确立等,至今未有定论。

探讨先秦卷的问题,其一,要有翔实的文献资料和考古文物;其二,要借鉴前辈法学家们的研究成果,吸取养料,充实自己;其三,要具有开拓的精神,敢于提出自己的学术观点。

研究先秦卷的问题,必然要翻阅大量的法律古籍文献和相应的考古资料。中国浩瀚的古籍文献辞多雅古、艰奥难读。

HAN/13/16

以《尚书·吕刑》为例,《尚书·吕刑》是反映西周刑事司法的一部诸法合体的刑法典,既总结历代刑事司法的经验与教训,又系统地规定西周刑事司法的思想、原则、制度等问题,是一部承上启下的、又为当代法学界普遍确认的古代法律文献。然而,对《尚书·吕刑》的句读、辞意、诠释,历代学者分歧较大,各抒己见,莫衷一是,为学习引用这部法律文献带来一定的困难。

今将1984年4月出版的拙著《吕刑今释》,进行修订后,作为本书的附录,供学习时参考。

中国刑事司法制度是对北京大学法学院刑法学专业博士生开设的新课,是将法学知识和历史知识融为一体的学科。这门课知识面宽广,历史悠久,文献、史料浩繁,内容十分丰富,教学中力图做到深入浅出,娓娓动听。冀图通过学习与研究,对刑法学专业博士生开拓视野、融汇贯通与提高素质起到积极的作用。

水平所限,书中有不妥之处,恳切地希望法学界的师友及广大读者不吝赐教。

茅彭年

2000年9月于北京军都园

目 录

前 言	(1)
第一章 中国刑事司法的起源	(1)
第一节 国家和法的起源	(1)
第二节 诉讼和刑事司法的起源	(8)
第三节 起源的理论和历史依据	(12)
第二章 夏朝、商朝的刑事司法	(18)
第一节 夏朝的刑事司法	(18)
第二节 商朝的刑事司法	(22)
第三章 西周确立了刑事司法制度	(26)
第一节 西周的刑法典《吕刑》	(26)
第二节 西周地下文物记载的案例	(34)
第三节 西周的刑事司法制度	(37)
第四章 春秋战国时期的刑事司法	(43)
第一节 春秋时期的刑事司法	(43)
第二节 战国时期的刑事司法	(52)
小 结	(57)
附录:(一)吕刑今释	(59)
(二)夏商周断代年表	(97)

第一章 中国刑事司法的起源

中国刑事司法的起源同中国国家与法的起源是分不开的。因为没有国家、没有法,也就没有诉讼、没有刑事司法。

第一节 国家和法的起源

对于原始社会,马克思主义的经典作家有非常精辟的论述。恩格斯说:“在那里没有军队、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,而一切都是有条理的。”(《马克思、恩格斯选集》第4卷,第92页)这是指易洛魁人那种典型的母系氏族的原始社会。

国家是什么?国家是阶级统治的工具,国家主要是由军队、警察、法庭、监狱组成。史学界公认的国家起源的三大标志:城市、文字、金属器。

法是什么?法是统治阶级意志的表现。法是由国家的强制力实施的。

那么,中国的国家和法起源于何时?

关于中国的国家和法的起源,众说纷纭,归纳起来有

以下三种说法:

一、夏代说

这是法学界、史学界的主流学说,认为夏代进入了奴隶制社会,从而产生了中国的国家和法。主要论据:

《汉书·刑法志》:“禹承尧舜之后,自以德衰,始创肉刑。”

《左传》昭公六年:“夏有乱政,而作禹刑。”

《尚书大传·甫刑》:“夏刑三千条。”

二、尧舜时代说

这是传统的说法,可以引证历代古籍的记载。主要论据:

《竹书纪年》:“帝舜三年,命皋陶造律。”

《尚书·吕刑》:“伯夷降典,折民惟刑。”

三、黄帝时代说

这是尚未被学术界所接受的主张。然而,却被近年来的地下挖掘及古墓中出土的大量文物所证实。主要论据:

《管子·任法》:“故黄帝之治也,置法而不变,使民安其法者也。”

《商君书·画策》:“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。”

《汉书·胡建传》:“黄帝《李法》曰:‘壁垒已定,穿窬不由路,是谓奸人,奸人者杀。’”

我国法学界对国家和法的起源,曾经有过哪些见解呢?

(一)20世纪20、30年代,法学界程树德、陈顾远、杨

鸿烈等学者主张,中国法起源于商殷时代。程树德说:“殷时有法律,已无可疑。”陈顾远说:中国法律“惟有断自殷代。”杨鸿烈说:“中国法律起源于殷代。”(《中国法律发达史》,商务印书馆 1930 年版,第 14 页)“惟殷先人,有册有典。”(《周书·多士》第 14 页)

(二)20 世纪 50 年代,中华人民共和国成立以后,法学界普遍认为,中国国家和法产生于夏代,因为夏代建立中国奴隶制国家,建立起阶级社会,而国家是阶级统治的工具,法是统治阶级意志的表现,因此,中国的国家和法起源于夏代。

无可讳言,50 年代我国法学界受阶级斗争、阶级分析理论和前苏联法学理论的影响是很大的。中国阶级社会的分期,普遍将夏代确定为中国奴隶制国家的开端。按照前苏联法学界的理论,法律是由国家按照统治阶级意志制定或认可,并由国家强制力实施的。换言之,没有国家即不可能有法,而国家是阶级社会的产物,只有当社会进入奴隶制社会以后,才能产生国家和法。在原始社会里是既没有国家,也是没有法的。

上述逻辑严密的论断,是不是符合中国社会的实际情况呢?近年来,法学界有的学者提出不同的见解,认为研究中国的国家和法的起源问题,必须从中国的历史和实际出发,特别是近期地下挖掘和古墓中的出土文物作为实物依据,来考证中国的国家和法的起源。并提出以下问题:

其一,如果说,中国的夏朝才是奴隶制社会,才建立起国家,而军队是国家的主要组成部分,是国家的象征。

那么,夏朝以前中国就没有军队。

三皇五帝时期,五帝之首黄帝曾率领强大军队,打败兴兵作乱的蚩尤,称为涿鹿之战。史称:“涿鹿中原。”黄帝发明了指南针,赢得这场战争的胜利。其时,还创造发明很多:如宫室、舟车、蚕丝、医药、历法、算数、音律等。仓颉(黄帝史官)仿鸟兽迹而造字。史称:“仓颉造字”。这个时期对财富的争夺、权位的较量已经很频繁,大规模的战争就发生过三次:

第一次:共工与蚩尤的战争,蚩尤胜。

第二次:黄帝与蚩尤的战争,黄帝胜,蚩尤战败被杀,即“涿鹿之战”。(今河北省涿鹿县南)

第三次:黄帝与炎帝的战争。接连大战三次以黄帝胜而告终,史称“坂泉之战”。(今河北省怀来县)此后,黄帝族、炎帝族结合在一起,又伙同九黎族(南方苗蛮)一部分,在我国中原地区定居下来。

这就回答了:夏朝以前,不仅有军队,而且有较强的军队。黄帝时期在中国历史上已处于父系氏族,距今约有近 5000 年的历史,中华民族又称为炎黄子孙。

一说:黄帝族的尧、东夷族的舜,主持华夏联盟。

其二,如果说,夏朝才有国家,那么夏朝以前就没有法官,没有法庭。

舜帝时期,就任命皋陶(yáo 遥)为掌管刑法的士(士为理官即法官)。皋陶以正直著称。皋陶任法官后曾对舜帝说过一段很重要的关于刑罚原则与刑事司法原则的话。(见《尚书·大禹谟》)郑康成注:“士,察也,主察狱讼之事。”马融注:“狱官之长。”士或士师,古代既是司法长

官,又是军事长官。到周代演变为司法官吏。《周礼·司寇》有士师、乡士、遂士、县士、方士、讶士、朝士等。皋陶曾被确定为禹的继承人,惜早逝。

这就说明了:尧帝、舜帝、禹帝时期,不仅有法官、法庭,而且也有了刑事司法。

其三,如果说,夏朝才有国家,那么夏朝以前就没有监狱。

《唐律疏议·断狱》:“皋陶造狱”。《广韵》:“狱皋陶所造”。皋陶造狱影响深远,中国古代监狱中都挂有皋陶的画像,狱门上悬挂狴犴(bì ān 岸),俗传龙生九子不成龙,……四曰狴犴,形似虎,有威力,立于狱门。狴犴为牢狱的代称。

其四,如果说,夏朝才有国家,那么夏朝以前就没有法律,更没有刑法。

尧、舜时期,就有“刑”与“罪”的记载。《尚书·吕刑》:“苗民弗用灵、制以刑,惟作五虐之刑曰法,杀戮无辜。”五刑:劓、刵、剕(苗,官刑)黥等肉刑,为三苗始创。苗民,三苗之君(国君)与尧、舜同时代。可见,尧、舜时期,不仅已有刑法,而且还有了肉刑。据《尚书·尧典》记载:“象以典刑,流宥五刑,鞭作官刑,扑作教刑,金作赎刑。”象刑对应处墨、劓、刵、宫、辟刑者,并不施刑,而是以画衣冠、异章服方式象其受刑。流刑:逐出氏族流放远地,适用于氏族首领。《尚书·尧典》:“流共工于幽州,放驩兜于崇山。窜三苗于三危,殛鲧于羽山。”

大量的文献资料记载,说明上述事例发生在夏朝之前,那么,夏朝之前有没有国家,有没有法? 中国的文明

史是不是只有 4000 年？都是值得探讨的课题。

中国的国家究竟起源于何时？

1986 年 7 月 25 日,《人民日报》登载:辽宁西部山区发现距今大约 5000 多年的大型祭坛、女神庙和积石冢群址,是个规模不小的城市,推断这里曾存在过一个处于原始社会末期的雏形的国家。这个“神秘王国”有坛、庙、冢,布局范围约有 50 平方公里,祭坛有点类似北京的天坛(天圆、地方)、太庙和明十三陵。使中华文明史提前了 1000 多年,为夏以前的“三皇五帝”的说法找到了实物依据,三皇、五帝至今已有近 5000 年的历史。

2000 年 6 月 19 日,《山西日报》登载:中国社科院考古所日前在山西首次发现了尧舜时期的古城遗址,这一重大发现,为中华民族国家起源的历史提前了近千年。

这座古城遗址位于山西省襄汾县陶寺村,其中有一堵城墙,东西走向,长约 130 米,距今有 4500 年左右,正是史籍记载的尧、舜时期,首次被考古实物所证实。

这座古城遗址发现之前,在这里,考古工作者还曾发掘一座同时期的古墓,墓穴中掘出世界上最早的青铜器、陶片,陶片上有镌刻的文字符号。这两项考古发现,以令人信服的实物雄辩地证明,这个地域早在 4500 年以前,已经产生了国家,这个论断完全符合史学界公认的国家起源的三大标志:城市、金属器、文字。

考古专家推断:发掘的情况表明,从城市的规模看,当时城中人口密集,制作陶器、金属器、漆木器的手工业发达,甚至已经出现了武士集团、贵族和王室,具备了雏形国家的条件。

中国的法究竟起源于何时?

起源于黄帝时代。诚然,黄帝李法有对穿窬不由路者,定为奸人,对奸人的刑罚是杀的规定,显得比较原则、简单。但是,黄帝时代用兵极广、战争频繁,古代兵与刑不分,刑与法不分,所谓“刑起于兵。”战争讨伐就是用兵,就产生刑与法。据《汉书·刑法志》称:“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。”黄帝时代,采用内行刀锯,外用甲兵的刑法是有大量文献资料记载,同时为史学界所认可的。

茅案:从考古发掘的实物和大量文献资料记载,可以说,中国国家的起源是在黄帝时代。黄帝既是中华民族的祖先,也是中华帝国的创始者。中国的法始于黄帝时代,因为国家与法是相辅相成的,国家统治的确立是需要由法来保证的,而法则需要国家的强制力来执行的。

古巴比伦王国的《汉穆拉比法典》,是世界上著名的古代法典,亦称“石柱法”。古巴比伦王国的第六代国王汉穆拉比(公元前 1792 至 1750 年在位),乘各奴隶部落互相争夺、互相战争中,先后征服了各部落,在两河流域建立起统一的奴隶制王国,为了巩固其统治,在分散的诸法典的基础上,于在位第 30 年,制定一部新的成文法典,即《汉穆拉比法典》,距今约 3700 多年。

1901 年 1902 年冬,法国探险队在波斯湾北部的苏萨(今伊朗胡泽斯坦省)的挖掘中发现三块大黑石头,拼在一起竟是一柱完整的椭圆形的石柱,高 2.25 米,直径不到 2 米,石柱上刻着密密麻麻的古巴比伦楔形文字,石柱的顶端有一幅两个人形的浮雕,坐着的是太阳神沙马

什,站着的是汉穆拉比国王,汉穆拉比国王正从太阳神沙马什手里接受法典,表明这部法典是神授的,借此来提高法典的权威性。

《汉穆拉比法典》分序言、本文和结语三部分。本文共 282 条,分 49 栏,内容如下:

序言:我,汉穆拉比,昭临黔首,光旭大地,是不朽的王族,强大的君主,是巴比伦的太阳,云云。

本文:是保证法院公正裁判的规定。如对诬告、伪证、法官擅改判决的处罚;是保护各种财产所有权及其转移和维护地主、高利贷者利益的规定;是维护奴隶制婚姻家庭关系的规定;是人身伤害和同态复仇的规定;是劳动报酬和责任事故的规定;是动产租赁和雇工报酬的规定;是奴隶买卖的规定。

结语:我,汉穆拉比,无敌之王,受命于伟大的神明,我以我的金玉良言铭刻于我的石柱之上,云云。

《汉穆拉比法典》以其石柱形式完整地保存下来而著称,然而与中国最早的法相比,落后 1000 余年,可见,中国的国家和法起源之早,是世界上任何国家所望尘莫及的。

第二节 诉讼和刑事司法的起源

诉讼起源于何时?刑事司法起源于何时?据《尚书·尧典》记载:“帝曰:‘吁!(表示惊讶)嚚(yín 银)(口不道忠信之言叫做嚚)讼,可乎?’”《尚书·尧典》还有“奸”的记载。奸,邪恶。指有人做坏事。有人做坏事而引起互相

争执,需要公众来解决,这就产生最初的“讼”。讼,古义释为“公”,明言也。《说文解字》:“讼,争也。”《周礼·地官司徒》:“凡万民之不服教,而有狱讼者,与有地治者听而断之。”注:“争罪曰狱,争财曰讼”。到了舜帝时期,就有“刑”与“罪”的记载:“象以典刑,流宥五刑,鞭作官刑,扑作教刑,金作赎刑。”“尧舜时,理官则谓之为‘士’,而皋陶为之。”(《唐律疏议·名例》)

茅案:中国古代的诉讼早在尧帝、舜帝时代已经起源,当时的诉讼与刑事司法属于初创阶段,有如象刑等。尧帝、舜帝时代的苗民在神权与君权的冲突中,君权取得胜利,始创五刑。

舜帝任用皋陶为掌管刑罚的司法官。皋陶是我国历史上第一个专门办理案件的法官。皋陶何许人也?皋陶为少皞(hào 浩)氏支裔,东夷部族首领之一,尧帝、舜帝时任大臣,舜帝时皋陶被任命为士(士师即司法官),即掌管刑狱之长;禹继位后,继续受重用,以正直著称。皋陶对舜帝说的一段话值得重视,记载在《尚书·大禹谟》。他说:“帝德罔愆(qiān 千,过失),临下以简,御众以宽。罚弗及嗣,赏延于世,宥(yòu 宽恕)过无大,刑故无小,罚疑惟轻,功疑惟重,与其杀不辜,宁失不经。”意思是:帝德纯善,无有过失,临臣下以简易,御众庶以优宽。刑罚不株连其后嗣子孙;赏赐财俸延及后代。对过失犯罪者,罪虽大亦必宽宥之;对故意犯罪者,罪虽小,亦必刑罚之。对于疑罪,罪虽重而处断从轻;对于功有疑者,虽功轻而给予优厚赏赐。不能株杀无罪之人,宁可冒失不经的常例,也要予以赦免。

茅案:皋陶的话是一篇刑罚原则与刑事司法原则的箴言,对后世有着深远的影响。

皋陶既然是尧、舜时代的司法官,他是如何审案的呢?对于疑难案件,皋陶借助独角兽来审案,实行触审制度。独角兽又称廌。法,古字写作“灋”。《说文解字》:“法,刑也。平之如水,故从水;廌,所以触不直者去之,故从廌从去。”廌(zhì 治),一说:是一种神兽。形状像羊的独角兽,性中正,辨是非,见人论则咋不正,见人斗则触不直,由它去做公平的裁判,就是法。东汉王充写道:“解廌者,一角之羊也,性知有罪。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。”(《论衡·是应篇》)

皋陶治狱,初期借助独角兽来审理疑难案件,实行触审制度。到了舜帝中、后期,由于触审制度经常出现错案,在事实面前,先进行改革,后废除触审制度。实行政、史分开,即定罪判刑与审查犯罪事实分开,制约司法官一人独断审案,避免错案的发生。皋陶对刑事司法制度的重大改革,当时就得到大臣们的赞扬。“益和稷对于皋陶废除触审备加称赞。”(《中国刑法通史》第二分册,1986年版,第69页)

著名法学家李光灿教授、宁汉林教授对皋陶废除触审制度的改革,给予高度的评价:“在虞舜中后期废除触审制度,由‘政’主管依据刑法定罪判刑,由‘史’主管审查犯罪事实。《尚书·皋陶谟》:‘政、事(史),懋哉,懋哉!’皋陶对刑事审判制度所作的这一重要的改革,是总结触审制度的经验和教训,在刑事审判制度方面是一大进步,为

以后刑事审判奠定了基础。”(《中国刑法通史》第二分册, 1986年版,第77页)

皋陶是舜帝时代的司法官,在刑事司法中对不同对象采用不同的刑罚,当时的刑法有:肉刑、流刑、象刑。《左传》引《夏书》曰:“昏(恶而掠美)、墨(贪以败官)、贼(杀人不忌)、杀,皋陶之刑也。”一说:昏、墨、贼三种罪,均应处死刑。

唐·杜佑曰:“舜何得言以流放代之?足明帝舜以前行五刑明矣。其后,舜又赞美皋陶曰:‘汝作士,五刑有服’,知帝舜初立之时暂废五刑,后又用耳。”(《通典》)

清·沈家本对杜佑说法有不同见解,曰:“杜氏(即杜佑)谓五刑在舜前,诚是。至谓舜初暂废五刑,后又用,此则未确……窃意舜时五刑、象刑盖并行。汝作士,五刑有服,是五刑者所以待蛮夷者也。若象刑,所以待平民也。”(《历代刑法考·唐虞》)

流刑,以流放来代替伤刺肌肉的五刑,适用于部落首领、酋长等。

象刑,是对犯罪者处以画象的刑罚,罪有轻重,处以象刑也有区别。“画象者,上罪黑蒙赭衣,中罪赭衣杂履,下罪杂履而已。”(《考经纬》)

《尚书·皋陶谟》:“天讨有罪,五刑五用哉!”可见,从有据可查的文献资料表明,中国的诉讼与刑事司法起源于尧、舜时代。尧、舜时代既然有刑、诉讼和刑事司法,又有大量的地下出土文物为证,因此认定中国诉讼和刑事司法起源于尧、舜时代,应该是可信的。

茅案:西方的法学界许多著名学者,在讲到诉讼或刑