



秦镜高悬

中国古代的法律与社会

殷啸虎 著



由零星碎片之记载，呈中国法律文化之镜像



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

秦镜高悬

中国古代的法律与社会

殷啸虎 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

秦镜高悬:中国古代的法律与社会/殷啸虎著. —北京:北京大学出版社, 2015. 7

ISBN 978 - 7 - 301 - 26042 - 5

I. ①秦… II. ①殷… III. ①法制史—研究—中国—古代 IV. ①D929.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 159326 号

书 名 秦镜高悬:中国古代的法律与社会

著作责任者 殷啸虎 著

责任编辑 刘秀芹

标准书号 ISBN 978 - 7 - 301 - 26042 - 5

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 sdyy_2005@126.com

新浪微博 @北京大学出版社

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 021 - 62071997

印 刷 者 北京中科印刷有限公司

经 销 者 新华书店

880 毫米 × 1230 毫米 A5 12.25 印张 294 千字

2015 年 7 月第 1 版 2015 年 7 月第 1 次印刷

定 价 39.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

努力

前言

中国法律文化的发展有着悠久的历史。从古代文献的记载及地下文物的发掘看,中国法律至今已经历了四千多年的发展历程,这在世界法律发展史上也是首屈一指的。自秦汉以来,在法律体系上一脉相承,形成了独具一格的中华法系。另外,在国家管理和社会治理过程中,比较注重法律的作用,通过相关制度建设,在法律规范及其实施程序等方面积累了丰富的经验,形成了自己的特色。

其一,注重立法,重视法律的体系建设。自秦汉以来,历朝历代基本上都是在建政初期就进行大规模的立法活动,颁布法典,作为施政的依据;同时,在法典颁布后,通过各种形式的配套立法,形成了完备的法律体系,从法律形式和体系上保证了法律的有效实施。

其二,注重在实践中不断发展和完善法律。法律是相对稳定的,而社会现实是纷繁复杂的。如何运用相对稳定的法律处理纷繁复杂的社会问题,是中国古代法律实施过程中不断面对并且尝试去解决的问题。在这方面,中国古代法律实施过程中积累了丰富的有益经验。例如,在强调法律的规范性的同时,注重根据实际情况,灵活地适用法律;同时,根据实际情况的变化,不断修正和完善法律规定,使法律贴近社会生活,使法律更具有生命力。

其三,注重发挥法律的教化功能。古人云:刑为盛世所不能废,而亦盛世所不尚。刑罚本身不是目的,而只是实施教化的一种辅助手段。《唐律疏议》的开篇就说:“因政教而施刑法。”“德礼为政教之本,刑罚

为政教之用,犹昏晓阳秋相须而成者也。”法律不仅是一种社会行为规范,从根本上更是一种教化,最终目的是消除犯罪,所谓“刑期于无刑”,达到“以刑止刑,以杀止杀”的目的。这种法律的教化观在今天看来,依然有着积极的意义。

当然,虽然中国古代也十分重视法律的作用,但这与今天我们所说的“法治”有着本质上的不同。现代意义的“法治”是一种国家治理的方略,而古代“法治”只是国家治理的一种手段。前者是价值层面的,而后者是工具层面的;前者是法在“人”之上,而后者是“人”(君主)在法之上。今天我们推进依法治国,固然要发挥工具意义上的“法治”的作用,但关键是要从价值层面,树立法治的绝对权威,推进依法治国。

中共十八届四中全会提出:“法律是治国之重器,良法是善治之前提。”法律作为人类社会政治文明的重要结晶,在国家管理和社会治理中发挥着极其重要的作用。全面推进依法治国是一项系统工程,要从中国的基本国情出发,发展符合中国实际、具有中国特色、体现社会发展规律的社会主义法治理论,为依法治国提供理论指导和学理支撑,其中一个重要方面,就是要汲取中华法律文化精华。我们的先人们早就开始探索如何驾驭人类自身这个重大课题,春秋战国时期就有了自成体系的成文法典,汉唐时期形成了比较完备的法典。我国古代法制蕴含着十分丰富的智慧和资源,中华法系在世界几大法系中独树一帜。因此,研究我国古代法制传统的成败得失,挖掘和传承中华法律文化精华,汲取营养,择善而用,是构建中国特色社会主义法治理论、建设中国特色社会主义法治国家的一项基础性工作。

目 录

前言 /001

第一章 中华律典 /001

- 一 走下神坛的法律 /003
- 二 从礼崩乐坏到定分止争 /012
- 三 汉承秦制 /018
- 四 以礼入律 /025
- 五 中华法系的奠基之作 /031
- 六 灵活应变的《宋刑统》 /036
- 七 中国少数民族政权的法律 /039
- 八 礼以导民、律以绳顽的《大明律》 /047
- 九 律例合编的《大清律例》 /052
- 十 清末的“新政”与法律修订 /055

第二章 犯罪 /059

- 一 十恶不赦 /061

- 二 七杀 /071
- 三 六赃 /076
- 四 奸非 /082
- 五 教令罪 /085
- 六 不应得为 /087
- 七 血亲复仇 /090
- 八 公罪与私罪 /094
- 九 “化外人”犯罪的处理 /097
- 十 不作为犯如何定罪 /100

第三章 刑罚 /103

- 一 制敕断罪 /105
- 二 刑法的时间效力 /109
- 三 中国古代实行过“罪刑法定”吗 /112
- 四 比附为罪 /116
- 五 保辜 /120
- 六 矜老恤幼的法律体现 /123
- 七 杀人而义与正当防卫 /127
- 八 官员的司法特权 /130
- 九 妇女犯罪的特殊规定 /134
- 十 故意与过失 /138
- 十一 共犯区分首从 /141

- 十二 再犯与累犯 /144
- 十三 二罪俱发与并合论罪 /147
- 十四 先自告除其罪 /150
- 十五 大赦天下 /154
- 十六 五刑 /157
- 十七 族刑与连坐 /162
- 十八 缢杀救父与肉刑改革 /166
- 十九 曹操割发代首与古代髡刑 /170
- 二十 《唐律》为什么规定计绢平赃 /173
- 二十一 刺配 /177
- 二十二 凌迟 /180
- 二十三 折杖法 /183
- 二十四 廷杖 /186
- 二十五 例分八字之义 /190
- 二十六 律眼十三字 /194
- 二十七 律注二十字 /198

第四章 诉讼与审判 /203

- 一 审判衙门与案件管辖 /205
- 二 诉讼的提起 /209
- 三 案件的审理 /214
- 四 上诉与复审 /227

五 死刑案件的核准与会审 /230

六 判决与刑罚的执行 /234

七 官吏的断狱责任 /237

第五章 法律与社会 /239

一 先秦时期的治安管理法 /241

二 《周礼》中的治安管理制度 /258

三 《封诊式》与古代司法鉴定 /276

四 古代司法鉴定的运用与发展 /280

五 古代的法律教育 /288

六 唐宋时期的法律考试 /291

七 赌博与古代法律 /294

八 盗墓与古代法律 /297

九 佛教与古代法律 /303

十 “乌台诗案”与宋代法制 /309

第六章 倡廉与肃贪 /317

一 古代的惩贪法 /319

二 古代法律对行贿的处罚 /323

三 请托也要治罪 /325

四 古代的官箴 /327

五 诸葛亮与蜀国吏治 /329

六 古代的两“廉母” /331

- 七 孟昶与《戒石铭》 /333
- 八 宋初严禁官吏经商 /335
- 九 张伯行与《禁馈送檄》 /336
- 十 老小于成龙 /338
- 十一 雍正与养廉金 /340
- 十二 丁宝桢受窘 /342
- 十三 浮梁县衙随想 /344

第七章 法律与生活 /347

- 一 古代的老年保护 /349
- 二 古代的养老令 /351
- 三 元日布法宣教 /353
- 四 古代的当铺 /354
- 五 古代的经纪人 /356
- 六 古代的集市管理 /358
- 七 古代法律对“私盐”的规定 /360
- 八 古代法律关于“拾遗”的规定 /361
- 九 唐朝的商品责任法 /362
- 十 唐朝的水利设施保护法 /363
- 十一 武则天与唐代法制 /365
- 十二 宋代的开封府 /367
- 十三 史传“狸猫换太子” /369
- 十四 苏东坡的西湖缘 /370

- 十五 手倦抛书午梦长 /372
- 十六 元朝的医药管理 /373
- 十七 清朝的内务府 /374
- 十八 清代官场的称呼 /375
- 十九 年终赐“福” /377
- 二十 “员外”种种 /378
- 二十一 金莲三寸为哪般 /379

后记 /381

第一章

中华律典

《唐律疏议》的开篇说道：“因政教而施刑法”，“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”。德主刑辅，礼法结合，成为中国古代法律发展的一条基本路径，同时也是了解和研究中国古代法律的基本线索；道德教化与刑事惩罚相结合，构成了中国古代法典的基本内容与基本特征。



走下神坛的法律

(一) 刑始于兵：一个古老的传说

中国古代的法律是怎样产生的？这个问题，到目前为止，仍然没有一个明确的答案。中国也同世界上其他国家和民族一样，经历了漫长的没有阶级、没有国家、没有法律的氏族社会。氏族内部的传统习惯，是氏族成员公认的调整人们行为的规范和准则。当时既没有法律，也没有法律的观念。古书中关于上古时期“不为刑辟”“无制令而民从”的记载，正是这种氏族社会传统的反映。

法律和国家一样，是社会发展到一定阶段的产物。中国古代法律在产生的方式上，与战争有着密切的联系，因而古人就有了“刑始于兵”的说法，认为以刑法为主的法律是在战争中产生的。《辽史·刑法志》的开篇有这样一段话：“刑也者，始于兵而终于礼者也。鸿荒之代，生民有兵，如蜂有螫，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。”这一段话，基本上反映了中国古代人对刑法产生问题的基本看法。

在从氏族社会过渡到阶级社会前后一段时间内，在中国的中原地区，传说曾发生过一系列规模较大的战争，如共工部落与蚩尤部落之间的战争、黄帝部落与蚩尤部落之间的战争、黄帝部落与炎帝部落之间的战争等。在部落与部落联盟内部，为了争夺首领的地位，也爆发了激烈



蚩尤像

的战争。为了取得战争的胜利,就必须有约束军队的强制措施,于是便出现了具有刑法性质的军纪军法,这也可以说是中国古代法律最早的形式。战争本身也被视为一种惩治罪犯的法律手段,即所谓“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。故大者陈之原野,小者致之市朝”^①。同时,随着战争规模的扩大,俘获的战俘数量也大量增加。对这些战俘也不再按照过去的习惯予以处死,而是让他们沦为奴隶,对他们进行剥削和奴役。这又需要作为暴力手段的刑(法)进行管束和镇压,于是便产生了最早的刑法。此外,为了保证战争取得胜利,需要加强部落首领的权威;而战争的胜利,又反过来

^① 《国语·鲁语》。

使部落首领的权威得到进一步的加强。随着部落的扩大,部落首领对部落的管理也不再单纯依靠过去的习惯,而是采取了一系列的强制措施,并由专门的机构和人员负责执行这些强制措施。这样便产生了处理部落内部事务的法律以及执行这些法律的法官。这些法官本来就是军队里的军官,从当时对法官的“士”“士师”“司寇”等称呼中,也可以清楚地看到这一点。

在中国古代法律产生的过程中,频繁的对战争对法律的形成与发展起到了重要的促进作用,这也是导致中国古代法律具有以刑法为主、以维护君主独裁专制为核心的基本特征的重要原因。

(二) 关于“皋陶作刑”

中国古代法律是什么时候产生的?对于这个问题,目前同样没有一致的、肯定的说法。根据古人的说法,中国最早的法律是由皋陶(音“摇”)制定的。在《竹书纪年》中,也有“皋陶作刑”的记载。皋陶是传说中尧舜时期和夏朝初期的法官,据说是他制定了中国古代最早的刑法,即所谓“皋陶之刑”。其中规定:凡是犯有贪赃枉法、抢劫杀人等罪行,以及做了坏事还要自我标榜的人,都要处以死刑。^①在《尚书·大禹谟》里,还记载了夏禹同皋陶有关法律问题的一段对话:

帝(夏禹)曰:“皋陶,惟兹臣庶,罔或干予正。汝作士(法官),明于五刑,以弼五教,期于予治。刑期于无刑,民协于中,时乃功。懋哉!”

皋陶曰:“帝德罔愆,临下以简,御众以宽,罚弗及嗣,赏延于世。宥过无大,刑故无小。罪疑惟轻,功疑惟重。与其杀不辜,

^① 《左传·昭公十四年》引《夏书》曰:“昏、墨、贼,杀,皋陶之刑也。”