

法苑談往

FA
YUAN
TAN
WANG

上海书店出版 洪丕谟著

SHANGHAI SHUDIAN



(E/A/107)

法苑談往

卷一
卷二
卷三
卷四



上海书店出版社 伊正编辑

ISBN 7-309-04000-0

责任编辑：刘华庭

封面设计：黄 穗

法苑谈往

洪丕谟 著

上海书店出版

(上海福州路 401 号)

新华书店上海发行所发行

昆山亭林印刷厂 印刷

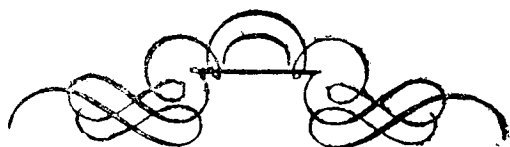
开本 787×1092 毫米 1/32 印张 10.25 220 千字

1991 年 6 月第一版 1991 年 6 月第一次印刷

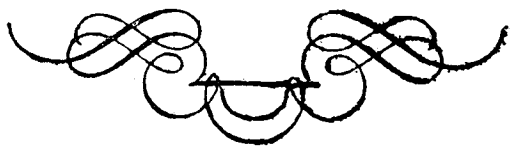
印数 0001—3000

ISBN 7-80569-353-6/K·30

定价：6.00 元



上编 古律纵谈



目 次

上编 古律纵谈

从蚩尤制刑谈法律的起源·····	(1)
我国历史上第一部法典——夏王朝的《禹刑》·····	(4)
引人瞩目的《汤刑》·····	(8)
周公制礼和吕侯制刑·····	(12)
从“礼不下庶人，刑不上大夫”说到西周的司法制度·····	(15)
西周的婚姻、家庭制度·····	(21)
春秋奴隶社会法律的解体和“刑书”、“刑鼎”的制定 ·····	(24)
战国前期新兴地主阶级的立法原则和《法经》的产生 ·····	(29)
秦律和苛酷的秦代刑罚·····	(33)
西汉“德主刑辅”、“礼法并用”儒家立法思想的提出 ·····	(41)
汉代的法律形式及其司法行政长官·····	(44)
各有特色的魏律和晋律·····	(50)
南北朝，我国法律内容发生重大变革的历史时期·····	(54)
承上启下的隋代法律·····	(57)
唐朝立法和审判中的“三司推事”制·····	(60)
《唐律疏议》和《唐六典》·····	(65)

唐代法医检验	(70)
唐王朝的狱规	(78)
唐代考课制度	(84)
滥加刑罚和刑罚酷烈的五代十国法律	(88)
宋代的编敕和成例	(90)
法医“三录”——《洗冤录》、《平冤录》和《无冤录》	(94)
关于辽、金法律	(96)
颇具特色的元代法律	(100)
高度封建集权下明王朝司法制度的怪现状	(106)
明代几部重要的法律典籍	(109)
《大清律例》的制订和清王朝“以例断案”的特色	(115)
帝国主义领事裁判权在中国的确立	(119)
我国宪法史上第一部纲领性文件《钦定宪法大纲》	(122)
太平天国法律概貌	(125)
有关太平天国的法制条规	(129)
中华法系的主要特征	(132)
清初以来的一些法学著作	(135)
历史上几部有影响的判词集	(141)

中编 法苑秘窟

我国封建王朝的中央司法机构	(149)
古代法律的主要形式——律、令、格、式和刑统	(153)
有关笞刑和杖刑	(156)
拶指和夹棍	(160)
大刑伺候可以乱来吗?	(162)
完、髡、城旦、鬼薪、隶臣妾和居作	(166)
“刻肌肤、断支(肢)体”的肉刑	(169)

古代酷刑之最——车裂和凌迟	(172)
后世要求恢复肉刑的呼声和肉刑的死灰复燃	(175)
七杀，古律所载的七种杀人罪名	(178)
六赃，古代的经济犯罪	(180)
禁固犯人的三木、锁禁、钳钐和匡床	(182)
数罪具发和同罪异罚	(187)
诬告、栽赃和反坐	(191)
恭行天罚的秋冬行刑制	(194)
古代的恤刑	(196)
明清会审制度	(200)
古代法官办案的程限规定	(204)
直达圣听的登闻鼓	(206)
赦、赦书和十恶不赦	(209)
奴隶制社会的婚姻家庭制度	(213)
有关封建社会的婚姻立法	(217)
古代缔婚的禁忌	(221)
“五服”制度和“亲亲相隐”	(224)
历史上的避讳制度	(228)
古代户籍制度	(231)
古代的钱法和钞法	(233)
古代军法举例	(241)
几则有关法律的典故	(245)

下编 名案和命案

先秦名案荟萃	(251)
后汉董宣和李膺经办的两件硬案	(257)
唐代冤案昭雪举例	(260)

苏东坡“乌台诗案”	(263)
十五贯冤狱	(265)
木工奇案	(268)
明太祖朱元璋亲自过问的几则案件	(272)
方孝孺灭十族案	(275)
明末宫廷三疑案	(277)
查嗣庭试题和坚磨生诗钞等文字狱	(280)
麻城大冤狱	(284)
和珅跌倒,嘉庆吃饱	(289)
曲折离奇的绍兴少妇失尸案	(293)
淀山湖洋人劫案	(297)
张汶祥刺马案	(300)
并非桃色的“桃色”案件——杨乃武、小白菜冤案	(305)
清末最重大的文字狱案——《苏报》案	(313)

从蚩尤制刑谈法律的起源

我国西周王朝，有个赫赫有名的天子，名叫姬满。姬满是周昭王的儿子，就是嗣位后的周穆王。一次周穆王训导吕侯说：“上古时候，民风淳美，其后由于蚩尤惑乱天下，才把百姓给带坏了。那时跟着蚩尤的一帮子人无不做了盗贼，他们败坏道德，欺诈奸邪，杀人越货，简直无恶不作。由于蚩尤是东方九黎族的首领，日子一久，九黎族的一些百姓养成了傲慢无礼，不服从君命的习惯，社会上乱得不像话。发展到后来，连蚩尤的话都不听从了。为了维持九黎族的基本社会秩序，这时，蚩尤又不得不反过来，用刑罚去制服、约束他治下的百姓，从而创制了五种酷虐的刑罚，名之为‘法’。”（见《尚书·吕刑篇》）

周穆王所说的蚩尤，属于能够呼风唤雨的神话中人物。据传他会造金属兵器，和黄帝战于涿鹿（今河北涿鹿东南）之野，后来兵败被杀。

从本质看，法律是统治阶级意志的集中体现，因此，也只有有了国家，有了统治阶级和被统治阶级，才可能产生法律。如果没有国家，没有阶级，也就无从产生法律。从这一意义说，国家和法律，当是社会发展到一定历史阶段的产物。《尚书》所载关于蚩尤所定的“法”，只是几种对于下民反抗行为的惩罚或刑罚手段，是不可能形成完整的法律条文。

正和世界上其他地区一样，我国最初产生的阶级，是奴隶

主阶级和奴隶阶级；最早形成的国家，是奴隶制国家。《国语·鲁语下》说：“防风氏后至，禹杀而戮（戮）之。”这表明阶级产生后禹部落的权力，已凌驾于其他部落之上并能为所欲为了。再从《越绝书·宝剑记》记载“禹穴之时，以铜为兵（兵器）”。看，又说明那时禹的手中，已经有了一支拥有以铜制作兵器的强有力的武装力量，否则他便不能这样的叱咤其他部落，为所欲为了。《左传·襄公四年》和《左传·宣公三年》中，更有“茫茫禹迹，划为九州”，并且在“九州”设“九牧”以作为每州长官的说法。据传，禹曾制九鼎，以作为国家权力的象征，而这制作九鼎所用的铜，就是由九牧从各自分管的州中征集来的。又如《左传·哀公七年》说：“禹合诸侯于涂山，执玉帛者万国。”据说，涂山就是我们今天安徽怀远县的当涂山。禹能在涂山会合各路诸侯（部落），并且使他们都“执玉帛”以献，可见其在诸侯中的权威。

夏禹死后，部落联盟首领的产生，一反过去的“禅让”制而为王位世袭制——由他儿子启来接替了。这一王位世袭制的产生，在我国历史发展过程中，是一次前所未有的大变革。它表明以“天下为公”的原始氏族公社制社会到此已彻底崩溃，以“天下为家”的奴隶主阶级国家已经正式产生。

随着国家的正式产生，奴隶主阶级为了确保自己的统治地位，除了制定巩固国家政权所必要的种种规章制度，法律自然也就成了必不可少的重要内容。其时，夏朝的奴隶主阶级，为了防止和镇压被压迫奴隶阶级的反抗，开始着手制定法律，这就是《左传》所说的“夏有乱政，而作《禹刑》”。由此可见，《禹刑》代表着夏朝一代的刑法总称，并不能仅仅根据《禹刑》名称而确指为夏禹所作。

由于年代久远，又缺乏原始的实物资料，因此目前对于我

国最早的法律——《禹刑》的探讨，也只有从文献记载中去作有限的开掘。

其实，法律的形成，有着一个从萌生到发展的漫长过程，只是在国家出现以后，这种萌生、发展被加快了进程，并根据统治阶级的意志，以一定的形式把它固定下来，然后再由国家加以颁布，以作为阶级统治的一种工具而已。譬如说，原始部落中某些强制性的行为准则，《尚书》在《舜典》和《皋陶谟》中，就有有关“五礼”、“五典”的记载。如果部落中某些人违反了这些强制性的行为准则，就会分别受到象征性的“象刑”，或者“鞭”、“扑”、“流”等刑的惩罚。此外，传说皋陶“令民皆则（服从）禹，不如言，刑从之”，就更带有法的雏形了。这种行为准则，发展到后来，其中的一部分就正式变成了法律。如果说我国历史上最早的奴隶制国家的形成，是建立在对旧氏族联盟改造基础上的话，那末，我国历史上最早的奴隶制国家的正式法律——《禹刑》的产生，也应该认为是萌生于旧原始部落中某些强制性的行为准则之中的。

我国历史上第一部法典

——夏王朝的《禹刑》

《左传》既有“夏有乱政，而作《禹刑》”的记载，那末，作为阶级镇压的工具，《禹刑》的出笼原因是明白的。后来《唐律疏议》引《尚书大传》又说“夏刑三千条”，其烦琐是可想而知的。

从史籍记载看，作为我国历史上最早的奴隶制国家法律《禹刑》，理所当然地成为我国有史以来第一部法律。然而，由于资料奇缺，我们在对《禹刑》作进一步探讨时，就难免遇到不少困难。好在《禹刑》既是夏朝法律的总称，那末举凡史书上有关夏朝法律的一些零星记载，我们不妨暂且都把它归入《禹刑》的名下。从这些零星记载看：

使我们首先知道，夏代的法律注重天罚神判。夏代统治者认为，“有夏服（受）天命”（《尚书·召诰》），既然君权是天授的，那么，对于治理天下的刑罚，也就自然是天降的了。《尚书·甘誓》说：“有扈氏威侮五行，怠弃三正（正朔大典）。天用剿绝其命，今予惟恭行天之罚。”说明夏启在镇压有扈氏的反叛中，打的是“天之罚”的旗子。为什么这种镇压也是一种“天罚”呢？原来古代兵刑不分，所以《书》云：“天讨有罪”。《尚书·甘誓》又说，夏启在甘（今陕西户县）讨伐有扈氏的军事行动中还发布法令说：“左不攻于左，汝不恭命；右不攻于右，汝不恭命；御非其马之正（治），汝不恭命。用命，赏于祖；弗用命，戮于社。”其中所说的“祖”，指的是宗庙的神位；所说的“社”，指

的是社稷的神位。古代天子御驾亲征时，按例要用斋车载着庙主和社主一起出征，以表示代替祖宗社稷讨伐不道。凡是将士“用命”（效命，卖命）作战的，就在宗庙的神位前进行奖赏；“不用命”作战的，就在社稷的神位前加以杀戮。这种在“祖”、“社”前所进行的赏罚，又多少带着点代神行判的味道。

其次，夏代刑罚除了死刑，纯行肉刑。既然《尚书大传》有“夏刑三千条”的说法，那末，这三千条究竟是些什么内容呢？对此，汉代郑玄在《周礼·秋官·司刑》中作注认为：“大辟二百，膻辟三百，宫辟五百，劓、墨各千条。”凑起来的总数正好是“三千条”。其中所谓“大辟”，就是死刑，其他如膻辟、宫辟、劓、墨等，分别指的是凿去膝盖骨，切除性器官，割掉鼻子，脸上刺字等。

夏刑中有关惩治“昏、墨、贼”的条款，也很引人注目。《左传·昭公十四年》引《夏书》说：“昏、墨、贼杀，皋陶之刑也。”皋陶是古代东夷族的首领，相传禹在位时，皋陶被推举为继承人，因他先禹而死，禹才又举伯益为接班人。禹死“三年之丧毕”，伯益便让位于禹之子夏启了。这里，对于“昏、墨、贼”三罪的解释，《左传》的说法是“己恶而掠美为昏，贪以败官为墨，杀人不忌为贼。”凡是犯了这三条罪名的，按照夏禹时的“皋陶之刑”，都是要处死刑的。

使人感兴趣的是，早在夏朝或夏以前，就已有了赎刑的做法。我国赎刑制度起源极早，《尚书·舜典》有所谓“金作赎刑”的传说，在同书《吕刑》篇中，更有“(周)穆王训夏赎刑”的明确记载。对于后者，孔安国的传注是：“吕侯以穆王命作《书》，训畅夏禹赎刑之法，更从轻以布告天下。”《尚书·吕刑》记载西周时犯有墨、劓、剕、宫、大辟等罪的人，只要是罪有可疑的都可赎免，可惜对于夏代的一些赎免情况，只字未提。

“罪莫大于不孝”，也是夏刑的一个重要方面。《孝经·五刑章》说：“五刑之属(类)三千，而罪莫大于不孝。”按照章太炎《孝经本夏法说》的认识，和古人的看法是一致的，都是认为夏代是崇尚孝道的，因此当时不能容忍不孝行为原是很自然的。此后，历代统治者就把崇孝作为统治人民的重要手段之一，历数千年而不衰。

与此同时，从夏刑起，我国已有了自然资源保护法的萌芽。《逸周书》记载：“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。”那时虽说地广人稀，可是对于自然资源的保护以维持生态平衡，早就十分重视，并把它提到议事日程上来了，尤其是春天三月的禁止入山采伐木材，还牵涉到我们今天所说的环境保护法。

“与其杀不辜，宁失不经”的慎刑原则，体现了夏王朝统治者立法原则和实践过程中的一个侧面。这句话的含义是，在无法弄清犯罪事实的前提下，如果把犯人杀了，难免会有错杀的可能；如果把犯人开脱释放，则又难免放走真正有罪的人。当处于这种进退两难的境地时，法官与其错杀无辜，倒还不如担起不依常规办事的责任来。从总的方面看，“夏刑三千条”，都是死刑和肉刑，极其残忍。可以想见，冤死的奴隶，自然白骨成堆了。而当时这一为后世传诵的办案原则的产生，多少地反映了司法官们不忍滥杀无辜的良心。

从“帝芬作圜土”一语看，自夏王朝起，我国开始有了地地道道的监狱设施。《竹书纪年》所载：“夏第八王帝芬作圜土。”所谓“圜土”，就是用土垒成以囚禁犯人的圆形土牢，《史记·夏本纪》中，有“夏桀乃召汤而囚之夏台，已而释之”的记载。“夏台”也称均台，其地在今河南省禹县城南，那就是夏代监狱的所在地了。

此外,据《荀子·君道》说,夏朝的“政典”中又有“先时者杀无赦,不逮(及)时者杀无赦”的条款。政典不只是管行政法的,条款中对官吏办事有着极为严格的时间要求,如果不遵守规定,不管是“先时”还是“不逮时”,都要处以‘杀’的极刑。

引人瞩目的《汤刑》

《禹刑》以后，作为早期法律的一种——《汤刑》也颇引人瞩目。

商承夏后，当时的统治阶级，仍然保持了以血缘为纽带的氏族家长制传统，为了维护和巩固其贵族统治的家天下，他们在颂扬先祖的功德时，总爱把先祖和上帝捏在一起，《诗·商颂·长发》说：“有娥方将，帝立子生商。”这种做法的好处是，一方面有利于把商族内部的奴隶主阶级团结在一面旗帜下，另一方面又有利于对被统治阶级的奴役和控制。

既然商王朝是秉承天意统治天下的，因此在成汤讨伐夏桀并取而代之时，也就堂而皇之地打起了“有夏多罪，天命殛之”的旗子。此后，有商一代的君王在处理日常事务时，也都要事先请问上帝和鬼神，然后再决定是否行事。在这种天意幌子的掩蔽下，为了有效地镇压奴隶阶级的反抗，商代的刑罚更是十分残酷的。相传“殷有乱政，而作《汤刑》”，可见《汤刑》原是为镇压“乱政”而出台的。《史记·殷本纪》载，商汤长孙“帝太甲既立三年，不明，暴虐，不遵汤法，乱德，于是伊尹放之于桐宫”，说明早在殷商初年，就已制有所谓“汤法”的法律条规了。尔后又经过好多年代，于“祖甲二十四年，重作《汤刑》”（《竹书纪年》），所谓“重作”，就是在原有“汤法”基础上的重新制订，后来大致在整个商代都沿用了《汤刑》。

《汤刑》和《禹刑》一样，早已佚失不存，因此如要了解商代法律的大致情况，也只能从史籍的零星记载中去探索了。综其大要，约有以下几个方面。

首先是商承夏法。《荀子·正名》说：“殷因于夏礼，所损益可知也。”商承夏的法律而有所“损益”，这与夏、商奴隶主阶级在对待奴隶上的基本利益一致有关。西汉董仲舒曾经说过：“殷人执五刑以督奸，伤肌肤以惩恶。”这与奴隶制社会以“肉刑”为主的特征，是一脉相承的。

常以占卜来请示天命，决定用刑与否，是商朝法律的一个重要特色。前面曾说夏代刑法崇尚“天罚神遣”，而笃信鬼神迷信的殷商统治者当然有过之无不及了。由于殷商时占卜之术相当发达，所以常以占卜请示天命，而决定施刑与否。曾有一片甲骨卜辞这样写道：“贞，王闻王惟辟；贞，王闻惟辟。”这样，受刑者，也认为是天意如此，只得听凭奴隶主的宰割了。

商王朝在发展奴隶制酷刑方面，更是骇人听闻。奴隶主在“天罚”幌子的掩蔽下，为所欲为。据说，商王盘庚在迁殷时，曾颁布这样一条法律：“乃有不吉不迪（行为不善），颠越不恭（违法放肆），暂遇奸宄（曲伪诈巧），我乃剿殄灭（灭绝）之，无遗育（连后代也杀掉）。”纣王时，除了法律规定的五刑，还动辄对手下施以炮烙、剖腹、剖心、醢脯（把人剁成肉酱）等极刑。据甲骨文记载，殷时还有一种把人放入大白里面，用杵来捣死的酷刑，真是名目繁多。而《韩非子》所载的“殷之法，弃灰于公道者断其手”，虽亦骇人听闻，可与上面种种酷刑比较起来，该算是轻的了。

若说商代法律尚有值得后人借鉴的地方，即是对于“官刑”的制定。据《史记·夏本纪》说，从夏朝后期的孔甲起始，“好方（效法）鬼神，事淫乱”。因为古代歌舞本是神巫的事，因