



当代社会科学文库

弱者权益保护理念与 制度的嬗变研究

苗春刚 著



对外经济贸易大学出版社

University of International Business and Economics Press



当代社会科学文库

中央高校基本科研业务费专项资金资助（资助号：13MR118）

河北省教育厅人文社会科学研究指导计划项目支持（资助号：
SZ131003）

弱者权益保护理念与 制度的嬗变研究

苗春刚 著

对外经济贸易大学出版社

中国·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

弱者权益保护理念与制度的嬗变研究 / 苗春刚著

—北京：对外经济贸易大学出版社，2015.10

(当代社会科学文库)

ISBN 978-7-5663-1495-6

I. ①弱… II. ①苗… III. ①边缘群体-权益保护-研究-中国 IV. ①D923.84

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 251808 号

© 2015 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

弱者权益保护理念与制度的嬗变研究

苗春刚 著

责任编辑：胡小平 胡晓雪 伍爱凤

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 10 号 邮政编码：100029

邮购电话：010-64492338 发行部电话：010-64492342

网址：<http://www.uibep.com> E-mail：uibep@126.com

北京九州迅驰传媒文化有限公司印装 新华书店北京发行所发行

成品尺寸：170mm×240mm 10.25 印张 163 千字

2015 年 10 月北京第 1 版 2015 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5663-1495-6

定价：42.00 元

前 言

弱者是人类社会中的一个特殊群体，对弱者的态度关乎社会的文明发达与否。弱者保护的思想在我国法制文明发展过程中源远流长。

中国古代传统文化中蕴蓄着弱者群体保护的重要思想。古代先哲的人本主义思想和“仁爱”学说是古代弱者权益保护的伦理基础。人本主义思想关爱人、重视人的生命，这一思想在先秦时期就已萌芽，历经汉唐、宋元明清时期进一步成熟，从而构建了封建社会体系下的弱者保护伦理体系。在古代中国确立的“礼法合治、德主刑辅”的治国模式下，弱者权益保护有着充分的发展空间，并建立了一系列诸如保护老幼妇残的制度。

到了近代，社会本位的立法思潮使得法律更多地关注社会公共利益，关注弱者权益的保护。在这一立法思想的指引下，有了中国第一部系统的《社会救助法》，同时在具体的部门法中开始关注弱者保护的法制化。但遗憾的是，立法理念和法制实践的巨大脱节使得现实的弱者保护举步维艰。

当代和谐社会视野下，弱者权益保护有了更充分的发展空间，在理念和制度上更加趋于完善。2002年朱镕基总理在《政府工作报告》中首次明确提出“要对弱势群体给予特殊的就业援助”，政府随后相继出台了一系列保护弱者的立法和制度。

当前，关于弱者权益保护的文章和专著虽然已经比较多，但对弱者权益保护理论演变的关注很少，从法律体系的演变与弱者保护的关系上研究的文章更是空白；基于此，笔者以期通过对弱者权益保护理念与制度嬗变的描述，论证中国自古具有重视弱者权益保护的立法传统，并从历史研究的视角为当代的弱者权益保护提供立法借鉴。全书内容主要围绕古代、近代、当代三个时期的弱者权益保护理论与实践问题展开，内容共分六章。

第一章主要介绍古代仁政思想与古代多元化的法律体系。自思想家孔子创立仁学以来，仁学理论不断发展成熟，并伴随着儒家思想作为封建正统思想地位的确立，成为封建王朝实行仁政的思想基础。在该章中，笔者

花大量篇幅重点梳理了古代法律体系的演变，试图从演变中找寻法律体系变化的动因，探寻其与古代弱者保护需求的内在关联。古代法律体系在历史演进中，历经“礼刑时代”、“律令时代”、“律例时代”三个时期，其演进体现了对复杂多变的社会关系的呼应。从弱者保护的实体法视角来看，古代多元化的法律形式、对法律稳定性和灵活性的双重诉求的回应，迎合了弱者保护的需求。

第二章主要介绍仁政思想指引下的弱者保护实践。在仁政思想指引下，古代统治者认识到单靠刑罚无法实现国家治理，开始慎刑恤狱。仁的思想成为历代统治者恤刑的精神支撑。自汉文帝废除肉刑开始，一系列诸如死刑复核制、会审制度、录囚制度等限制刑罚的举措纷纷出台。同时政府基于仁政考虑从国家层面强化了对灾民的救助，施粥等一系列保护制度逐渐体系化。

第三章主要阐述近代的弱者保护思想演变。中国近代是社会思想重要的历史转型期和新思想重塑期。清末变法修律运动中，以沈家本为代表的修律人把中国社会传统的仁政思想和西方近代的权利保护理论相结合，发展了近代对弱者保护的仁政思想。民国政府建立后，迎合当时世界社会本位的立法思潮，在弱者保护上强化了政府干预的责任。虽然当时对于社会本位的立法思潮是否属于超前立法、是否适宜有很大的争议，但社会本位下国家责任的强化对于弱者保护确实具有重要的积极意义。在社会本位立法思潮的作用下，民法典强化了对弱者的保护，同时制定了《社会救助法》等一系列保护弱者的法律。

第四章主要介绍近代的弱者保护实践。伴随着中国法律的近代化进程，法律从传统的诸法合体走向诸法分立，立法走向专业化。在社会本位立法思潮的影响下，不仅出现了《社会救助法》等专门的弱者保护法律，而且具体的近代部门法也开始关注弱者群体的保护。其中较为典型的是民法典中有大量的弱者保护关联条款等。

第五章主要介绍当代的弱者保护理论与实践。在中国特色社会主义法律体系下，不仅专门的社会救助法律逐渐成型，在具体的部门法中弱者保护也蔚然成风。民法、消费者权益保护法、劳动法等一系列法规都强化了对特殊弱者群体的保护。

第六章主要是对弱者保护的一些具体问题的思考，用英文撰写，内容

涉及三方面，包括社会保障理念在中国的演变，工伤保险与侵权责任请求权的竞合，反垄断法与消费者权益保护等问题。

在理解、把握弱者权益保护理念和制度的演变中，有两个问题需要特别关注。其一，关于弱者权益保护的理念，应认识到数千年中华文明史中一直都有对弱者的关切。古代民为邦本，礼法合治、德主刑辅的治国理念体现了一种传统的仁政理念，对于当今仍具有现实意义。近代法律转型非一蹴而就，清末变法修律贯穿着近代的仁政思想，民国时期法律则带有这一时期的社会本位的立法理念，对于当今建立现代的社会救助法律体系具有直接的影响。当代和谐社会视野下，伴随着城乡一体化的进程，弱者保护理念和制度走向体系化。其二，要认识到，基于我国复杂的国情，古代的法律体系具有多元化的色彩，在法律形式的发展演变中不断走向成熟。多元化的法律形式，迎合了社会关系复杂多变的需求，对于传统的弱者保护具有积极的意义。多元化的法律形式，辅之以统一理念指导下构建的法律体系，表明我国传统法律是回应型法律，在当代的法律体系建设中具有积极的导向作用。

弱者权益保护理论和制度的演变研究，从整体上说属于实体法和法制史理论的综合。在写作之前，笔者也进行了相关研究，整理了大量资料。本书的写作建立在此基础上，属于华北电力大学中央高校基本科研项目的最终成果。虽然，在写作过程中笔者花费了大量心血，但由于水平有限，仍存在许多不足；由于资料的欠缺，相关的写作略显单薄，需要在后续研究中加以完善。

目 录

第一章 仁政理论与多元化的法律体系	(1)
第一节 古代仁学理论的萌芽与成熟	(1)
第二节 礼刑关系的融合发展	(5)
第三节 律令法体系的发展沿革	(10)
第四节 律例法的沿革	(19)
第二章 仁政理念指导下的弱者保护	(33)
第一节 仁政理论影响下的传统法律	(33)
第二节 中国古代弱者保护制度的形成	(35)
第三节 孝道在古代中国的嬗变——弱者保护的视角	(38)
第三章 近代弱者保护理论的成熟	(43)
第一节 近代转型中的仁政理论	(43)
第二节 中国近代法律的转型	(46)
第四章 近代弱者保护制度的实践	(57)
第一节 近代弱者保护制度的构建	(57)
第二节 雇主责任制度的演变——弱者保护的视角	(69)
第五章 当代弱者保护理论与实践	(83)
第一节 当代弱者群体保护思想	(83)
第二节 当代弱者保护实践	(86)
第三节 人本主义思想指引下的劳动者权利保护研究	(95)
第六章 弱者保护前沿问题探讨	(107)
On Legal Concurrent of Industrial Injury Insurance and Civil Tort and Related Legislative Ideas	(107)
The Improvements of the Employee Dispatching by Rule of Law	(114)

2 / 弱者权益保护理念与制度的嬗变研究

Legal Regulation of Anti-monopoly Law to Energy	
Prices Marketization	(123)
The Legislative Idea and System Establishment of	
China Social Security	(128)
参考文献	(137)

第一章 仁政理论与多元化的法律体系

第一节 古代仁学理论的萌芽与成熟

“民本”和“仁政”思想是中国古代人本主义思想的核心概念，代表着传统社会的政治文明。人本主义，是中国古代法制与法文化的哲学基础，是中国古代法文化与西方法文化相比的突出特点。但人本主义思想的形成并非一蹴而就，而是经历了长期的发展过程，在各家流派的争辩中形成。“凡思想皆应时代之要求而发生，不察其过去及当时之社会状况，则无以见思想之来源”。〔1〕梁启超先生对思想社会土壤的表述，能恰如其分地反映礼刑时代“仁学”的发展根基。

一、古代仁学思想的形成

夏商时期，由于生产力水平低下，占统治地位的主流意识是以信奉“天帝”为主要内涵的天道观，倡导天命、天罚思想。商朝统治者认为天命是权力的来源，在人间对臣民代天行罚。但由于商纣王统治的残暴，商被小邦周推翻。这一历史事件标志着天道观的动摇，使得继起的以周公旦为代表的周王朝的统治者，在思想上发生重大变化，认为“天不可信”、“皇天无亲，唯德是辅”，因而提出以德配天，明德、敬德保民的思想，希望借此维护周王朝的统治。西周统治者将天命与民心连接在一起，宣扬“民之所欲，天必从之”，从而将获知天命的途径从殷商时期的鬼神转移到民心的向背上。在思想领域，鬼神与民心的博弈中，统治者开始重视民心向背的作用，意味着古代人本主义思想的萌芽，并在对人的作用 and 价值的不断肯定的过程中逐渐成熟。综上，西周时期，伴随着神权观的动摇，仁

〔1〕 梁启超：《先秦政治思想史》，北京：中华书局、上海书店联合出版，1986：9。

的思想已经产生。但当时仁的思想主要强调对身边有血缘关系的亲人的爱。西周是实行以宗法等级制为基础的社会，注重宗族成员间关系的维系。宗族成员间的亲密关系，反过来又会进一步巩固封建的家族关系，扩大仁的适用。

春秋战国时期，以西周的礼为基本规范的社会秩序倒塌，“礼崩乐坏”的社会大变动，进一步彰显了民心向背对国家兴衰所起的决定性作用。到郑国大夫子产执政时，已经把人道与天道截然分开，提出“天道远，人道迩，非所及也，何以知之”的论断。这一思想代表着古代对天道与人道认识的升华，进一步把人从“以德配天”的思维方式中解脱出来，激发了人的理性的自觉性。

纵观先秦时期，中国古代的重民思想，经过儒家的升华，终于形成以人为本的价值观，其成熟的标志是儒家思想中“仁学”的创立。以孔子、孟子为代表的儒家学派推崇人治，以“仁”治国。

其一，春秋战国战乱年代，仁学理论倡导对人的生命价值的尊重。

孔子提出“仁者，爱人”，充分肯定人的地位与尊严。孔子说：“克己复礼为仁。”（《论语·颜渊》）仁者应有忠恕之道。“己欲立而立人，己欲达而达人”（《论语·雍也》）、“己所不欲，勿施于人”（《论语·卫灵公》），孔子对仁的思想的阐释更多地从人际关系、伦理精神出发，在某种程度上更是一种为人处世准则。孟子则把忠恕之道延伸到治国理政的理念上，“得天下有道，得其民，斯得天下矣。得其民有道，得其心，斯得民矣。得其心有道，所欲与之聚之，所恶勿施尔也。民之归仁也，犹水之就下、兽之走圯也。”（《孟子·离娄上》）

春秋时期，思想活跃，对人性争论不绝于耳。“性善论”的倡导者孟子曰：“人皆有不忍人之心。先王有不忍人之心，斯有不忍人之政矣。以不忍人之心，行不忍人之政，治天下可运之掌上。所以谓‘人皆有不忍人之心’者，今人乍见孺子将入于井，皆有怵惕惻隐之心，非所以内交于孺子之父母也，非所以要誉于乡党朋友也，非恶其声而然也。由是观之，无惻隐之心，非人也；无羞恶之心，非人也；无辞让之心，非人也；无是非之心，非人也。”（《孟子·公孙丑上》）其将孔子仁者爱人的主张具体化为“亲亲而仁民，仁民而爱物”的现实政治主张，创立统治者应奉行“仁政”的学说。综上所述，孔子对仁的思想的解读，亲近的范围扩大了。仁

者爱人，其所爱的并非是单纯身边的近亲属，其爱为大爱，是对生命的进一步尊重。孟子是中国古代“重民”思想的倡导者，其宣扬“民为贵，社稷次之，君为轻。是故得乎丘民而为天子，得乎天子为诸侯，得乎诸侯为大夫。”（《孟子·尽心下》）孟子重视民众的力量和价值，在天与民的关系上，进一步提出“天视自我民视，天听自我民听”。

其二，战乱年代，仁学倡导少杀、慎杀，反对滥杀无辜。

战国时期，诸侯争霸，各诸侯国为增强自己的实力，依靠残酷的刑罚维护统治。当时，法家重刑主义思想盛行，以商鞅为代表的法家学派极力夸大刑罚的作用，成为当时被统治者争相采纳的治国理念。

孟子则针对时弊，提出了“省刑罚”、反对滥用死刑的主张。首先，他希望减少刑罚的适用，主张实行“仁政”治平天下。为此，他劝告各国国君不能轻率地使用死刑，认为“行一不义，杀一不辜，而得天下，皆不为也”。适用死刑，一定要广泛听取民众的意见。“左右皆曰可杀，勿听；诸大夫皆曰可杀，勿听；国人皆曰可杀，然后察之；见可杀焉，然后杀之。”只有少用刑罚、慎用死刑的国君，才“可以为民父母”，而滥用刑罚、暴虐百姓的国君，本身就会被杀，国家也会灭亡。孟子极为重视民众的力量，反对残暴国君的统治，认为士大夫可以背叛“无罪而杀士”的国君，士可以离开“无罪而戮民”的诸侯，臣下可以讨伐残暴民众的君主。

战国时期儒生荀子开创了儒法合流的先声。荀子主张性恶论，主张改造人的刑“性恶”，应首先采用礼义教化的方式，在教化无效时，才使用刑罚去惩治。他既反对“不教而诛”，也反对“教而不诛”，这一思想与孔子反对“不教而杀”的德治思想既有区别又有联系。孔子反对不进行教化就使用刑罚的统治者，称“不教而杀”是一种暴虐的统治方式。孔子认为，好的统治者治理国家，可以通过长期实行道德教化的方式，克服残暴行为，免除刑杀手段，即所谓“善人为邦百年，亦可以胜残去杀矣”。孔子还希望通过长期的道德教化，使社会充满“礼让”和“仁爱”精神，从而达到无讼的境界。孔子提出的“胜残去杀”观点和“无讼”观点，成为儒家“以德去刑”思想的理论根据。从这一意义上讲，荀子先教后罚的思想继承了孔子反对“不教而杀”的德治思想，但进一步指出了“教而不诛”的社会危害性。先教后罚的思想为后世儒家所继承和发扬，形成了“礼者禁于将然之前，法者禁于已然之后”的思想。

其三，仁学思想蕴含了对弱者保护的因子。

孔子在《礼记·礼运篇》中描述了心目中的“大同社会”，“大道之行也，天下为公，选贤与能，讲信修睦。故人不独亲其亲，不独子其子；使老有所终，壮有所用，幼有所长，矜寡孤独废疾者，皆有所养。男有分，女有归。货恶其弃于地也不必藏于己，力恶其不出于身也不必为己；是故谋闭而不兴，盗窃乱贼而不作，故外户而不闭，是谓大同。”孔子对大同社会的憧憬，蕴含了对老幼、鳏寡孤独者的关照，是一种真正的仁者爱人。

继承孔子仁学思想的孟子进一步宣扬德政，要求君主治理天下应以民为本，关注底层弱者民众的疾苦。《孟子·梁惠王下》中孟子在解释“王政”时曰：“昔者文王之治岐也，耕者九一，仕者世禄，关市讥而不征，泽梁无禁，罪人不孥。老而无妻曰鰥，老而无夫曰寡，老而无子曰独，幼而无父曰孤。此四者，天下之穷民而无告者。文王发政施仁，必先斯四者。诗云：‘哿矣富人，哀此茆独。’”这段话能较为清晰地诠释孟子对仁政的理解，也从另一侧面反映了儒家学者眼中对弱者权益的理解。

二、古代仁学理论的发展

汉代以后，儒生董仲舒“罢黜百家，独尊儒术”思想被汉武帝采纳，儒家思想成为中国古代文化的主流。在学术传承上，董仲舒融合了阴阳家、法家等各学派的观点，提出“天人合一”、“家国相通”的理论，从维护封建社会的纲常伦纪的角度提升人的法律地位。在仁学发展上，董仲舒初步建立了仁和天的关系，天人合一理论提升了人的地位。整体而言，汉代的仁说思想，以仁者爱人为出发点，且更重视仁的实践意义，故强调仁是对他人的爱，突出了他者作为政治实践对象的重要性。^{〔1〕}仁说在汉代的突破，与当时汉代的政治形势紧密关联。汉代，儒生董仲舒适应汉武帝加强中央集权、实现思想大一统的需要，改造儒家思想，使其成为汉代的统治思想；倡导引经决狱，在汉代的司法实践中利用儒家经典《春秋》等断案，儒家仁的学说在国家的政治生活中得以贯彻。

宋代，程朱理学兴起，提出“存天理，灭人欲”等主张，从更高的哲

〔1〕 陈来·仁学本体论·北京：三联书店，2014：17。

学角度探讨对人的法律地位的重视。理学家朱熹作为南宋理学的代表，以“仁”定义天地之心，“仁是天地之心，而天地之心惟主生成”。其仁学内涵包含宇宙之仁和人心之仁。宇宙之仁思想强调把“生”引入仁的概念，生是仁的基础，仁是爱的人性根据，从而把人性与天道相沟通；人心之仁则强调仁包含四德，仁为心之理，爱之德。通观朱熹仁学思想，虽然把人道提升到了天道的高度，提升了对人伦的关怀境界，但却忽视了人的创造性。明朝理学家王阳明进一步发展了仁学思想，提出了万物一体的仁学思想，主张仁者以天地万物为一体，不仅是主观的境界，天地万物与人本来是一体，在存在上即原来一体，这种一体是基于气的存在的一体性，所以万物相通一体。^{〔1〕}

综上所述，儒家人本主义思想经过历朝的发展，最终形成了影响中华民族的人本主义传统。这一传统使得中国社会减少了宗教神秘主义的束缚，具有一定的积极意义。在人生观上，人本主义要求人既要入世，又要出世，要以积极务实的态度关注人生的价值。与西方宗教兴盛不同，中国古代的人本主义更多的是探求现实世界问题的解决，对鬼神多采取回避态度。孔子主张：“未知生，焉知死”、“未能事人，焉能事鬼”，这些思想显示出了儒家对鬼神的怀疑及解决现实世界问题的动力。在人与自然关系上，人本主义要求在天人合一的关系中，注意发挥人的主观能动性，实现人与自然的和谐共处。

第二节 礼刑关系的融合发展

在人类法律发展史上，关于法律样式的选择，从终极意义上讲，有制定法和判例法的划分。但从法律发展的阶段性来看，一个国家的法律体系不可能是单纯的制定法或是判例法式，大多数情况下是两种法律样式的综合。从某种意义上讲可以称之为混合法系。^{〔2〕}

夏商周时期，由社会生产力的发展水平和人的认知水平所限，法律形式的发展呈现出多样性的特征，奠定了中国初步的混合法法律体系。这一

〔1〕 陈来·仁学本体论·学灯，2015（33）。

〔2〕 武树臣·中国古代法律样式的理论诠释·中国社会科学，1997（1）。

时期，法的规范形态呈多样化，是具体的法律规范和具有一定的强制性的礼的规范的综合。正如武树臣所论述，中国的“混合法”在法律实践活动中表现为成文法（制定法）与判例制度的有机结合，在社会生活中表现为法律规范与非法律规范（道德习俗）的结合。^{〔1〕}

多元化的法律形态以及相互作用，构成了先秦时期法律体系的鲜明特征。在这一体系下，法的规范和礼的规范不断融合，成文法和判例法相互作用。

一、礼法制度的形成与发展——夏商

礼作为一种礼节仪式和风俗习惯，在原始社会末期就已产生，最早与祭祀活动紧密关联，是古人祭神求福的仪式活动。礼（礼），繁体为“禮”。在《说文解字》中解读为：“豊，行礼之器也。从豆象形，读与礼同”；“豊，豆之丰满者也，从豆象形。”“豆，食肉器也。从口象形”。^{〔2〕}“豊”为“禮”的本字，其甲骨文像在高脚盘（豆）中盛放着玉器以奉神神祇。古人以通灵玉器敬祭神灵以求福，故而，奉神祇之事谓之“禮”。徐灏注笺《说文解字》说：“礼之言履，谓履而行之也。礼之名，起于事神。”《礼记·礼运》称：“夫礼，必本于天，肴于地，列于鬼神”。《史记·礼书》也说：“上事天，下事地，尊先祖而隆君师，是礼之三本也。”

但中国古代礼的阶级化、国家化则始于夏商。夏礼的内容由于史料的匮乏，无法考证清楚。但在《论语·为政》篇中，有“殷因于夏礼，所损益，可知也”的论述，《礼记·礼器》中也记载“三代之礼一也，民共由之，或素或青，夏造殷因”。由此可以说明夏朝有礼的规范，并且对商朝的礼产生了深远的历史影响。

有夏一朝，作为第一个奴隶制国家政权，不仅礼的规范国家化，而且出现了最早的刑事法律规范。礼、刑两种社会规范的出现，为礼刑关系的发展提供了契机。《尚书·甘誓》中记载：“用命，赏于祖；弗用命，戮于社”，恰恰表明了礼和刑合流的最早的趋向。^{〔3〕}

殷商时代礼的规范，随着甲骨文资料的整理，可以考据的内容较多。

〔1〕 武树臣：《中国古代法律样式的理论诠释》，中国社会科学，1997（1）。

〔2〕 许慎：《说文解字》。

〔3〕 张晋藩：《中华法制文明的演进》，北京：法律出版社，2010：40。

同所有的早期人类一样，殷人非常迷信，大至祭祀、战争，小至疾病、梦幻，都要用甲骨占卜，并将占卜的结果记录在甲骨上。^{〔1〕}伴随着祭祀的发展，商朝形成了较为完备的祭祀制度。殷商迷信鬼神，重视祭祀，有着特殊的内涵。《礼记·表记》记载：“殷人尊神，率民以事神，先鬼而后礼”。殷人祭礼，在帝祖合一的时代，祭神就是祭祖，祭祖又是祭天，祭祖、祭天，意味着祈天而永命，让已经到手的王位、社稷永远牢固地保存下去。这就是殷统治者融礼与祭祀为一体的真正用意。^{〔2〕}《左传·成公十三年》谓：“国之大事，在祀与戎”，表明以祭祀为主要形式的殷礼对人们的行为方式确有着规范、训诫的作用。《礼记·曲礼上》说：“卜筮者，先圣王之所以使民信时日、敬鬼神、畏法令也。”表明殷商通过祭祀占卜的形式进行神明裁判的根本目的在于让老百姓畏法令，实现“以教民侍君”（《国语·周语上》）。

商朝在神权法思想的指引下，进行了较为复杂的立法工作。商代的法律形式，主要有典、誓、令三种。在这些法律形式中，典是大法，是主要的法律形式，誓、令和其他单行形式则是其补充。^{〔3〕}商朝初年制定的《汤刑》，又称为“汤之典刑”，作为商朝的基本法律，适用于整个商朝。此外，商朝初年还针对当时的社会形势制定了《官刑》，具有针对特定对象专门立法的属性。据文献记载，商朝还有“弃灰之法”的单行法律。^{〔4〕}作为商朝法律形式的誓和令，则具有夏朝延续的军法（兵法）的属性。礼刑关系发展到商朝，伴随着奴隶制文明的进步，关系日趋紧密。在礼的统摄下，商代的刑罚亦表现出细密化、规范化的趋向。^{〔5〕}

从商朝法律的本质上讲，商代的法律样式是“任意法”。这里的“意”是“神意”和“人意”（即统治阶级意志）的合一。^{〔6〕}商朝的法律具有强烈的神权法特色，是和当时社会生产力水平的低下密切关联的。由于科学知识的匮乏，更由于统治者刻意运用神权法思想强化对社会的统治，商朝

〔1〕 高浣月·夏商西周的礼与刑·中国法律，1996（1）。

〔2〕 胡留元，冯卓慧·夏商周法制史·北京：商务印书馆，2006：352。

〔3〕 胡留元，冯卓慧·夏商周法制史·北京：商务印书馆，2006：54。

〔4〕 蒲坚·中国法制通史·第一卷·北京：法律出版社，1999：136。

〔5〕 李学功·夏商周三代礼法制度论略·青海师范大学学报：哲学社会科学版，2000（3）。

〔6〕 武树臣·中国古代法律样式的理论诠释·中国社会科学，1997（1）。

占卜活动盛行。在祭祀、审判活动中占卜的盛行，为商王朝的决策活动赋予了更多的神秘性，增强了政权统治的合法性。另一方面，伴随着审判活动的增加，司法官在实践中积累了更多的法律经验，对法律的概括能力增强。从哲学意义上讲，人的主观能动性的提高，使审判活动中理性色彩增强，法官更多地运用既有的法律原则判案，减少对占卜活动的依赖，从而实现了“不疑则不必问卜”。

商朝司法活动中法官主动性的提高，使商朝的法律日益完善，法律原则的增加、司法判例的增多，为商朝的任意法增加了更多的法律限制，从而为西周春秋时期判例法的兴起奠定了初步的基础。

二、礼法制度的完善——西周

西周是推翻了商纣王的暴虐统治建立起来的奴隶制王朝。周初的统治者从商灭亡的教训中，认识到“皇天无亲，惟德是辅”，从而摆脱了夏商两朝单纯的“天命、天罚”的天道观。天道观的改变，使周初的统治者一方面在明德、敬德的基础上，提出“明德慎罚”的思想；另一方面，在对夏商两朝礼的规范整理补充的基础上，制定出一套巩固奴隶主专制王权的典章制度。由于这一工作主要是在周公旦的主持下完成，后人一般成为“周公治礼”，《左传》中有“先君周公制礼”的记载。

周公制礼，既着眼于维护国家的统治秩序，又兼顾规范民众的日常行为，周礼的内容调整着政治、经济、军事、司法、教育、婚姻、家庭、个人言行、风俗习惯、礼节仪式等诸方面内容。西周礼的内容，大致包括吉礼、凶礼、宾礼、军礼、嘉礼五方面，成为维护西周宗法等级制度、继承制度的准则，调整着社会政治、经济和家庭关系。《汉书·礼乐志》记载：“人性有男女之情，妒忌之别，为制婚姻之礼；有交接长幼之序，为制乡饮之礼；有哀死思远之情，为制丧祭之礼；有尊尊敬上之心，为制朝覲之礼。”治丧祭之礼具体分为吉礼和祭礼两种形式。吉礼主要调整祭祀内容，包括祭祀上天、祭祀日月、祭祀宗庙社稷、祭祀先祖等十二种形式。凶礼是主要调整丧葬、灾难相关的一系列礼节，要求在办理这些活动时要求悲伤、忧思。《周礼·春官·大宗伯》记载，“以凶礼哀邦国之忧，以丧礼哀死亡，以荒礼哀凶札，以吊礼哀祸灾，以衽礼哀围败，以恤礼哀寇乱。”可见，周礼中的凶礼包括丧礼、荒礼、吊礼、衽礼、恤礼五种形

式。宾礼体现尊尊敬上之心，要求在朝聘会见时应当礼貌有礼节，包括春见、夏见、秋见、冬见、时见等八种形式。《周礼·春官·大宗伯》：“以宾礼亲邦国：春见曰朝，夏见曰宗，秋见曰覲，冬见曰遇，时见曰会，殷见曰同，时聘曰问，殷覲曰视。”军礼主要用于征伐，要求兴师动众要果毅，包括大师礼（用众）、大军礼（恤众）、大田礼（简众）等五种形式。《周礼·春官·大宗伯》记载“以军礼同邦国”。嘉礼主要用于饮宴婚冠、节庆活动方面的礼节仪式，包括饮食、婚冠、宾射礼等六种形式。

周公制礼的内容，首先体现了对夏殷治礼的继承和发展，《论语·八佾》云：“周监于二代，郁郁乎文哉！吾从周。”一方面周礼继承了夏商两朝的礼的内容，如对鬼神占卜的祭祀等内容；另一方面周礼针对西周的社会特点，不再把礼的规范限定在祭祀时的礼仪制度，而是更多地调整世俗的社会行为规范，如对宾礼和嘉礼的规定涉及宗法、婚姻等现实的社会关系，体现了西周礼仪既重鬼神、又重人事的特点。对鬼神和人事的共同尊重使周礼的规范更加成熟。其次，周礼体现了对西周社会关系、社会观念的呼应，增加的“明德、敬德”内容使礼的内容更具现实性。德和礼在本源上应具有不同的内涵和表现形式，但西周统治者在“以殷为鉴”的思想指引下，认识到商纣王暴虐统治导致国亡的教训，强调统治者要修德、敬德，以德治天下，从而在理论上实现了德和礼的沟通。

周公治礼，建立了一套完整的礼乐刑政的规范体系，调控周朝社会生活的方方面面。《礼记·乐记》中记载：“礼以道其志，乐以和其声，政以一其行，刑以防其奸，礼、乐、刑、政，其极一也，所以同民心而出治道也。”周公治礼的动机和主要目的，就是要以礼典的形式全面确立宗法等等级制度，调控国家的各项活动。

西周社会的法制发展，除了礼的规范日益成熟外，也重视与维护国家统治秩序直接相关的刑律的制定。西周大规模的刑事立法活动主要有两次，第一次是周初制定第一部成文刑书《九刑》。《左传》昭公六年记载：“周有乱政，而坐九刑。”关于《九刑》的具体制定时间和内容，由于刑书已佚失，很难知其详。第二次是西周穆王时期《吕刑》的制定。《吕刑》制定于西周中期，当时周王朝国库财政空虚，社会阶级矛盾尖锐，国力开始衰退，因而《吕刑》在制度设计上便具有了大量的与其时代相呼应的特