

总主编
张晋藩

中国法制通史

本卷主编
涂世虹

第二卷

战国 秦汉

法律出版社

总主编 ▼ 张晋藩

中国法制通史

本卷主编 ▼ 涂世虹

第二卷

战国 秦汉

撰稿人(以撰写章节为序):

- 徐世虹 绪言、第十章——第十四章
- 南玉泉 第一章——第九章
- 张 积 第十五章——第十九章

绪 言

在中国古代法制的形成发展过程中,战国秦汉是重要的奠基阶段。战国各国的法制建设,为秦汉一统帝国的法制提供了充分的选择模式与参考依据;秦汉帝国的法制建设,又为唐乃至明清的法制注入了相当饱满的内容。因此探讨、爬梳战国秦汉时期的法制内容,对于了解把握整个集权制国家社会的法制源流及其特点,具有相当重要的意义。

总览战国秦汉的法制建设,有三个特点令人注目。



地域文化特征深度影响着法律制度的形成。

战国时期,法律制度赖以孕育、滋养的地域文化主要有齐鲁文化、楚文化、三晋文化。齐鲁文化由齐文化与鲁文化构成。齐国

“通工商之业，便鱼盐之利”，^① 商业繁荣，经济发达；君臣思想活跃，心态开放，稷下学宫对诸子学派的兼容并包，为百家争鸣局面的形成提供了殊为罕见的自由空间。发达的经济养成了崇尚功利的价值取向，开放的心态培育了政治改革的内部环境。公元前357年，齐威王即位，不久即任用邹忌为相。邹忌听从稷下先生淳于髡的建议，实施政治改革，修订法律制度，提出了“请谨毋离前”、“请谨事左右”、“请谨自附于万民”、“请谨择君子”、“请谨脩法律而督奸吏”^② 等五条措施。政治改革是集团利益的集中体现，而制定法的产生又是政治改革的重要标志之一。银雀山汉墓所出《守法守令十三篇》，内容涉及刑事、经济、军事诸法，^③ 是齐国法制建设的有力佐证。与齐文化的宽缓阔达、“好议论”而备法制的特征相比，鲁文化则以儒学为宗，体现出好儒备礼、缜密一统的区域特征。这一文化特征也为鲁国的法制刻上了很深的印记。在司法实践中，对于有损德义礼教的犯罪行为，法律的执行甚至会趋同于法家的重刑主义。江陵张家山汉简《奏谏书》记东周鲁国时案例：身着儒服、头戴钹冠且以君子自居的佐丁盗粟一斗，值三钱。鲁国法律规定，盗一钱至二十，罚金一两；过二十到百，罚金二两；过百到二百，为白徒；过二百到千，完为倡。又规定：“诸以县官事谿上者，以白徒罪论之。”“有白徒罪二者，驾（加）其罪一等。”司法官柳下季认为丁“有宵（小）人心，盗君子节，有（又）盗君子学，以上功再

① 《史记·齐太公世家》。

② 《史记·田敬仲完世家》。

③ 吴九龙《银雀山汉简齐国法制考释》，《史学集刊》1984年第3期。

池其上,有白徒罪二”,重判丁完为倡。对此判决,鲁君也表示赞同。^①可见在儒学醇厚的鲁文化区域,法律非但未与儒学呈水火之势,反而还承载起了维护儒学宗义的功能。

楚国地处长江中游,“有江汉川泽山林之饶,……果菘赢蛤,……食物常足。故芘麻媮生,而亡积聚,饮食还给,不忧冻饿,亦亡千金之家”。^②滋生繁衍于楚地的道家学说绵延不绝,民俗“信巫鬼,重淫祀”。^③此一地域文化特征,亦鲜明地反映于楚国的司法制度之中。1987年于湖北荆门包山二号墓发现的楚简,是有关楚国司法程序规定的前所未见的珍贵史料。其中的《受期》篇,为受理各种诉讼案件与记录审理期限的文书。^④据相关简文记载,盟誓是司法机关调查取证的重要程序,^⑤无论证人、犯人,在作证、陈述前均需盟誓,并由司法官员记录在案,以此体现当事人应当履行的法律义务。卜筮盟诅是盛行于楚国的风俗民情,渗透于国家政治、军事大事的决策活动之中。包山二号墓墓主名邵龙,官居左尹,主管过楚怀王时期的司法工作,所以陪葬物中包含了与其司法活动相关的文书简。与此同时,另有54枚卜筮祭祷简与之同葬一墓。^⑥当然这并不能说明司法审判需要依赖占卜定夺,但以

① 江陵张家山汉简整理小组《江陵张家山汉简〈奏谏书〉释文(二)》,《文物》1995年第3期。

② 《汉书·地理志下》。

③ 《汉书·地理志下》。

④ 陈振裕《湖北楚简概述》,《简帛研究》第1辑第4页,法律出版社1991年。

⑤ 相关考释见刘信芳《包山楚简司法术语考释》,《简帛研究》第2辑第21页。

⑥ 湖北省荆沙铁路考古队《包山二号楚墓简牍概述》,《包山楚简》第3页,文物出版社1991年。

向神明宣誓的形式表达“不食言之辞”，^①至少可以见出卜筮占问之风对楚国司法官员的深刻影响。此外从包山楚简所反映的司法程序看，楚国的程序法制定已处于较发达的水准。由此可以推知，受程序法保障的楚国实体法的制定与执行，也应处于与程序法相应的水平线上。公元前390年，楚国令尹吴起实行变法，整顿吏治，革除陋习，唯变法期间的法制建设不甚明了。包山二号墓墓主邵龙活动于楚怀王时期，葬于公元前316年，与吴起变法相隔70余年。这时楚国的实体法与程序法均已建树已久，而且楚怀王时又令屈原制定《宪令》，^②可知楚国的立法活动由来已久。虽然吴起最终惨遭车裂之刑，但变法给楚国未来的政治法律带来了持久的动态影响，法制建设并未因遭受阻力而停止运作。

三晋文化是战国法制得以孕育滋生的最丰腴的母体。三晋地处中原，农耕基础雄厚，商业经济发达，务实功利的社会群体心理，为法家思想的繁衍及制定法的产生提供了广阔的文化背景。春秋末期，这里便产生了颇具影响力与代表性的成文法典。晋文公六年（前631），赵盾“始为国政”，于法制多所建树：“制事典，正法罪，辟刑狱，董逋逃，由质要，治旧洿，本秩礼，续常职，出滞淹。既成，以授太傅阳子与大师贾佗，使行诸晋国，以为常法。”^③此次立法，内容与确立典章，制定刑律，清理积案，追捕逃犯，订立契约，廓清政治，端正次秩，任贤使能，举荐人材相关，行政、刑事、民事、诉讼诸法均有涉及。昭公二十九年（前513），晋国正式公布成文法，执

① 《说文解字注》言部段注。

② 《史记·屈原列传》。

③ 《左传·文公四年》。

政大臣赵鞅、荀寅“遂赋晋国一铁鼓，以铸刑鼎，著范宣子所为刑书焉”。^① 将成文法铸于身分与权力的象征鼎器之上，示之于民，反映了新兴政治力量对法律的迫切需求，体现了依法治国、顺乎潮流的法律意识，从而使晋国被历史地定位于法制发达的先进地区。战国时期，三晋地区发达的法律文化，更为一批法家人物构筑起施展抱负与理想的政治舞台。公元前403年，赵国公仲连实行改革，确立国之常法，是为国律。国律对赵国国力的强盛起到了决定性的作用。公元前355年，韩国著名法家申不害亦启动改革进程，提出以“术”为核心的指导思想，强调因能授官，集中君权，并制定《刑符》以佐治国。“韩用申不害，行其三符，兵不侵境，盖十五年”，^② “终韩子之身，国治兵强，无侵韩者”。^③ 出身韩国的大思想家韩非，更是法家理论的集大成者。他强化君主独裁的理论，指出救弱富强的关键之途在于奉法去私，使法家的改革变法活动获得了有力的理论支持。

三晋文化区域内，魏国的法制建设也取得了令人瞩目的成果。魏文侯、武侯时期，有《宪令》行世。魏国“从宪令行之时，有功者必赏，有罪者必诛，强匡天下，威行四邻”。^④ 魏惠王时又有《大府之宪》，分篇名编纂，收藏于大府之中。云梦睡虎地秦墓出土的魏户律、魏奔命律，制定于魏安釐王二十五年（前252），立法形式为王者之命直接入律。最能代表魏国立法成就的，当然首推李悝的《法

① 《左传·昭公二十九年》。

② 《论衡·效力》。

③ 《史记·老庄申韩列传》。

④ 《韩非子·饰邪》。

经》。《法经》是李悝在魏国实施变革的重要成果之一，是诸国法制建设的集大成者，也是封建刑法典正式确立的重要标志。尽管长期以来，有些著名的外国学者对《法经》的真实提出了质疑，^①但至少在目前我们还找不到可以否定其存在的理由。《法经》在汉代亡佚，很有可能是秦汉律对其吸收消化的结果。这正如魏晋律采摭汉《九章律》后，其律逐渐湮灭一样，后世法典在改造前世法典的基础上完成修订后，旧律遂无存在的价值。

《法经》公布后，深得“少好刑名之学”的卫鞅的推崇。公元前361年秦献公去世，秦孝公即位，下令求贤。卫鞅即携带《法经》入秦，先后两次变法，并将《法经》移植于秦律之中，由此使《法经》成为秦律乃至汉律的胚胎。

以上述各国的立法活动可见，战国时期特征各异的地域文化，深刻影响着本地域的法制建设。脱胎于崇礼重义价值体系的齐鲁之律，可能含有十分鲜明的伦理色彩；颇受楚国巫风熏染的楚律，以向神明盟誓显示了法意的多元；产生于无传统约束的三晋诸国法典，则更充分体现了刑法的功能与价值。各国颇具特色的法制建设及运用实践，共同解释了一个重要的现实，这就是法治兴废与国力强弱密切相关：“当魏之方明立辟，从宪令行之时，有功者必赏，有罪者必诛，强匡天下，威行四邻；及法慢，妄予，而国日削矣。当赵之方明国律，从大军之时，人众兵强，辟地齐、燕；及国律慢，用

^① 如日本学者仁井田望认为《法经》是“后世思想的产物”。说见《中国法制史》第48页，岩波书店1952年。贝塚茂树也认为《晋书·刑法志》有关《法经》的记载，所依据的是三国魏时兴起的律起源说。说见《李悝法经考》，《贝塚茂树著作集》第3卷309页，中央公论社1977年。

者弱,而国日削矣。当燕之方明奉法,审官断之时,东县齐国,南尽中山之地;及奉法已亡,官断不用,左右交争,论从其下,则兵弱而地削,国制于邻敌矣。故曰:明法者强,慢法者弱。”^① 韩非的总结,正是从宏观上概括了战国法制建设与法治实践的实况,揭示了法治的巨大功用。

二

儒法融合并非陡然肇始于汉律,秦律已初露端倪。

秦统一六国后,区域文化趋同于一统文化,秦律成为调整广泛社会关系的规范法式。汉承秦制,《九章律》又以秦律为蓝本修订。但由于秦律脱胎于《法经》,《法经》又取诸各国之法,因此在秦汉律中,依旧可以发现战国法制的影晌。例如在立法权的行使上,秦汉以令补律是常规形式,而此种形式在魏律中已经显现,前述魏户律与奔命律佚文即为明证。又如程序法上,汉律规定“先以证财物故不以实臧(赃)五百以上,辞已定,满三日而不更言请(情)者,以辞所出入罪反罪之律辨告”。^② 这种于诉讼伊始“先以……之律辨告”的程序,在形式上与楚律的盟誓不无相似。特别应当引起注意的是,由于以维护家族伦理为特征的儒家宗法思想与礼义规范的深度浸润,战国法制已经带有明显的伦理纲常印记。魏《大府之宪》上篇规定:“子弑父,臣弑君,有常刑。”^③ 这一律条表明,对于

① 《韩非子·饰邪》。

② 《居延新简》E P T2 2.1。

③ 《战国策·魏策四》。

子、臣侵害父、君的极端行为，魏律将以严刑处罚，不在宽赦之限。君臣父子概念的直接入律，既显示了君权父权的连体运行，也可透视出法律对君主专制与宗族血缘地位的坚决维护。由此看来，儒法两家在维护伦常这点上具有共同的价值观念，非但互不排斥，而且互相融合，礼法成为维护伦常的共同手段。

此种儒法趋同的走向，发展到秦律体现得更为清楚。这至少可以通过以下两个方面得到印证。

其一，在罪名认定上重视伦理犯罪，保护亲权，重惩不孝。在中国古代的政治、伦理思想中，孝是最重要的观念形态之一，它辐射祖宗、父母、夫妇、兄弟、姻亲、朋友、师长、上下诸种社会关系，范围无比广大，成为构成社会网络的最重要的一个结，因此古代法律对不孝罪的认定与严惩，由来已久。《孝经·五刑章》云：“五刑之属三千，而罪莫大于不孝。要君者无上，非圣人无法，非孝者无亲，此大乱之道也。”《周礼·地官·大司徒》：“以乡八刑纠万民，一曰不孝之刑，二曰不睦之刑，三曰不嫻(姻)之刑，四曰不弟之刑，五曰不任之刑，六曰不恤之刑，七曰造言之刑，八曰乱民之刑。”其中首要之刑就是“不孝之刑”。魏律中的“子弑父，臣弑君”为不孝之极，故“有常刑”。魏户律规定赘婿不准立户，不分给田地房屋，即使三代以后允许为官，仍需注明其先辈的赘婿身分。在奔命律中，赘婿的身分与地位被进一步贬低。^①这种对赘婿法律地位的剥夺，所依据的价值观念就是对夫权的维护。展读秦简，也可以清楚地发现秦律对不孝罪的重惩原则。当免老之人起诉某人不孝，要求官府判

^① 律文规定见《睡虎地秦墓竹简》第293、294页

处死刑时,官府则应不受“三宥”之限,立即逮捕不孝者,勿使逃逸。^①此规定的实际执行在《封诊式·告子》爰书中得到了印证:某里士伍甲控告亲生子不孝,请求处以死刑。官府当即捉拿不孝子归案,认定其不孝之罪。^②应当指出,免老之人与父亲指控某人或其子犯有不孝之罪,请求处以死刑的诉讼行为,并不是没有法律依据。江陵张家山汉简《奏谏书》案例,载有秦律对不孝罪的明文规定:“教人不孝,次不孝之律。不孝者弃市。弃市之次,黥为城旦。”^③可见弃市是对不孝罪的最重惩罚,其次是黥为城旦,“殴大父母,黥为城旦舂。”^④汉律也规定不孝者弃市,^⑤显系与秦律一脉相承。

对于侵犯伦常关系的通奸、和奸罪,秦律同样严惩不贷。如规定同母异父者通奸,处以弃市。^⑥汉律称此罪为“禽兽行”,同处死刑。居丧期间的和奸罪,也是秦律的惩罚对象。汉初,杜县女子甲在为其夫守丧期间,与人在棺后房中和奸。此案上谏,议罪时被廷尉议以“不孝”与“敖悍”之罪。^⑦案例引律时冠以“故律”,显然是秦律规定。武帝元鼎元年(前116),堂邑侯陈季须“坐母公主卒未除服奸,兄弟争财,当死,自杀”。^⑧可见汉律中的“未除服奸”

① 《睡虎地秦墓竹简·法律答问》,第195页。

② 同上第263页。

③ 张家山汉简释文小组《江陵张家山汉简〈奏谏书〉释文二》,《文物》1995年第3期。

④ 同①,第184页。

⑤ 《汉书·衡山王传》:“太子爽,坐告王父,不孝弃市。”

⑥ 同①,第325页。

⑦ 同③。

⑧ 《汉书·高惠高后文功臣表》。

罪，也脱胎于秦律。

对于在家族伦常中占有重要地位的夫权，秦律同样体现了明显的维护功能。例如丈夫殴打悍妻，应处以耐刑。^①在对丈夫殴打悍妻实施法律惩罚的另一面，也可以看出至少法律赋丈夫以殴妻权，只是不允许殴打。张家山汉简所见秦律对凶悍罪的规定更为明确，女子“敖悍，完为城旦舂，铁赧其足，输巴县盐（盐官）”。^②意即女子犯凶悍罪，判处完城旦舂刑，戴上铁镣，输往巴县盐官处服役。凶悍入罪的反面，当然就是要求女子温顺贤良，言行符合儒家的道德规范。

其二，在刑罚原则上，贯穿等级观念，同罪异罚，刑有等差。“壹刑”是商鞅提出的著名的刑法思想，包含了两个重要的基本原则。一是“刑无等级”：“自卿相将军以至大夫庶人，有不从王令、犯国禁、乱上制者，罪死不赦”。^③二是功不抵罪：“有功于前，有败于后，不为损刑，有善于前，有过于后，不为亏法。忠臣孝子有过，必以其数断。”^④然而在秦律中，这两个原则已经被同罪异罚、刑有等差所取代。秦律诉讼程序规定，诉讼双方于诉讼伊始，需要申明自己的姓名、身分、籍贯以及是否有前科，是否经过赦免，此称“定名事里”。^⑤汉律中的“状辞皆曰名、爵、县、里、年、姓、官禄”，^⑥显

① 《睡虎地秦墓竹简·法律答问》，第185页。

② 张家山汉简释文小组《汉陵张家山汉简〈奏谏书〉释文二》，《文物》1995年第3期。

③ 《商君书·赏刑》。

④ 同上。

⑤ 《睡虎地秦墓竹简·封诊式·有鞫》，第247页。

⑥ 《居延新简》EPT68.34。

然是此规定的具体化。在诉讼时申明自己的爵位与官禄非同寻常,因为这意味着在判决与执行上,有爵者与官吏将享受到等级制保护下的法律特权。例如上造、公士同犯“为故秦人出、削籍”罪,上造处以鬼薪,公士处以城旦,^①爵高一级的上造明显受到优待。又如官吏与非吏者同犯擅领军粮罪,官吏罚以二甲,撤职永不叙用,非官吏则罚戍边二年。^②在判决执行上,有爵者不仅可以享受赎刑特权,甚至还可以以爵抵罪。事实上在商鞅自己的思想中已经出现了对功不抵罪原则的背离:“爵自二级以上,有刑罪则贬;爵自一级以下,有刑罪则已。”^③表明秦律的刑罚原则已由最初的刑无等级而演变至刑有等差。汉初,在此原则的影响下,有爵者与官吏的法律地位与特权得到进一步确认:“爵五大夫、吏六百石以上,及宦皇帝而知名者,有罪当盗械者,皆颂系。上造以上及内外公孙、耳孙有罪当刑及当为城旦舂者,皆耐为鬼薪、白粲。”^④

确立尊卑贵贱长幼之序,维护等级制度,这是儒家法律思想的一个重要特征。后世法典中对卑犯尊、贱犯贵、幼犯长、妻犯夫行为的不平等规定,正是儒家刑有等差思想作用于法律的结果。值得注意的是,在秦律中除前述不孝罪外,我们还可以发现一些与上述行为对应的罪名。如卑犯尊有“臣妾牧(谋)杀主”,^⑤幼犯长有

① 《睡虎地秦墓竹简·秦律杂抄·游士律》,第135页。

② 《睡虎地秦墓竹简·秦律杂抄·中劳律》,第135页。

③ 《商君书·境内》。

④ 《汉书·惠帝纪》。

⑤ 《睡虎地秦墓竹简·法律答问》,第184页。

“殴大父母，殴高大父母”，^① 妻犯夫有“妻悍”，^② 在诉讼上也有“‘子告父母，臣妾告主，非公室告，勿听。’可（何）谓‘非公室告’？主擅杀、刑、髡其子、臣妾，是谓‘非公室告’，勿听”^③ 之限定。这些罪名的出现，完全可视为儒法相融的结果。

从以上秦律对亲权、等级特权的维护，对不孝等伦理犯罪的惩治可以发现，儒家重视伦理纲常的思想在秦律中已有明显印记，秦律并不仅仅是法家思想绝对指导下的产物，它对儒家刑法思想的吸纳，有力地证明了功利是秦律的基本价值体系之一。换言之，当社会处于巨大的转型期时，法律规范的指导思想不可能是一成不变的。当原有的刑无等级、法不阿贵的原则已难以适用君主专制下的等级制度，而儒家贵贱不愆、刑有等差的刑法原则恰好又适应了维护等级特权的需求时，新旧法律规范之间的扬弃、吸纳、融合乃是必然选择。唯有如此，法律规范才能适应现实社会的需要，承载起调整、规范各种社会关系的功能。因此我们认为，儒家思想对法律的渗透与改造，至少在战国法制已露其端倪，而在秦律中已进一步渗透。汉代的援礼入律，以律释经，正是在此基础上的延续与扩大。把握了这一点，不仅将有助于我们更深刻、更真实地认识战国秦汉法制的渊源关系，也将有助于我们以史为鉴，更有效地为当今法制建设服务。

① 《睡虎地秦墓竹简·法律答问》，第 184 页。

② 同上，第 185 页。

③ 同上，第 196 页。

三

秦汉法制是中国法制史上重要的奠基阶段,部门法充实,体系完整。

长期以来,在秦汉法制的研究历程中,或许是苦于史料的短缺,或许是囿于认识的局限,在对秦汉法制的体系把握,尤其是对部门法的探讨上,发展很不平衡。例如对《九章律》的认识,往往会因注重其刑法典的性质而忽略其体系的复杂性;对行政组织的认识,往往更多地将其归属于政治制度而忽略其法律属性;对诉讼法的探求,往往无力做深度开拓;对民法的认识更是存在一定的误区,以为秦汉的法律制度只包括刑法,没有民法。这些认识的存在,妨碍了人们对秦汉法制原貌的探求,在一定程度上影响了秦汉法律体系的研究进程。

我们认为,研究一个历史阶段的法律制度,首先应当从法律制度所规范调整对象的现实形态切入,然后再去探求它的法律表现。如果一味追求其法律表现的有无,忽略其现实形态的存在,势必会在认识上产生偏差。换言之,我们不能因为某一部门法典的缺失,就认为这一范围的诸种关系缺乏相应的法律规范,从而得出法律体系欠缺的结论,这是不符合历史事实的。更何况在地下出土文物史料不断丰富的今天,断言某种法典的缺失,也未免有失慎之嫌。基于以上考虑,我们认为秦汉时期的法律体系已经具备了部门法的现实形态,存在着调整相应关系的法律规范。

以行政法为例。秦汉是中央集权制度与官僚制度的加强发展时期,与之相适应的行政实体法也多有建树。在行政组织方面,中

央与地方二级行政机关职权分明,权力链清楚,有效地行使着国家行政权力,组织管理国家行政事务。关于行政组织的吏员配备,已有汉律佚文证明当时确有相关的法律规范行世。《史记·萧相国世家》索隐如淳按:“律,郡卒史、书佐各十人。”《汲黯传》集解引如淳曰:“律,太守、都尉、诸侯内史,史各一人,卒史、书佐各十人。”毫无疑问,这就是与行政组织法相关的法律条文。在此法规指导下配备地方行政组织吏员的实例,又非常难得地在出土简牍中得到了印证。1993年于江苏省连云港市东海县尹湾村汉墓中发现的简牍,记有东海郡的吏员配置情况:“吏员二千二百三人,大(太)守一人,丞一人,卒史九人,属五人,书佐十人,嗇夫一人,凡廿七人。”^①由此可以推知,秦汉时有关行政组织的立法,不仅不可能阙如,而且还相当繁细。

对于行政组织的管理活动实施者——各级官吏,秦汉律的调整规范作用更为明显。有关官吏的任免、考核、奖惩、迁调以及行为准则、权利义务,均有明确的规定,显示了法律对官吏强有力的控制。秦汉官吏管理法的发达,与战国时期王权的加强与官僚政权的建立密切相关,当时形成的符玺制度、秩禄制度、上计制度,已经显现了官吏管理法的主要内容。秦律中有关官吏管理的法规条文,更是数量多,范围广,强化官吏管理的立法意识非常明显。如《睡虎地秦墓竹简·秦律十八种》中,任用官吏的法规有《置吏律》、《除吏律》,关于官吏的职务规定有《司空》、《尉杂》、《内史杂》;对国家行政事务各部门官吏的失职违纪行为的惩罚,则分见于其余诸律之中。此外,还出现了专门考核官吏的法律形式“课”。至于官

^① 《尹湾汉墓简牍·集簿》,中华书局1997年。