

# 思辨录

## 法律史

马作武 | 著

诸子为邻方进酒 百家立说宜高歌  
无聊坐望珠江远 壶里春秋去浊波



法律出版社  
LAW PRESS CHINA

马作武  
—  
著

法律史

思辨录

**图书在版编目(CIP)数据**

法律史思辨录 / 马作武著. —北京:法律出版社,  
2011.2

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1730 - 3

I. ①法… II. ①马… III. ①社会主义法制—中国—  
文集 IV. ①D920.0 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 010575 号

法律史思辨录

马作武 著

责任编辑 潘洪兴

装帧设计 李 贻

© 法律出版社·中国

开本 787 × 960 毫米 1/16

版本 2011 年 4 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印刷厂

印张 14 字数 245 千

印次 2011 年 4 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

重庆公司/023 - 65382816/2908

北京分公司/010 - 62534456

西安分公司/029 - 85388843

上海公司/021 - 62071010/1636

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1730 - 3

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



## 自序

长久以来,我为自己当初选择了法律专业而懊恼。当年的风发意气,伴随着岁月的雨打霜摧,早已消磨殆尽。多少年了,每当见到认识或不认识的人士谈论这个专业时所流露出的不屑与调侃,我的懊恼乃至悲哀便油然而生。现在想来,只怪自己当初高考成绩不好,尤其是数学仅得了十四分,于是选择的余地很小,虽自幼喜好文史,但只得投机似填报了刚恢复招生的北京政法学院(后更名为中国政法大学)。记得当时父亲曾担心“政审”过不了关,毕竟“家庭出身”不算太好。所幸“改革开放”了,得以蒙混过关,从而一辈子就和自己现今爱恨交织的“法律”纠缠在一起,浸淫其中而不得解脱。

不幸中的万幸,我选择了法律史作为专业方向,并在这今非昔比凋零沦丧的杏坛枯守至今。这既可满足一丝对文史的爱好,更能让自己与颓风恶俗保持足够的距离而不致沦为乡愿。时间如白驹过隙,一晃就是三十多年。碌碌无为中也曾写过一些文字,或有感而发,或评职称需要。好在每每落笔之际,总要告诫自己文章千古事,把握在寸心。既要实实在在研究点问题,又要避免空话假话混淆视听助纣为虐。至于学术深度,则常怀心有余而力不足之叹,加上自己性素疏懒颓废,故谄陋偏仄之处,在所不免,有待方家批判。

这个集子收罗了我的大部分已经发表并自以为可读的文章(惭愧),有的虽然是二十多年前的东西,但至今读来,似无过时之感,甚或更凸显出探讨这些问题的必要性了。这让我一方面心寒于法学界的研究状况,一方面益发觉得当初选择专业方向时的英明。为了尽量保持原貌,除了注释上统一了格式,及个别地方稍有改





动外,文章的内容及结构没动——尽管有些格式不甚规范,甚至有些观点或提法现在看来颇可商榷。

今年我“知天命”了,弟子们有心,搞了个聚会。人过半百,感怀良多,便忘了“藏拙”之古训,竟也附庸风雅赋《七律·五十感怀》一首,辞曰:

天命初知又如何?  
未成一事枉蹉跎!  
曾经负笈朝宫阙,  
终究遮颜着笠蓑。  
诸子为邻方进酒,  
百家立说宜高歌。  
无聊坐望珠江远,  
壶里春秋去浊波。

马作武 庚寅年秋日于岭南康乐园





# 目 录

自序 .....	1
----------	---

## 一、考证与驳论

《竹刑》:中国律学开山之作 .....	3
“录囚”“虑囚”考异 .....	10
汉“科”为法律形式说质疑 .....	15
孔子杀少正卯考论 .....	20
中国古代“法治”质论——兼驳法治的本土资源说 .....	33

## 二、人物与思想

管仲法律思想述评 .....	47
孟子“民贵君轻”说的非民主性 .....	53
论慎到的法律观 .....	60
墨子的法律观评析 .....	70
杨朱思想的法学解读 .....	82
庄子平等、自由观发微 .....	88
媒介中西一“冰人”——沈家本新论 .....	100





### 三、传统与变迁

传统法律文化的价值评价 .....	111
传统文化与“非讼”意识 .....	114
传统法律文化中的礼与法 .....	121
古代息讼之术探讨 .....	128
秦汉时期监察制度形成及思想探源 .....	135
中国古代司法腐败的防治机制及其启示 .....	144
古代文字狱及其文化根源 .....	154
论传统法文化中的刑治主义精神 .....	162
族刑的法文化诠释 .....	169
伍廷芳与中国近代法制变革 .....	179
沈家本的局限与法律现代化的误区 .....	189

### 四、札记与随笔

中国法治的“原罪” .....	199
荀子与礼法社会 .....	206
为讼师辩护——兼与梁治平先生商榷 .....	209
中国历史上第一位讼师 .....	214
让公民的权利成为常识 .....	217





一、考证与驳论







## 《竹刑》：中国律学开山之作

中国历史上第一部“私家刑书”是春秋时期邓析所作的《竹刑》。邓析(生年不详,卒于公元前501年),郑国大夫,与子产同时,是郑国政坛的活跃人物。他是在野人士的身份干预政治,引起了执政者的极大不满,最终为执政者杀害。《列子·力命篇》曰:“邓析操两可之说,设无穷之辞。当子产执政,作《竹刑》,郑国用之。数难子产之治,子产执而戮之,俄而诛之。”<sup>①</sup>

邓析之作《竹刑》,在子产“铸刑鼎”之后。《左传·定公九年》:“郑驷歆杀邓析,而用其《竹刑》。”杜预注曰:“邓析,郑大夫。欲改郑所铸旧制,不受君命,而私造刑法,书之于竹简,故言‘竹刑’。”孔颖达《正义》曰:“昭六年,子产铸刑书于鼎。今邓析别造《竹刑》,明是改郑所铸旧制。若用君命遣造,则是国家法制,邓析不得独专其名。驷歆用其刑书,则其法可取,杀之不为作此书也。”按《左传》的记载,邓析所作之《竹刑》,似乎是一部刑法典,而后人也确实是这么认定的。钱穆说:“是驷歆之诛邓析,正为其教讼乱制。然必子产《刑书》疏阔,故邓析得变易是非,操两可,设无穷,以取胜。亦必其《竹刑》较子产《刑书》为密,故驷歆虽诛其人,又不得不舍旧制而用其书也。”<sup>②</sup>无论是《左传》说邓析“不受君命,而私造刑法”的说法,《正义》说邓析“改郑所铸旧制”的说法,还是钱穆说“《竹刑》较子产《刑书》为密”所以邓析虽然被杀但郑国仍用《竹刑》替代了子产的“刑书”的说法,都是将《竹刑》视为一部法典,与子产代表国家所铸之“刑书”相类。

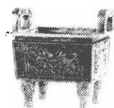


子声像

目前的法史学界也因袭了这种观点,视《竹刑》为法典,认为“竹刑,就是把法

<sup>①</sup> 关于邓析之死,其说有二:一是《左传·定公九年》记载的“郑驷歆杀邓析”;一是《吕氏春秋·离谓》中有子产“杀邓析而戮之”。《荀子·宥坐》及《列子·力命篇》也谓子产杀邓析。子产、驷歆先后执政郑国,而邓析主要是在子产执政期间制造了一些政治麻烦,以情理推断,子产杀邓析的可能性最大。许多学者认为子产不可能杀邓析的理由有二:一是因为子产以开明著称,不会杀政敌。胡适在《中国哲学史大纲》(卷上)中就说:“《吕氏春秋》和《列子》都说邓析是子产杀的,这话恐怕不确。第一因为子产是极不愿意压制言论自由的。”但胡适在介绍了邓析的言行之后又接着又说:“中国古代的守旧派,如孔子之流,对于这种‘邪说’自然也非常痛恨。所以孔子做司寇便杀少正卯。”二是时间上不对。子产死于公元前522年,邓析死于公元前501年。不过,许多古人的生卒年记载多有不同,连孔子也不例外,故其中必有错讹,不能保证有关于子产及邓析的生卒年记载的绝对准确。

<sup>②</sup> 钱穆:《先秦诸子系年》,商务印书馆2001年版,第22页。





律条文写在竹简上”，<sup>①</sup>它的出现是“又一次的公布成文法活动”。<sup>②</sup>

这一成说已是定论，似是毋庸置疑。然而仔细推敲，总有几点疑窦难释。其一，先秦乃至整个中国历史上从未有个人私下替国家编订法典的确凿记载，既没这种必要，也无这个可能。其二，很难理解邓析作为个人去编一部刑法典的动机，难道他算定了将来必为国家采纳？其三，更难想象国家会废弃自己制定并颁布的法典而采用一部私人编的法典，而且这个人还是一个终为政府所杀的“教讼乱制”之徒。其四，虽然《左传·定公九年》说“郑驷歆杀邓析而用其竹刑”，但并未说废止了子产的“刑书”。子产“铸刑书”曾轰动一时，若有废止之举，不可能不反映于文献中。孔颖达的“改郑所铸旧制”及钱穆的“舍旧制而用其书”的说法只是一种臆断，并无依据。而《竹刑》如果是一部法典，不可能与子产所铸之“刑书”并行于世。

没有人对上述疑问做过解答。而对邓析考之颇详的钱穆曾说过这么一段话：

盖自刑之有律，而后贱民之赏罚，得不全视夫贵族之喜怒，而有所征以争。邓析之《竹刑》，殆即其所以教民为争之具，而当时之贵者，乃不得不转窃其所以为争者以为治也。此亦当时世变之一大关键也。其后不百年，魏文侯用李克，著《法经》，下传吴起、商鞅，然后贵族庶民一统于法。而昔者“礼不下庶人，刑不上大夫”之制，始不可复。然鞅、起皆以身殉。今邓析，其为人贤否不可知，其《竹刑》之详亦不可考。要之与鞅、起异行同趣，亦当时贵族平民势力消长中一才士也。<sup>③</sup>

钱穆在这里将《竹刑》定性为“教民为争之具”，这不是法典的功能，而近于法律教科书的性质。将之与后文所要提及的冯友兰认为《竹刑》是“对于法律条文咬文嚼字”的说法相呼应，不禁让人开始对《竹刑》为法典说产生一丝怀疑。而一旦我们将之与邓析作为“名家”的背景联系起来考稽，突然发现这种怀疑不仅是合理的，而且是成立的。

青铜鼎

厘清邓析的名家身份是问题的关键。所谓“名家”，是先秦以探讨“名”“实”关系为范畴，注重于名词概念的分析演绎，提倡“控名责实”为特征的学术流派。《汉书·艺文志》曰：“名家者流，盖出于礼官。古者名位不同，礼亦异数。孔子曰：‘必也正名乎！名不正则言不顺，言不顺则事不成。’此其所长也。”司马谈《论六家要旨》曰：“名家苛察缴绕，使人不得

① 参见曾宪义主编：《中国法制史》，北京大学出版社2000年版，第64页。  
② 参见张晋藩主编：《中国法制史》，高等教育出版社2003年版，第52页。  
③ 钱穆：《先秦诸子系年》，商务印书馆2001年版，第22页。

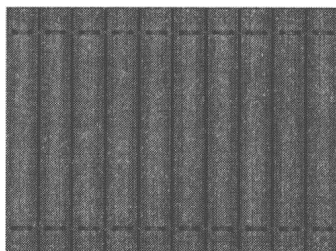




反其意,专决于名,而失人情,故曰使人俭而善失真。若夫控名责实,参伍不失,此不可不察也。”<sup>①</sup>春秋以来的“礼崩乐坏”,带来了社会政治、经济、文化等各个领域的巨变,旧秩序、旧体制中的事物或名存实亡,或“名实之相怨”。<sup>②</sup>这正是名辩思潮产生的历史背景,也是先秦诸子纷纷要求“正名”的内在根源。<sup>③</sup>而其中流于极端的一派,便被后世称为名家。其主要代表人物是惠施、公孙龙等。《庄子·秋水》说公孙龙“合同异,离坚白,然不然,可不可,困百家之知,穷众口之辩”,这就是“辩者”,代表了名家特点。《晋书·鲁胜传》记鲁胜注《墨辩》,其叙云:

名者所以别同异,明是非,道义之门,政化之准绳也。孔子曰:“必也正名,名不正则事不成。”墨子著书,作《辩经》以立名本,惠施、公孙龙祖述其学,以正别名显于世。孟子非墨子,其辩言正辞则与墨同。荀卿、庄周等皆非毁名家,而不能易其论也。……自邓析至秦时名家者,世有篇籍,率颇难知,后学莫复传习,于今五百餘岁,遂亡绝。

“名家”之称谓起于汉,所指无非先秦时代的“辩者”、“察士”。而邓析之被视为名家,首先因为他是一个真正的“辩者”,一个“最著名而且也许是最有趣的辩者”。<sup>④</sup>伍非百说:“考‘名家’最著者邓析,而刘向称‘析好形名’,是邓析乃‘形名家’也。”



竹简

“‘名家’与‘形名家’乃异名而同实之称。”<sup>⑤</sup>尽管邓析、惠施生活的时代相距近二百年,但《荀子》多次将惠施和邓析相提并论。《不苟》篇云:“山渊平,天地比,齐、秦袭,入乎耳,出乎口,钩有须,卵有毛,是说之难持者也,而惠施、邓析能之。”《非十二子》篇云:“不法先王,不是礼义,而好治怪说,玩琦辞,甚察而不惠,辩而无用,多事而寡功,不可以为治纲纪。然而其持之有故,其言之成理,足以欺惑愚众,是惠施、邓析也。”<sup>⑥</sup>《儒效》篇云:“君子不若惠施、邓析”,“惠施、邓析不敢窺其察”,等等。这足以表明战国时代的人们对他们两人作为“辩者”这一共性的体认。但两者更有着差异。这种差异恰恰揭示了“名家”形成和发展的过程,或者说“名家”发展的两个阶段,即邓析为代表的与成文法相联系的刑名之学,和惠施、公孙龙为代表的与逻辑学相联系并带有诡辩色彩的形名之学。对此,《中国法律思想通史》论之颇详:

……(邓析)首创了刑名之学。这是原始的刑名之学或曰正宗的刑名之

① 《史记·太史公自序》。

② 《管子·宙合》。

③ 名辩思潮不限于名家,儒、法、道、墨都卷入其中。参阅郭沫若:《十批判书·名辩思潮的批判》。

④ 胡适:“先秦名学史”,载《胡适学术文集·中国哲学史》(下),中华书局1991年版,第784页。

⑤ 伍非百:《中国古名家言》,中国社会科学出版社1983年版,第6页。

⑥ 钱穆说:“此证邓析之说起于晚世之辩者。”参见钱穆:《先秦诸子系年》,商务印书馆2001年版,第23页。





学,其内容应是《商君书·定分》所说的“法令之所谓”和《睡虎地秦墓竹简》中的《法律答问》之类。在这个角度看来,刑名之学是与成文法同时诞生的。

邓析承“争辩”之绪,又作“竹刑”。不仅在什么行为系违法犯罪,又当如何处罚的问题上同“刑书”背道而驰,而且还在法律术语的概念、界限的问题上标新立异,这就是邓析“以是为非,以非为是”,“数难子产之法”的含义。

……惠施所处时代与邓析不同,因此他没有必要在法律原则和术语之所谓上面反传统。政治上的失意使他把精力倾注到名词概念和逻辑学的研究上去。<sup>①</sup>

无论是《邓析子》,还是其他相关记载,都表明邓析坚持的是“循名责实”论,而且与孔子的“正名”说一样,主要是一种社会性和政治性的名实论。他所讲的名与实,主要是针对政治上以及法律上的名实问题,所以他才能对子产之政“务难之”,才能“操两可之说,设无穷之词”。故冯友兰说:

邓析的本领是对于法律条文咬文嚼字,在不同案件中,随意作出不同的解释。这就是他能够“苛察缴绕,使人不得反其意”的方法。他专门这样解释和分析法律条文,而不管条文的精神实质,不管条文与事实的联系。换句话说,他只注重“名”而不注重“实”。名家的精神就是这样。

由此可见,辩者本来是讼师,邓析显然是最早的讼师之一。不过他仅只是开始对于名进行分析的人,对于哲学本身并没有作出真正的贡献。所以真正创建名家的人是晚一些的惠施、公孙龙。……惠施、公孙龙,在某种程度上,都与当时的法律活动有关。<sup>②</sup>

尽管邓析的名实论一定包含有逻辑学的内容与方法,但如果我们要将之上升到逻辑学甚至哲学的高度,显然缺乏依据。所以冯友兰等一些学者认为邓析不能算真正的名家,但都一致认同邓析对名家的贡献。而肇始于邓析的名辩思潮,对先秦诸子百家之学曾产生过重大影响,这是不应被忽视的。伍非佰曾说:

形名之为学,“以形察名,以名察形”,其术实通于百家。自郑人邓析倡其学,流风被于三晋(韩、赵、魏),其后商鞅、申不害皆好之,遂成“法、术”二家。其流入东方者,与正名之儒、谈说之墨相摩荡,遂为“儒墨之辩”。其流入南方者,与道家之有名、无名及墨家之辩者相结合,遂为“杨墨之辩”。至是交光互

<sup>①</sup> 参见李光灿、张国华总主编:《中国法律思想通史》(一),山西人民出版社1994年版,第444、446、450页。在这部权威的著作中,作者对《竹刑》的性质界定含混,认为“‘竹刑’与‘刑书’相比较,是既有继承,又有批判。”故作者不曾言明《竹刑》是一部法律注释著作,尽管大量的论述中颇含此意。参见该书第443-451页。

<sup>②</sup> 冯友兰:《冯友兰选集·中国哲学史》,北京大学出版社2000年版,第256-257页。关于惠施,《吕氏春秋·淫辞》记载:“惠子为魏王为法。为法已成,以示诸民人,民人皆善之。献之惠王,惠王善之。”





映,前波后荡,在齐则有邹衍、慎到,在宋则有貌说,在赵则有毛公、公孙龙、荀卿,在魏则有惠施、季真,在楚则有庄周、桓团,在韩则有韩非子,皆有取资于“形名家”。<sup>①</sup>

其实,名家与法家关系最为直接,以邓析为代表的早期名家本是法家的前身。“自邓析至韩非,史多称其好‘刑名之学’。‘刑名’即‘形名’,亦即‘名实’。”<sup>②</sup>梁启超也说:“实则名与法盖不可离,故李悝法经,萧何汉律,皆著名篇。而后世言法者亦号‘刑名’。”<sup>③</sup>而吕思勉对之辨析尤明,他说:

名、法二字,古每连称,则法家与名家,关系亦极密也。盖古称兼该万事之原理曰道,道之见于一事一物者曰理,事物之为人所知者曰形,人之所以称之之辞曰名。以言论思想言之,名实相符则是,不相符则非。就事实言之,名实相应则治,不相应则乱。就世人之言论思想,察其名实是否相符,是为名家之学。持是术也,用诸政治,以综核名实,则为法家之学。此名、法二家所由相通也。<sup>④</sup>

法家的演变过程不能缺少名家这一重要环节,故冯友兰又说:

《战国策》引苏秦的话说:“夫刑名之家,皆曰白马非马也已。”(《赵策》)照这个解释,刑即形字,刑名即形名。但抑或因持白马非马一类的辩者,本来是讲刑法的,故有刑名之家之称。此所谓“刑名”,正如后世所谓“刑名”之义。“白马非马”是公孙龙的有名的辩论。据苏秦的话,公孙龙也是“刑名之家”。

韩非说:“坚白无厚之词章,而宪令之法息。”(《韩非子·问辩》)可见坚白无厚之辩,其原来实际的用处,是对于法律条文“咬文嚼字”作出种种解释,取其言而背其意。……“刑名之家”就是名家。所谓名家,就其社会根源说,是春秋、战国时期各国公布法令所引起的一个后果。<sup>⑤</sup>

同时,邓析的循名论与孔子的“正名”说有着根本的差别。孔子要正的是以周礼为核心的旧名,是“君君、臣臣、父父、子子”的等级名分制度。孔子正名的成果就是作《春秋》。而邓析则是与时俱进,以新名来取代旧名,在厘定新名的同时来求其实,从而建立新的名分制度。而且,邓析正名是从刑法入手,专注于对刑法名词、条文的辨析和解释,其成果就是《竹刑》。这些成果都为后来的法家所继承并发扬光大,是以邓析又被视为法家的先驱。

① 伍非百:《中国古名家言》,中国社会科学出版社1983年版,第9页。

② 同上,第765页。

③ 梁启超:《先秦政治思想史》,天津古籍出版社2003年版,第162页。所谓《法经》、汉律“皆著名篇”,指的应是《具》篇,是为后世《刑名》篇之雏形。

④ 吕思勉:《先秦学术概论》,(上海)中国大百科全书出版社1985年版,第90页。

⑤ 冯友兰:《中国哲学史新编》(上),人民出版社1998年版,第203~204页。





更重要的是,邓析所代表的名家,按冯友兰的说法,“是春秋、战国时期各国公布法令所引起的一个后果”。无独有偶,对古代名家研究精深的伍非百也有一番可与之呼应的议论:

……邓析始创“形名”于郑,其原因安在?盖与郑国“铸刑书”一事有关。因为“形名”与“刑法”是相待而生的伴侣。周家方隆盛时,各秉周礼,是用“礼治”。及其衰也,“礼”失而“法”代兴,改用“法治”。先是管子治齐,著书明法,颇有“形名”之言。其后郑人子产“铸刑书”。“刑书”者,今所谓“成文法”。……“刑名”兴,上可据“刑书”以断狱,而有考核情实,引用条文之事;下可据“刑书”以致讼,而有解释条文、分析事实之争,于是而“辩”生。<sup>①</sup>

显然,邓析作为名家,其学问的范畴与内容无疑与新公布的刑法直接相关,即“解释条文、分析事实”,其“刑名之学”的“刑名”二字的含义,“正如后世所谓‘刑名’之义”。也许正因为如此,邓析才不被一些学者视为真正的“名家”。但邓析却成就了另一番事业,他的这种“刑名之学”是因应成文法的公布而出现的,比后来的名家更具生命力。因为邓析的《竹刑》其实是一部对国家刑法进行解释和辨析的学术著作,郑国杀邓析而用其《竹刑》,乃“刑名”私学官方化之嚆矢。其后,“本于黄老而主刑名”的申不害和“少好刑名之学”的商鞅承接了这一过程。申不害“从研究‘法令之所谓’的法律之名实,扩大到君臣上下之权利义务的政治之名实。故而使刑名之学带有极强烈的政治性和实践性的色彩”。<sup>②</sup>而商鞅则使刑名之学与国家立法结合起来,<sup>③</sup>《睡虎地秦墓竹简》中的《法律答问》,无疑是这种结合的成果。迨及两汉魏晋南北朝发展演变而为律学,以张斐的《律注》和杜预《律解》为代表。而立法上改《具》律为《刑名》并冠于律首,显然是受到先秦刑名之学的影响。《唐律疏议》改《刑名》为《名例》,不仅在含义上没有任何的改变,更说明《唐律·名例》疏所谓“名者,五刑之罪名”已经是不言而喻了。如果说《唐律疏议》是刑名之学最高成就的话,那么我们今天无论怎样高估邓析首创的“刑名之学”对中国古代法律之学乃至中国古代法律发展的历史的影响及意义都不为过。

邓析之能被视之为名家,以及之能成为成功的讼师,达至“所欲胜,因胜;所欲罪,因罪”<sup>④</sup>的境界,全仗于他个人对法律条文的熟知和明辨,其心血的结晶就是《竹刑》。《荀子·非十二子》说邓析“好治怪说,玩琦辞,甚察而不惠,辩而无用,多

① 伍非百:《中国古名家言》,中国社会科学出版社1983年版,第8页。

② 李光灿、张国华总主编:《中国法律思想史》(一),山西人民出版社2001年版,第447页。

③ 商鞅在秦“以法为教,以吏为师”,设置专职“法官”管理并解释法令,乃刑名学的官方化。参阅《商君书·定分》。

④ 《吕氏春秋·离谓》曰:“(邓析)与民之有狱者约:大狱一衣,小狱襦袴。民之献衣襦袴而学讼者不可胜数。以非为是,以是为非。是非无度,而可与不可日变。所欲胜,因胜;所欲罪,因罪。”





事而寡功,不可以为治纲纪。然而其持之有故,其言之成理”,所本应该就是《竹刑》。正是由于《竹刑》对子产“刑书”的解释“其持之有故,其言之成理”,方有“驷歃杀邓析而用其竹刑”的可能。所以,邓析开私人注律传统之先河,《竹刑》乃中国传统律学的开山之作。

(原载《法学评论》2007年第4期,与柯卫合作)







## “录囚”“虑囚”考异

几乎所有的学者都认为“录囚”与“虑囚”是同一概念。《中国大百科全书·法学》“录囚”条：“中国封建时代一种由君主或上级长官向囚犯讯察决狱情况，平反冤狱，纠正错案，或督办久系未决案的制度，亦称虑囚。”这一定义在文字上是否妥当另当别论，给人造成的头绪多端的感觉足以令人怀疑解释的准确程度。其实，将“录囚”与“虑囚”等而视之，是不可能有一准确、完整而又能经受推敲的定义的。要名实相符，还须正本清源。



唐太宗“纵囚”图

追根寻源，问题恐怕出在唐人颜师古那里。他在《汉书·隽不疑传》注中称录囚即“省录之，知其情状有冤滞与不也。今云虑囚，本录声之去者耳，音力具反。而近俗不晓其意，讹其文，遂为思虑之虑，失其源矣”。颜师古认为虑囚即录囚，由“录”变“虑”是因音同而讹衍而致。这一诠释的可推敲之处在于：其一，“录”、“虑”的读音有异，应该不是以音同而生别字。其二，录者省录，虑者思虑，两者含义截然不同，前者重在具体行为，而后者则属抽象的心理。这一字义的差别，正反映了古代录囚与虑囚在内容上的不同一性。其三，师古认为录囚的具体内容即为平反冤狱及清理淹禁。但我们略考师古身处之唐代，其虑囚之旨趣已与录囚本意大显歧异。师古对录囚的定义是基本准确的，但前提是不能包括虑囚，尤其是不能包括唐以后的虑囚。

### 一、汉之录囚

考录囚之制，源之于汉，也盛之于汉。《汉书》之中累有所见，兹略引数条如下：

隽不疑拜为青州刺史，每行县录囚徒还，其母辄问不疑：“有所平反，活几人何？”（《汉书·隽不疑传》）

诸州常以八月巡行所部郡国，录囚徒。胡广注曰：“县邑囚徒，皆阅录视，参考辞状，实其真伪，有侵冤者即时平理也。”（《后汉书·百官志五》）

和帝幸洛阳寺，录囚徒、举冤狱，收洛阳令下狱抵罪。（《后汉书·和帝记》）

