



第一章 中国古代法律的起源

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，仍然没有一个肯定的回答。中国也和世界上的其他民族一样，经过了漫长的没有阶级、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。古书中关于上古时候‘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传说，即刑法为主的法律是在战争中产生的。

在由氏族社会过渡到阶级社会前后的一段时间内，在中国的中原地区，传说曾发生了一系列规模较大的战争，如共工部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律。同时,随着战争规模的扩大,俘获的俘虏的数目也大量增加,对这些俘虏也不再按过去的习惯予以全部处死,而是将他们沦为奴隶,进行剥削和奴役,这又需要有作为暴力手段的刑(法)加以管束和镇压。这样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,又反过来使部落首领的权威得到进一步的加强,部落首领对部落的管理也已不再单纯依靠过去的习惯,而是采取了一系列的强制措施,以及负责行使这些强制措施的专职机构和人员。这样便产生了处理部落内部事务的法律和执行这些法律的法官,这些法官原先大都是军队中的军官,从法官的‘士’、‘士师’、‘司寇’等等名称中,都可以看到这一点。

在氏族社会向阶级社会过渡的过程中,在国家逐步形成的过程中,频繁的战争对法律的形成和发展起了重要的促进作用。从某种意义上说,这也决定了中国古代法律以刑法为主、以君主独裁为核心的发展方向。

二、古代法律起源之谜

中国古代的法律是什么时候产生的?对于这个问题,目前尚没有一致的、肯定的说法。古人认为,中国最早的法律是由

皋陶(gāo yáo,音高摇)制定的。据说皋陶是中国古代的尧舜时期的法官。在《尚书·皋陶谟》一篇中,就记载了他向舜提出的许多建议,例如他主张任人惟贤,领导人要摒弃私欲,谨慎处理的政务,百官要各称其职等等。据说他还制定了最早的刑法,那就是所谓的“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,统统都要处以死刑。传说禹继承首领的位置后,曾打算把首领的位置再传给皋陶,只是因为皋陶比禹去世得早,所以才没有实现。因此,后人认为,皋陶是中国历史上第一位大法官,是法官的始祖。后世的监狱里甚至还将皋陶尊奉为狱神。当然,所有这些,都不过是后人的传说而已,因为法律是在社会发展过程中逐步产生的,决不是一个人在一朝一夕之间创造或制定的。不过,从“皋陶作刑”的传说中,我们也可以了解到这样一个事实,那就是中国古代的法律,在第一个奴隶制王朝——夏朝建立之前,就已经逐步产生了。

根据《尚书》等史籍的记载,在舜担任首领的时候,就已经有了制裁部族内部犯罪行为法律,不过这种法律并不是以惩戒为主,而是以教育为主。对于轻微的过错,用鞭刑和扑刑进行惩罚,使受罚者知错改过;一般人犯了错,可以用钱来赎罪。如果是偶然犯罪,可以予以赦免,但如果不知悔改,就要给予严厉的惩罚。从这些记载中,我们可以看出 部落的习惯已经在性质上发生了变化,开始向法律转变了。在这一时期,最早的法律已经逐步产生了。

第二章 夏商周三代 法律的发展

一、“天罚”与“神判”

在《尚书》一书中,收录了两篇不同的时期发布的,但内容上都颇有相似之处的文告。

一篇题为《甘誓》,它是夏朝的建立者启在率领大军讨伐另一个部落有扈氏时,发布的战争动员令。其中这样说道:“有扈氏倒行逆施,一意孤行,因此上帝要使他灭亡。现在我奉行上帝的旨意去讨伐他,全体将士都应当努力作战。”

另一篇题为《汤誓》,它是 400 多年后商朝的建立者汤在征伐夏朝的最后一个君主桀时所发布的战争动员令,其中也说道:“不是我大胆发动战争,而是夏王罪恶累累,上帝命令我去讨伐他。我知道夏王的确是罪恶昭著,我怕上帝发怒,不敢不加以讨伐。你们只要辅助我,奉行上帝命令征讨夏王,我就会大大赏赐你们,决不食言。”

这两篇战争动员令,虽然并不是一个时期发布的,但有意思的是,其中都不约而同地提到了上帝,并把对对方的讨伐说成是奉行上天的旨意。前面说过,在中国古代氏族社会向阶级社会过渡的过程中,在国家 and 法律逐步形成的过程中,爆发了

一系列的部落之间的战争。取得胜利并建立国家政权的奴隶主为了使自己的统治合法化,使得对奴隶的奴役合法化,不约而同地抬出了神灵作为偶像,根据自己的意志(包括自身的形象)创造了上帝的形象。他们把自己的统治说成是上帝的授意,把法律说成是上天意志的体现,把对罪犯进行惩罚(包括对敌对部落或国家的武力讨伐)说成是执行上帝的判决。他们通过神权与法权的结合,给法律蒙上了一层神秘的、迷信的面纱,来掩盖法律暴力镇压的实质。

根据‘天罚’的观念,夏商时期在司法审判中普遍适用神灵裁判(通称为‘神判’)的方式。商朝的甲骨卜辞中,就有许多这方面的内容。通过占卜,由国王决定对罪犯处刑或是不处刑。而古人创造的‘法’字,则是这种神判制度的具体的反映。

古代的‘法’字与作‘𠩺’,它是由三部分组成:‘水’字偏旁表示‘法平如水’的意思;‘廌’(音 zhì),又叫獬豸,是一种以牛或似羊的独角兽,传说它能在法庭上明辩是非曲直,对于理曲者或者罪犯,它就会用角去顶他们,这也就是‘去’字底的意思。因此,古老的“𠩺”字,形象地表现了古代神灵裁判的运用。

二、礼治与法律制度

(一) ‘明德慎罚’主张的提出及其法律原则

夏商的统治者假托神灵和上天的意志来维持统治政权,但上天似乎并没有对他们特别关照。以‘天命’自居的夏朝被

商朝借“上天”的意志所取代；而武功赫赫的商纣王却又被弱小的周部落所灭亡。继而建立的周王朝的统治者虽然也仍以“天命”而自居，但在无常的天命面前，他们又不得不冷静地面对这样一个现实，那就是仅有“天命”是远远不够的，还必须有“德”来配天才行。因此，在法律上，他们不失时机地提出了“明德慎罚”的主张。

所谓“明德”，就是统治者要自我克制，实行德治，通过教育的方法，使人民服从统治，而不是一味地使用暴力和刑罚。表现在法律上，就是要“慎罚”，即谨慎地运用刑罚。根据这一思想，西周时期确立了一些对后世很有影响的法律原则。这些原则有：

1. 矜老恤幼的原则

这一原则，要求对犯有罪过的老人和小孩，要予以宽大处理。《礼记·曲礼》中说，对 7 岁以下的小孩和 80 岁以上的老人，即使他们犯了罪，也不应该对他们处以刑罚。这一原则，对后世法律有关责任年龄的规定，产生了重要的影响。

2. 区别故意过失的原则

这一原则，要求在量刑时，对罪犯的主观动机等方面的因素予以充分的考虑。如果是故意犯罪或者是屡教不改的，那么尽管所犯的罪很小，也要予以严厉处罚；反之，如果所犯的罪行虽然很严重，但是因为属于过失犯罪或者偶犯，那就应当从轻处罚。这个原则，成为后世刑法区分故意和过失犯罪的理论渊源。

3. 罪不相及原则

这一原则,主张一人犯罪与他的父兄子弟无关,不可因此而株连他的亲属。在后世的封建法律中,株连罪犯的亲属成为一项基本原则,相比之下,可见西周法律确立的这项原则,的确是难能可贵的。

4. 刑罚适中原则

这一原则,要求司法官吏在量刑时,要宽严适中,既不能判得过轻,也不能判得过重,只有这样,才不至于出现冤错案件。

5. 刑罚轻重的灵活运用原则

这一原则,要求根据客观情况的变化,灵活地适用刑罚。据《周礼》等书的记载,西周时对不同地区,适用三种不同的刑法:对于新平定或新开发的地区,适用轻刑;对于社会秩序比较正常的地区,适用中刑;对于社会秩序混乱的地方,适用重刑。这种根据不同时期、不同地区和形势的发展变化,灵活地适用刑罚的做法,对后世也产生了很大影响。

上面的这些原则,都见于有关史籍的记载。毫无疑问,这些原则的规定与实际的适用之间,存在着很大的差距。有些原则可能仅仅是一种法律上的要求,事实上从没有得到过真正的执行。但是它们对后世封建刑法原则的形成和确立,都是产生过实在的影响。

（二）西周的“礼治”

礼起源于原始习俗,最早只是一种祭祀祖先的仪式。这种仪式是按照家族内部的长幼尊卑关系为顺序的,因此,逐步成为划分家族内部等级尊卑关系的准则。进入阶级社会以后,随着家族与国家的结合,礼也由家族规范演变成为调整社会秩序的国家规范。

礼作为一种国家规范,在夏商时已确立,并且在发展中逐步具体。至西周初年,在周公的主持下,对传统的礼进行了整理,厘订成一套以维护宗法等级制度为核心的行为规范与礼节仪式,典章制度,这就是所谓的‘周公制礼’的过程。在‘周公制礼’之后,周礼又经过不断的充实、发展,内容已变得非常庞杂,涉及到社会生活的各个方面。

然而,尽管礼的内容极为丰富和庞杂,但贯穿于其中的是两个基本的内容与原则,一是‘亲亲’,二是‘尊尊’。‘亲亲’是以家庭血缘关系为中心的伦理原则,要求父慈、子孝、兄友、弟恭,其核心是‘孝’;‘尊尊’是由伦理原则衍生出来的社会等级原则,以尊君为中心,其核心是‘忠’。亲亲父为首,尊尊君为首。‘孝’是基础,‘忠’是目的,两者的结合,就构成了人们必须遵守的等级名分为中心的行为规范,构成了法律制度的基本准则与核心内容。

（三）西周的礼与刑

礼与刑两者的相互结合,是西周法律制度的特点之一。从礼的性质上来看,本身就具有道德与法律的双重属性。违礼行为,从某种意义上来说同时也就是违法行为,要受到刑罚的制裁,这就是‘出礼入刑’。因此,礼与刑两者在根本上是一致的。不过,在具体运用上,两者又有所区别,这主要表现在:

首先,从作用上看,礼重预防,刑重惩罚。制礼的目的,就是通过以等级名分为中心的礼仪规范,约束人们的行为,使人们循礼守法,达到预防犯罪的目的。而刑罚则是一种消极的制裁手段,是对各种违礼和犯罪行为的强制处罚,达到制止犯罪的目的。

其次,从两者相互关系来看,礼为本,刑为治,礼主刑辅。刑罚本身不是目的,而只是推行礼教、保障礼治的一种辅助手段。古书上所说的‘明刑弼教’,指的也正是这一点。后来的汉代儒家学者们将这关系表述为‘德主刑辅’,成为支配封建立法的正统法律思想。

再次,从两者适用对象上来看,是‘礼不下庶人,刑不上大夫’,即对统治集团内部主要用‘礼’的规范进行教化来约束,而对于被统治者则主要用‘刑’来约束、制裁,即所谓‘折民惟刑’。当然,‘礼不下庶人’并不意味着庶人可以不受礼的约束;‘刑不上大夫’也并不意味着大夫可以不受刑罚制裁,但对于‘大夫’等贵族官员,法律上明文规定了种种特权优待,不仅有

些刑罚（如宫刑）不适用于贵族官员，官员犯了罪可以用“赎刑”来代替，而且即使犯了死罪，也可以用秘密的方式，如在家“自裁”来执行，不用公开“弃市”。反之，对于礼赋予贵族官员的种种特权，庶人不仅无权享受，而且不能有丝毫僭越，否则就是犯罪，要受到刑罚的制裁。汉代儒家学者编纂的《白虎通·五刑》篇中也公开宣称：“礼为有知制，刑为无知设”。因此，“礼不下庶人，刑不上大夫”承认法律适用的不平等，后人将其归纳为“贵贵”（这是相对于“亲亲”“尊尊”而言的），成为封建法律所确认的等级特权的理论基础。

三、成文法律的公开

根据史书记载，夏商周三代都制定了成文法律，夏朝有《禹刑》，商朝有《汤刑》，周朝有《九刑》，但这些成文法律一般都是藏于官府之中，由少数贵族官员掌管，并不向百姓公开。百姓犯了罪，由这些贵族担任的司法官员根据法律上的规定，再参照具体情况作出判决。所以，百姓犯了罪，应当判处什么刑罚，只有这些司法官员说了算，法律自然也就成了贵族们的专利。这种状况，符合“礼不下庶人，刑不上大夫”的礼治原则的需要。但到了春秋时期，社会情况发生了变化，出现了“礼崩乐坏”的局面，社会结构也发生了巨大变化，旧贵族阶层纷纷衰落，新兴地主阶级开始登上历史舞台，他们不再满足于旧日的状况，而是要求改变法律由贵族集团垄断的局面，要求法律

公开。在这种情况下,开始了以公开成文法律为主的法律变革。

在春秋各诸侯国中,最早公布成文法的是郑国。郑国在春秋初年还是一个大国,但由于后来四周邻国日益强大,不断对郑国进行侵扰,加上国内守旧势力很强大,使得郑国的国势日益衰弱。公元前 543 年,当时著名的政治改革家公孙侨(字子产)担任郑国的执政后,便进行了政治、经济和法律改革,并于公元前 536 年,将郑国的刑书铸在刑鼎上,公布于众,用法律手段来保护政治经济改革的成果。这一举措,立即招来了旧贵族的强烈反对。甚至邻国晋国的贵族叔向也写信给子产,指责他这种公开法律的行为,认为这样一来,百姓知道法律,便会根据法律来维护自己的利益,贵族法律特权便会因此丧失,贵族的政治地位也会因此而受到威胁。而子产回答也很明白:他之所以这么做,只是为了“救世”,也就是要顺应时代的发展,使郑国重新强盛起来。

就在子产公布刑书 23 年后的公元前 513 年,曾经写信指责子产公布成文法的叔向的祖国晋国,也正式公布了成文法。当时晋国的执政者赵鞅用向民间征收来的铁铸造了一个鼎,并将范宣子制定的刑书刻在了鼎上,被称之为“刑鼎”。

自郑国、晋国相继公布成文法后,成文法的公布便成为一股不可阻挡的历史潮流,为后来战国时期各诸侯国的变法改革奠定了法律基础。

四、儒法两家的法律思想

春秋战国时期的社会和政治变革，为思想界的活跃创造了良好的环境，形成了思想界‘百家争鸣’的局面。在各家思想主张中，在法律思想方面影响最大的，当数儒家与法家。这两家的法律思想不仅对当时的政治变革和法律制度的发展产生了直接影响，而且对以后两千年的封建法律制度同样产生了深远的影响。

（一）儒家的法律思想

儒家是春秋时期鲁国的孔丘创立的一个学派，也是“百家”之中形成最早、影响最大的一个学派。其代表人物除了孔丘外，还有孟轲、荀况等人，他们被后世儒者尊称孔子、孟子、荀子。儒家强调家国一体，以孝悌为根本。家族伦理是儒家法律思想的核心和最高价值标准。它继承了西周以来的“礼治”主张，以‘明德慎罚’为基础，提倡德礼为本，刑罚为辅，并提出了贤人治国的人治理论。

1. 注重德教

儒家将道德教化放在首要地位，主张‘为政以德’，提倡“以德服人”。孔子在谈论为政之道时曾说过“单纯使用刑罚威慑，虽然也能使百姓畏法而不敢犯罪，但并不能使他们认识到犯罪是一种可耻行为，因而也就不能从根本上去制止犯罪而

只有用德、礼对百姓进行教化,才能使他们知道犯罪是可耻的行为,从而自觉地去犯罪。为此,儒家十分重视教化的作用。

首先,实施教化的基础,在于人的本性的可变性。孔子说过:“性相近也,习相远也”,认为人的本性都是相同的,只是由于后天环境的影响才造成了人与人之间的差异。孟子将这一理论发展成为“性善论”,认为人的本性生来都是善良的,人之所以变坏,就是由于后天环境的影响,因此应通过教化,唤起罪犯以及恶人的善良本性,使他们改恶从善。荀子则将孔子的人性发展成“性恶论”;认为人性生来是“恶”的,而人性之所以恶,就是因为有情欲。这种情欲可以分为两类,一类是好利恶害的物质欲望,另一类是好荣恶辱的精神欲望。这种情欲如果不加抑制,任其放纵,就会使人走上违法犯罪的道路。因此就必须通过教化,改造恶的本性。尽管上述各人观点的出发点不尽相同,但在将教化建立在人性的可变性基础上这一方面,却是相同的。

其次,实施教化的前提,必须首先满足人们基本的物质需求。孔子主张富而后教,认为贫而无怨难,富而无骄易,因此,实施教化就应当有相应的物质前提。孟子也认为,要使教化发挥作用,最根本的办法就是使百姓先富裕起来,因为只有让百姓有固定的产业足以保证基本的生活,然后才能有“恒心”来接受教化。

再次,实施教化的内容,就是仁、义、礼、智、信、孝、悌等伦理道德规范,其核心便是家族伦常。孔子将它概括为“君君、臣

臣、父父、子子”孟子提出“父子有亲,君臣有义,夫妇有别,长幼有序,朋友有信”,荀子则认为“君臣、父子、兄弟、夫妇”是“与天地同理”,为人伦之根本。只有确定这种人伦关系,使人人都遵守人伦规范,就不会有犯上作乱的行为发生,也就不会有犯罪行为发生了。

当然,儒家注重德教,但并不因此而否定刑罚的作用,当教化不能起作用时,就要依靠刑罚来制裁。孔子主张“宽猛相济”,荀子也认为在用礼义教化的同时,还要依靠刑罚来禁止各种违法行为。不过,在一般情况下,刑罚只是推行教化的辅助手段。

2. 维护伦常

伦常是以血缘家族为基础的人伦尊卑等级秩序,也是“礼”的核心内容。儒家所倡导的“礼”,就是这种等级秩序,因此他们将维护伦常放在首要地位,把家族内部的伦理原则视为国家政治和法律制度的基本出发点。孔子认为,把孝悌的精神推广,影响到政治上,这就是国家政治。孟子也说,只要人人都亲其亲,长其长,那么就天下太平了。正是从这一点出发,儒家提出了一系列维护人伦尊卑等级名分的主张,这些主张经过后世儒家学者的发挥,大都成为封建立法和司法的基本原则。

3. 主张“人治”

儒家认为,治国的关键在于人,再好的法律,没有人去执行,也是没有用的。反之,如果是贤人在位,那即使没有法律,

也能够把国家治理好。因此,孔子首先提出了‘为政在人’的说法,认为施政的关键是要有周文王、周武王这样的贤人在位主持朝政。孟子继承了孔子的这一主张,认为‘徒善不足以为政,徒法不能以自行’。荀子则明确提出‘有治人,无治法’;认为只有能够将国家治理好的人,而没有能够自行将社会治理好的法律。‘法不能独立,类不能自行,得其人则存,失其人则亡’,法只是治理国家的工具,人才是治理国家的根本,只有靠贤人来制定法律、动用法律,才能真正发挥法律的作用。

儒家的‘人治’主张,同法家的君主独裁主张,经汉代儒家学者的改造,成为封建君主专制制度的重要理论基础。

(二)法家的法律思想

法家是战国时期形成的、主张变法与以法治国的学派。法家中较为著名的代表人物,有商鞅、申不害、慎到、韩非等人。商鞅等人将法治的主张直接贯彻于变法改革的实践,又在变法改革的实践中不断完善了法治主张;而韩非则从理论上完善了法家思想,形成了系统的服务于君主专制的法治主张。

1. 实行‘法治’的基础

同儒家从人性的角度来考察实行教化的基础一样,法家也是从人性的角度来探讨实行法治的基础的,不过他们的观点却与儒家完全不同。法家认为,人性都是‘恶’的,这种恶的表现便是自私自利、好利恶害,而且这种恶是不可教也不可化的,所以道德教化在事实上是没有任何作用的。所以,只有利