

释“礼不下庶人，刑不上大夫”

马小红

一、对前人几种解释的意见

《礼记·曲礼上》中记道：“礼不下庶人，刑不上大夫”。这句话对后世的政治制度及法律制度都起过极为深刻的影响。然而究竟如何解释这句话，自古至今都存在着分歧。

东汉经学家郑玄认为：礼不下庶人，是“为其遽于事，且不能备物”；刑不上大夫则是由于“不与贤者犯法，其犯法则在八议，轻重不在刑书”（《礼记·曲礼上》郑注）。元人陈澧解释道：“古之制礼者，皆自士而始也。先儒云：其有事则假士礼”（《礼记集解·曲礼上》）。后人对这种解释提出了疑问，清人孙希旦认为：“庶人非无礼也，以昏则锱币五两；以丧则四寸之棺，五寸之椁；以葬则悬棺而窆，不为雨止；以祭则无庙而荐于寝，此亦庶人之礼也。”然而他所得出的结论却恰恰与其上文相牴牾：“礼不下庶人者，不为庶人制礼也，制礼自士以上……庶人有事假士礼以行之而有所降杀也”（《礼记集解·曲礼上》）。对于“刑不上大夫”的解释，清人孙诒让亦在《周礼正义》中提出自己的见解：“盖凡入八议限者，轻罪则宥，重罪则改附轻比，仍有刑也”（《周礼正义·秋官·小司寇》八辟条疏）。

古人的争论，一直持续至今，许多人认为“礼为有知制，刑为无知设”（《白虎通德论》卷八《五刑》），是历史真实状况的反映。因此仅仅依照字面的意思去解释“礼不下庶人，刑不上大夫”的含意，将礼、刑的适用对象按大夫以上、庶人以下绝对地划分开来，这种观点违背了大量的历史史料，显然是错误的。“礼者，为异”。（《礼记·乐记》）从礼作为一种奴隶社会中的等级制度来说，其不可能只为“有知制”，它不仅约束贵族，也约束庶人，甚至约束奴隶主阶级的对立阶级——奴隶阶级。“礼之所兴，众之所治也；礼之所废，众之所乱也”。（《礼记·仲尼燕居》）庶人不是无礼，也不必“假士之礼”，《礼记》本身就记载了许多庶人之礼。比如：在服饰上：“贵贱有等，衣服有别”（《礼记·坊记》）。在家庭中“天子之妃曰后，诸侯曰夫人，大夫曰孺人，士曰妇人，庶人曰妻”（《礼记·曲礼下》）。在日常生活中，“问天子之年，对曰：闻之始服衣若干尺矣；问国君之年，长曰能从宗庙社稷之事矣，幼曰未能从宗庙社稷之事也；问大夫之子，长曰能御矣，幼曰未能御也；问士之子，长曰能典谒也，幼曰未能典谒也。问庶人之子，长曰能负薪矣，幼曰未能负薪也”（《礼记·曲礼下》）。在丧事上“天子死曰崩，诸侯曰薨，大夫曰卒，士曰不禄，庶人曰死”（《礼记·曲礼下》）等等。确实正如孙希旦所言“庶人非无礼也”。礼的作用在于“章疑别微，以为民坊”（《礼记·坊记》），因此它具有全社会的意义。若庶人无礼而假

士之礼，无异于破坏等级，犯上作乱，礼的“民坊”作用也就成为一具空文。由此可以断定，礼的适用范围决不能排除庶人。

同“礼不下庶人”相同，刑的适用对象也不可能将贵族排除在外。周公平定武庚之乱，对贵族管叔、蔡叔、霍叔所用的就是大刑。《国语·鲁语》载：“大刑用甲兵”。《周礼·秋官·掌囚》：“凡有爵者与王之同贵族奉而适甸师氏，以待刑杀”，“不与贤者犯法”的论断不符合历史事实。

对于“刑不上大夫”的另一种解释，是肉刑不上大夫，贵族犯罪“悉入流宥之科”（见《周礼正义·秋官·小司寇》八辟条疏），或者认为“五刑三千之科条，不设大夫犯罪之目”（《礼记·曲礼上》孔疏）。瞿同祖先生继承了这一观点并对五刑不上大夫的原因进行了进一步的论证。他认为，五刑摧残肢体、器官，不仅是对受刑人的污辱，也是对受刑人所隶属的整个阶级的污辱。故而贵族犯罪，或令其自裁，或将其流放。（参见《中国法律与中国社会》第204页）这种观点对刑字作了具体分析，较之于笼统地解释有所突破。但是这一观点对某些史实却很难解释得通。《周礼·秋官·司寇》云：大司寇之职是“以五刑纠万民……四曰刑”。疏曰：“此五刑与寻常正五刑墨、劓、剕之等别。刑，亦法也。此五刑者，或一刑之中而含五，或此五刑全不入五刑者”。（《周礼注疏·秋官·司寇》疏）这里涉及到古代五刑问题，史籍对五刑的记载有三种：第一是《周礼·秋官·大司寇》中说的“野刑”、“军刑”、“乡刑”、“官刑”、“国刑”；第二是《国语·鲁语》中记载的“大刑用甲兵，其次用斧钺，中刑用刀锯，其次用钻凿，薄刑用鞭扑；”第三是《周礼·秋官·司刑》中记载的墨、劓、剕、宫、大辟。这三种记载反映了当时法制的状况，第一种主要言刑之范围，第二种主要言刑之工具，第三种主要言刑之种类。在官刑中是否适用墨、劓、剕、刑，史料虽未明确记载，但推测是适用的。《周礼·夏官·司马》中记，“放弑其君则残之”。残即辱杀，决不次于大辟。《礼记·文王世子》：“公族其有死罪，则磬于甸人。其刑罪，则纒刳，亦告于甸人。”注曰：“纒，读为殄，刺也，割也。宫、割腓、墨、劓、刳、刖皆以刀锯刺割人体也”。《周礼·秋官·小司寇》中记“以八辟丽邦法附刑罚”。邦法，即卿大夫之法，“凡卿大夫之狱讼以邦法断之”。（《周礼·秋官·司寇》）这些史料都证明了五刑可上大夫。《礼记·文王世子》中更明确地记载“公族无官刑”，按此是否可以推断在贵族中所排除的仅仅是官刑呢？如果是这样的话，那么墨、劓、刳、辟仍然是可上大夫的。1975年陕西省岐山县董家村发现的西周青铜器《倮匜》铭文证实了这一推断。铭文中记载了天子重臣伯杨父对官吏牧牛的处罚，按当时规定应处千鞭之笞并黥面，其不仅证实了“鞭作官刑”的历史记载（《尚书·尧典》），也证实了肉刑存在于官刑之中。

综上所述，西周社会中刑、礼的适用范围确实无严格的界限划分。礼作为一种社会规范时，势必对全社会成员都有拘束力，而刑作为维护礼制的手段，其不仅施于庶人，同样也施于贵族。

二、释“礼不下庶人，刑不上大夫”

李亚农先生说：“周人在灭殷之后，虽然进入了阶级社会，但上下间的差别，并不使人感觉到如何地森严，周天子也并没有专制君主的威风。他对于诸侯们总是伯父前、伯父后地喊得异常亲密……不随便使用刑罚。所谓‘礼不下庶人，刑不上大夫’就是这种精神的表现”（《周族的氏族制与拓拔族的前封建制》第67页）。这段话对于我们理解“礼不下庶人，刑不

上大夫”的含意是有很大启发的。周灭殷后，采用宗法制的统治，父系社会的血缘关系得到较多地保留。整个统治阶级成员之间基本上都有血缘关系，异姓贵族与周王室也基本上都有婚姻关系。礼起源于父系氏族的后期，（参见金景芳《古史论集·论礼治与法治》）进入阶级社会后一分为二，一部分成为全社会成员的行为规范，一部分成为以血缘关系为基础而建立起来的家族礼。在西周即所谓的宗法礼。这一部分礼是不下庶人的，因为庶人的血统异于周的宗室。斯维至在《论庶人》中区分了小人与庶人之间的差别，指出：“小人是本族的人民，庶人是外族的人民。……所以小人有一定的政治地位和政治权利，而庶人是没有政治地位和政治权利的。例如：小人在国家遭遇到国危、国迁和立君的时候，同贵族阶级一样有权可以参加讨论（见《周礼·小司寇》），而庶人却被除外……‘礼不下庶人，刑不上大夫’。礼是贵族阶级的宗教活动及其他社会活动的仪节、风俗习惯，外族人民是不能参加的。”（《社会科学战线》1978年第2期）家礼不下庶人这一论点是可以得到大量的史料印证的。《礼记》中所说的礼分成两类，第一类自天子至庶人，第二类自天子至士。第一类前文已述，在此不赘。第二类即不下庶人的家礼。如在祭祀上“天子祭天地、祭四方、祭山川、祭五祀，岁偏诸侯方祀山川、祭五祀，岁偏大夫祭五祀，岁偏士祭其先”。天子以牺牛，诸侯以肥牛，大夫以索牛，士以羊豕”。（《礼记·曲礼下》）有关国事，天子只与本宗室成员相议。1963年陕西省宝鸡市出土的西周青铜器何尊记载了成王迁都时的诰：“王诰宗小子于京室，曰：昔在尔考公氏，克弼文王……”。宾客往来之礼只行于贵族之间。《周礼·天官·冢宰》“以八统诏王驭万民。一曰亲亲，二曰敬故，三曰进贤，四曰使能，五曰保庸，六曰尊贵，七曰达吏，八曰礼宾”。疏曰：“礼宾，宾客。诸侯者。”《白虎通德论·八·五刑》中说：“礼不及庶人者，谓酬酢之礼也”。《周礼·春官·宗伯》中所载的一些周族的家礼，如相见之礼、宗庙祭祀之礼等显然也是排除庶人的。

与“礼不下庶人”相对的“刑不上大夫”的“刑”字，也必须从血缘关系上去考虑。前面所引《礼记·文王世子》中说：“公族无官刑”，说明贵族中是排除了官刑的。而历代史学家对于这条史料的真实性都未怀疑过。清人沈家本总结道：“郑康成注云：谓同族不官者也，方氏慤曰：有生所以传类，而官刑则无生之道，故无官刑。陈氏澧曰：受官刑者，绝生理，故谓之腐刑。如木之朽腐，无发生也，此刑不及公族，不忍绝其生生之类耳”。（《沈寄谿遗书·刑法分考》）无论是从史料上来说；还是从出土文物的记载来看，都没有找到西周贵族受官刑之例。官刑不上大夫的目的是显而易见的。《礼记·文王世子》本身就对之作了解释：“公族无官刑，不翦其类也。”贵族犯罪虽沦为罪人，但其血统却是高贵的，施以官刑，必绝其后嗣，是对整个周族高贵血统的污辱。因此公族犯官刑罪，只髡首而已。《周礼·秋官·司戮》云：“髡者使守积。”郑玄注曰：“髡者，必王之同族不官者。官者，为翦其类。”

因此，“礼不下庶人，刑不上大夫”的具体含意应该是：家礼不下庶人，官刑不上大夫。

三、结 论

众所周知，西周社会是以血缘为枢纽的社会，它大量地保存了父系社会所遗留的种族制度和习惯，并且赋予它以阶级的内容。在血缘关系（血缘的亲疏）与阶级关系（地位的贵贱）大体相一致的情况下，统治者采用了宗法制的统治。宗法制的核心在于“亲亲”、“尊尊”。

（下转第71页）

工作不好而产生，因而也不会因调解工作好，而大大减少，完全防止以至消灭犯罪。有人把案件上升，归罪于人民调解工作做得不好是不公道的，不正确的。有些犯罪根本同人民调解工作无关。在民事纠纷中，一般债务纠纷可能经过人民调解，破产案件就不可能经过人民调解（它不是人民调解委员会的工作）。我们不当对人民调解委员会提过高的要求，做不应有的苛求。

三是调解达成的协议或者制成的调解书的效力问题，《通则》对这个问题没有做明确的规定，只说：“调解成立后，得进行登记，必要时，得发给当事人调解书。”《民事诉讼法》有了规定，但也只是说：“当事人对调解达成的协议应当履行”。没有说如不履行，是否强制执行。如果强制执行，那么由谁执行。我在前面说过，协议或调解书是群众性自治组织、人民调解委员会制成的，所以不具有象判决、裁决、裁定等那样的强制力。但它是取得当事人双方都同意的，因而象经济合同等那样，对当事人是具有约束力的。这种约束力是法律所承认的。《民事诉讼法》不是规定：“当事人对调解达成的协议应当履行”吗？如果一方当事人不履行，另一方当事人可以请求法院强制执行（如属行政调解的范围，则可向主管行政机关请求强制执行）。只要协议或调解书内容符合事实和不违反政策法规，又不是强迫一方同意，法院（或行政机关）就应当强制执行。但是人民调解委员会不能自己去强制执行，也不能要求法院、行政机关一定强制执行。如果协议书的内容不符合事实或违反政策、法令，人民法院还有权纠正或撤销。有人说，这样岂不损害了人民调解委员会的威信吗？谁还接受它的调解呢？我说不应该这样看问题。人民调解委员会是人民自己的群众性自治机关，不是国家机关，它的任务是调解，不是强制，因而它的威信的树立是依靠调解工作的合理合法，为当事人所接受；为群众所赞赏；为法院、政府所承认；而不是依靠有强制执行的权力。如果只依靠权力，只有法院、政府就行了，何必要有调解委员会呢。何况我们是人民当家作主的社会主义国家，不是封建国家，法院、政府也不能只依靠权力办事呢。并且，如果不是以理服人，而是以权压人，不但无益，而且有害。因为人民调解委员会是活动在人民中间的群众性组织，不是国家机关，给了它强制执行的权力它也不可能行使，反会造成同群众对立，妨碍调解作用。总之，应当肯定，《通则》基本上是正确的，可行的。但也应当承认，调解工作事实上存在不少困难，《通则》不能够完全很好地解决。立法机关应当加紧研究，做适当的补充、修改。

（上接第85页）

以往对“礼不下庶人，刑不上大夫”的解释只注意到阶级的内容，认为其与“尊尊”相吻合。实际上，“礼不下庶人，刑不上大夫”更反映了西周社会的血缘内容，首先是与“亲亲”相吻合的。而且通过“亲亲”以达到“尊尊”的目的。它将“亲亲”、“尊尊”有机地结合在一起，成为西周社会的用刑原则。由于它的阶级内容与后来的封建社会极为吻合，所以对后世的影响十分深刻。但是，在封建社会中，血缘关系毕竟已逐渐的松散，所以人们往往对其阶级的内容给予过分的强调，而忽视了它的血缘的内容。