

中国法律起源的新探索

李明德

新中国成立后,学术界一般认为中国法律起源于夏代,随着奴隶制国家的产生而产生。近年来,随着研究的深入,又有一些论者把中国法律产生的上限推到夏代以前,认为中国法律起源于原始社会末期的父系氏族时代。但这些研究所依据的材料主要是古代的文献记载和对马克思主义经典作家有关论述的阐释。本文则打算从考古资料入手,以考古资料与文献记载相印证的方式探索中国法律的起源,论证中国法律产生于夏代以前。

考古学上的二里头文化与夏代文化有着密切的关系。尽管在二里头各期文化的归属上尚有争议,但是考古界和历史界的许多人都认为,二里头文化无论在分布范围或在延续年代上,都基本与文献记载中夏人活动的地域和时间相吻合,二里头文化就是夏文化。二里头文化由原始社会末期的河南龙山文化直接发展而来。因此,要从考古资料入手说明中国法律产生于夏代以前,就必须在河南龙山文化的遗址中寻找出相关的资料和证据。目前,我们已经搜集到了一些典型的有关刑罚的实物资料。概括起来,反映于河南龙山文化遗址中的刑罚有以下几种:

1. 斩首

河北邯郸涧沟龙山文化遗址中,“在房基内发现人头骨四具,有砍伤痕与剥皮痕,显系砍死后又经剥皮的。”^①

在同一个遗址中的一个圆形坑内,“一层红烧土下有十具人架,无次序地迭压着,有的头骨上有被砍的痕迹,都为男性青壮年及五至十岁的儿童。”^②

在这个遗址中的一个被废弃的水井中,“埋有五层人骨架,其中也有男有女,有老有少,或者身首分离,或作挣扎状。”遗址的发掘者推测:“死者可能是被杀死,或被活埋的。”^③

河南洛阳姪李龙山文化遗址中,M₂为一长方形竖穴,死者“单身仰身直肢葬,头向西。骨架保存较好,头骨残,单放在墓室的右上角。骨架为一成年男性,没有随葬品。”^④墓中的死者“头骨残,单放在墓室的右上角,”显然是受了斩首刑。

2. 腰斩

河南孟津小潘沟龙山文化遗址中,在M₃内,“人架仰身直肢,头南足北,腹部以上骨骼全

①③ 《1957年邯郸发掘简报》,《考古》1959年第10期。

② 《新中国的考古发现和研究》,文物出版社1984年版,第85页。

④ 《洛阳姪李遗址试掘简报》,《考古》1978年第1期。

无,但断处规整,无任何后期扰乱的情况。”^①

同一遗址中的M₁内,死者“仰身直肢,头南足北,腰以下全无,断处规整。”^②

3. 活埋

孟津小潘沟龙山文化遗址中,M₃的死者“仰身屈肢,头北足南,两肩紧缩,两手交于腹,两脚交叉。”^③

同一遗址中,M₄的骨架“侧身屈肢,头朝东南,面向南,双手举于头部两侧。”^④

以上两墓,根据M₃的葬式,死者两手交于腹,两脚交叉,显然是被捆绑后活埋,而两肩紧缩则说明被活埋时的挣扎状。M₄的葬式也说明死者被活埋时的痛苦挣扎状。

4. 刖刑

洛阳姪李龙山文化遗址中,M₁为一长方形竖穴,未经任何盗扰,死者“单身仰身直肢葬,头向西。骨架保存完好,两下肢胫骨和腓骨均为半截,没有足骨,说明死者生前就是残缺的人,他可能就是被剃去双腿的受害者。骨架为一成年男性,没有随葬品。”^⑤这是目前所见最早的刖刑实物资料。

此外,在河南龙山文化遗址中,还有一些墓葬资料可能与刑罚有关。例如,洛阳王湾第三期文化遗址中,“在一个袋形灰坑的底部发现人骨架,其中H₁₁、H₆₆各出一具,H₇₉则有五具之多(经鉴定:一为成年男子,余皆未成年之儿童)。一般灰坑中发现的人骨架,排列无一定次序,从其零乱的状态看,与正常埋葬是有区别的。”^⑥这些排列无次序的乱葬是否与刑罚有关,因发掘报告语焉不详,尚有待于进一步研究。

对以上墓葬中的刑罚资料,还有两点需要说明。

第一,关于刑种问题。根据《尚书·吕刑》,苗民制五刑有劓、刖、桡、黥和大辟。又据《尚书·尧典》:“皋陶,蛮夷猾夏,寇贼奸宄,汝作士,五刑有服。”马融注云:“五刑,墨、劓、刖、宫、大辟。”而上述墓葬资料中所见的刑罚只有斩首、腰斩、活埋和刖刑,分属于大辟刑和刖刑。这是不是说在河南龙山文化时期不存在墨、劓、刖、宫等刑种呢?笔者并不这样认为。从施刑的方法来看,墨刑是在人的面部刺刻并涂以墨色,劓刑是截去人的鼻子,刖刑是割掉人的耳朵,宫刑是破坏男女的生殖器,可以说都是在人的皮肉或软骨上处刑。这些刑罚在活人的身上是非常明显的(女子宫刑除外),但在人死后,随着皮肉或软骨的腐烂,其痕迹随之消失,不可能在遗骨中保存下来。而斩首、腰斩和刖刑的处刑方式则不同。斩首是身首异处,腰斩是把人拦腰斩断,刖刑是砍掉人的小腿骨以下的部分,处刑特征可以通过遗骨保存下来。至于捆绑活埋,其特征也是借着葬式才得以保存下来。由此可以推论,在河南龙山文化时期,除了刖刑和大辟刑,还有可能存在诸如文献所记载的墨、劓、刖、宫等刑种,只是由于处刑方式的特殊而未能在墓葬中保存下来。

第二,关于刑罚资料的时间问题。河南龙山文化的延续时间约为公元前2625±145年—前2005±120年。^⑦几个有典型刑罚资料的遗址,如邯郸涧沟遗址、孟津小潘沟遗址、洛阳姪李遗址,都还没有更为具体的碳14年代数据,只有洛阳王湾龙山文化遗址(王湾第三期文化)有碳

①②③④ 《孟津小潘沟遗址试掘报告》,《考古》1978年第4期。

⑤ 《洛阳姪李遗址试掘报告》,《考古》1978年第1期。

⑥ 《洛阳王湾遗址试掘简报》,《考古》1961年第4期。

⑦ 《新中国的考古发现和研究》,第74页。

14 年代数据,为公元前 2390 $\pm$ 145 年(树轮校正)。^①但王湾第三期文化墓葬中无明确的刑罚资料,意义不大。不过,我们可以根据有关资料作一推论。据《洛阳姪李遗址试掘简报》,刎足骨架和斩首骨架属姪李第二期文化,姪李第一期文化为仰韶文化,第三期文化属于洛阳王湾第三期文化,为河南龙山文化晚期,则姪李第二期文化在时间上早于王湾第三期文化,为河南龙山文化的早期。现在已知王湾第三期文化的绝对年代为公元前 2390 $\pm$ 145 年(树轮校正),则按照最保守的估计,含有刎刑骨架和斩首骨架的姪李第二期文化的年代应在公元前 2400 $\pm$ 145 年以前。由此看来,仅仅根据对姪李第二期文化的最保守的估计,中国的刑罚早在公元前 2400 年左右就已经存在了。这个年代,还有可能再向前推。

二

从理论上说,仅仅证明刑罚的存在尚不能说明法律已经产生。按照法律规范的结构,完整的法律规范由行为模式和相应的法律后果构成。在刑事法律中,行为模式就是罪名,相应的法律后果就是刑罚,而每一条具体的刑法条文都是罪名与刑名的结合。所以,为了证明河南龙山文化时期已经有刑法产生,还必须说明当时有犯罪或罪名。在文字性的有关法律的考古资料中,法律条文的罪名和刑名都较为完整,二者有机地结合在某一刑律条文中,正如我们在《睡虎地秦墓竹简》中所见的那样。但迄今为止,商代以前的考古资料中还没有发现有关法律的文字性资料。在非文字性的考古实物资料中,刑罚可以借助墓葬或刑具保存下来,而罪名却不具备这样的条件。因此,要说明河南龙山文化时期有罪名存在,还必须回到文献资料,以文献资料印证考古资料。

河南龙山文化在时间上相当于文献记载中的尧舜禹时代,其分布的范围也与尧舜禹为代表的氏族部落活动的区域基本相合,许多人也由此而认为以尧舜禹为代表的氏族部落是河南龙山文化的主人。尧舜禹时期有关罪名的较为可信的文献资料主要散见于《尚书》、《左传》和《史记》等典籍中。

《尚书·尧典》记舜命皋陶之辞说:“蛮夷猾夏,寇贼奸宄,汝作士,五刑有服。”其中的寇贼奸宄是罪名。郑康成注云:“强取为寇,杀人为贼,由内为奸,起外为轨。”《汉书·刑法志》颜师古注云:“寇为攻剽,贼为杀人,在外为奸,在内为轨。”(轨通宄)犯有这几种罪者,要相应地处以五刑中的刑罚。

《尚书·吕刑》:“苗民弗用灵,制以刑,惟作五虐之刑曰法,杀戮无辜。……民兴胥渐,泯泯斃斃,罔中于信,以复诅盟。”胥,互相;渐,诈欺。复,反也,败也。清人孙星衍认为,后半句的意思是:“民多昏乱,以败诅祝盟誓。”^②则“胥渐”(互相欺诈)和“复诅盟”(败坏盟誓)也是罪名。

《左传》昭公十四年:“《夏书》曰:昏、墨、贼,杀,皋陶之刑也。”其中的昏、墨、贼是罪名,杀是刑罚。即按照皋陶制定的刑法,凡犯有昏、墨、贼三种罪者都要处以死刑。关于这几种罪名,春秋时的叔向有较为详细的解释:“己恶而掠美为昏,贪以败官为墨,杀人不忌为贼。”

《史记·夏本纪》:“皋陶于是敬禹之德,令民皆则禹,不如言,刑从之。”《索隐》云:“谓不用命之人,则亦以刑罚而从之。”

又据《左传》文公十八年,舜之所以流放浑敦、穷奇、檮杌和饕餮等四凶族,也是因为他们犯

① 《中国考古学中碳十四年代数据集(1965—1981)》,文物出版社 1983 年版,第 72 页。

② [清]孙星衍:《尚书今古文注疏》卷二七。

有各种罪行。渎教的罪行是：“掩义隐贼，奸行凶德，丑类恶物，顽嚚不友，是与比周。”穷奇的罪行是：“毁信废忠，崇饰恶言，靖谮庸回，服谗搜慝，以诬盛德。”桀杌的罪行是：“不可教训，不知话言，告之则顽，舍之则鬻，傲很聪明，以乱天常。”饕餮的罪行是：“贪于饮食，冒于货贿，侵欲崇侈，不可盈厌，聚敛积实，不知纪极，不分孤寡，不恤穷匮。”对他们处以的刑罚则是流放，即“投诸四夷，以御魑魅。”

根据以上所列，尧舜禹时代的罪名主要有寇、贼、奸、宄、昏、墨、胥渐、复诅盟、不如言及掩义隐贼、毁信废忠等等。尽管其中的许多罪名或对犯罪的描述出自后人之口或后人之笔，有不准确甚至以后代语言描述前代史实的可能，但无论如何，它们至少在一定程度上反映了当时已经有犯罪的事实。

河南龙山文化的墓葬中有斩首、腰斩、活埋和刖等刑罚的实物资料，有关尧舜禹时期的文献资料中又有墨、劓、刖、宫、刵、大辟等刑罚和寇、贼、奸、宄、昏、墨、不如言等犯罪的记载，将二者结合起来，推断河南龙山文化时期或尧舜禹时期已经有法律产生，应当是没有疑问的。关于这一点，我们还可以列举两个方面的文献记载予以说明。

第一，尧舜禹时期至少有三次大规模的立法活动。一是《尚书·吕刑》记载的“伯夷降典折民惟刑。”《汉书·刑法志》颜师古注云：“言伯夷下礼法以道人，人习知礼，然后用刑也。”二是苗民制五刑。《尚书·吕刑》：“苗民弗用灵，制以刑，惟作五虐之刑曰法，杀戮无辜，爰始淫为劓、刵、椓、黥。”根据此记载，苗人最先创制五刑，并影响了中原部落联盟的法律。三是皋陶作刑。这一事件不仅见于《尚书·尧典》、《左传》、《史记·五帝本纪》，也见于《竹书纪年》、《世本》及汉代的《急就篇》等典籍中。例如，《竹书纪年》即说：“帝舜三年，命皋陶作刑。”《世本·作篇》也说：“皋陶作刑。”由此可见这一事件在古人心目中的地位。

第二，尧舜禹时期有关于法官和审判的记载。法律一旦制定出来就必须加以贯彻实施，而法律的贯彻实施又与法官和审判联系在一起。因此，法官和审判的存在也是法律已经产生的标志之一。据《尚书·尧典》，舜命皋陶作士。郑康成注云：“士，察也，主察狱讼之事。”马融注云：“狱官之长。”则皋陶为当时的最高司法长官，掌管中原部落联盟的司法事务。又据传说，皋陶治狱曾使用一种叫作解廌（又称触廌）的神兽来决断是非。《论衡·是应》：“触廌者，一角之羊也，性知有罪。皋陶治狱，其罪疑者，令羊触之，有罪则触，无罪则不触。斯盖天生一角圣兽，助狱为验。故皋陶敬羊，起坐事之。”这说明当时还处于神判法时代。

三

根据马克思主义的理论，法律是社会发展到一定阶段的产物，它随着私有制和阶级的出现，随着阶级矛盾的尖锐化而产生。因此，要说明河南龙山文化时期和尧舜禹时期已经有法律存在，还必须说明这一时期私有制的发展和阶级矛盾的尖锐剧烈已经达到了法律非产生不可的程度。

根据考古资料，在河南龙山文化时期，农业、畜牧业和制陶业都有了很大的发展，促进了社会分工，劳动生产力进一步提高，剩余产品大量增多，私有制也有了很大发展。又据文献记载，炎黄时期曾发生过炎帝族、黄帝族、东夷族之间的循环战争，尧舜禹时期发生过中原部落联盟与南方三苗族的战争。这些规模巨大而旷日持久的氏族战争也与较多剩余产品的出现和私有制的进一步发展有关。恩格斯在谈到氏族社会末期的情形时说：“邻人的财富刺激了各民族的贪欲，在这些民族那里，获取财富已成为最重要的生活目的之一。他们是野蛮人，进行掠夺在他

们看来是比进行创造的劳动更容易甚至更荣誉的事情。以前进行战争,只是为了对侵犯进行报复,或者是为了扩大已经感到不够的领土;现在进行战争,则纯粹是为了掠夺,战争已成为经常的职业了。”^①

随着剩余产品的大量增多和私有制的进一步发展,出现了贫富分化,出现了奴隶和自由民,阶级和阶级斗争也因而产生。一般说来,阶级对立和阶级矛盾的发展有一个漫长的过程,开始比较和缓,愈到氏族社会末期则愈加激烈。在山西襄汾陶寺龙山文化遗址中,已经清理的109座墓葬中,只有17座墓有随葬品,4座深墓的墓口上有猪头骨,它反映了剧烈的贫富分化。在河南登封王城岗和淮阳平粮台还发现了河南龙山文化时期的城堡。^②城堡的出现,反映了当时阶级矛盾和阶级斗争的尖锐激烈。恩格斯指出:“在新的设防城市的周围屹立着高峻的墙壁并非无故;它们的壕沟深陷为氏族制度的墓穴,而它们的城楼已经耸入文明时代了。”^③

私有制的发展,阶级的产生和阶级斗争的尖锐激烈,设防城堡的出现,以及氏族之间掠夺战争的频繁和军事首领权力的日益扩大,都表明氏族制度已经走向死亡,社会已经踏入文明的门槛。由此看来,在河南龙山文化时期和尧舜禹时期,已经有法律存在完全是顺理成章的事情。

但是,以上我们列举的河南龙山文化时期的刑罚资料和文献记载中尧舜禹时期的刑罚及罪名都属于刑法的范畴,能不能以刑法的产生作为法律产生的标志呢?从三代的法律来看,夏代有“禹刑”,商代有“汤刑”,西周有“九刑”,西周穆王时又制定有《吕刑》,说明当时的法律主要是刑法。三代以前,中国法律产生的初期也是这样。尧舜禹时期立法上的三件大事,苗民制五刑和皋陶作刑所制定的都是刑法,“伯夷降典”虽有礼的内容,但“折民惟刑”也是指刑法。《尚书·尧典》中还有一段关于尧舜时法律的记载:“象以典刑,流宥五刑,鞭作官刑,朴作教刑,金作赎刑,眚灾肆赦,怙终贼刑。”其中虽列有官刑、教刑、赎刑,涉及了不同的方面,但其内容也还是刑法。正是有鉴于上古三代以及秦汉以后刑与法的特殊关系,有些典籍甚至把刑与法等同起来,认为刑就是法。《尚书·吕刑》说苗民“惟作五虐之刑曰法”;《说文解字》说:“法,刑也。”既然中国法律在其产生的初期以至于夏商周秦汉以降都是以刑法为主,那么,以刑法的产生作为中国法律产生的标志还是可以说得通的。当然,对其他的部门法律,如民法、诉讼法、军事法、行政法的起源还需要作进一步的研究,从目前掌握的文献资料来看,民法的起源与原始礼俗有密切的关系,诉讼法的起源与皋陶一类的司法官的审判活动有关,军事法的起源与氏族战争有关,行政法的起源与原始社会末期已经发生蜕变的氏族管理机关有关。不过,考古资料中基本没有这些部门法律起源的证据,因而不属本文论述的范围。

此外,这一时期虽然存在着尖锐的阶级对立和阶级斗争,但国家还没有产生。按照一般的观点,法律是由国家制定或认可,并由国家的强制力保证实施的行为规范。许多人也由此而断言,中国法律起源于国家已经产生的夏代。那么,法律在其产生的初期是否必然与国家联系在一起?近年来,已经有人考察了马克思和恩格斯的有关论述,认为他们的原意是先有法律产生,而后才有维护法律的国家产生;法律发端于原始社会末期的父权制时代。^④笔者同意这一观点。事实上,国家的产生和法律的产生一样都有一个漫长的过程,氏族机构是逐渐蜕变为国家机构的。我们现在所说的国家产生于夏代,是以夏启废除禅让制这一重大历史事件作为国家产

①③ 《马克思恩格斯选集》第4卷,第160页。

② 《新中国的考古发现和研究》,第84页。

④ 参见曹三明:《法律起源考论》,载《中国社会主义法制建设的理论与实践》,鹭江出版社1987年版。

生的标志的,但在此之前,国家制度的一些因素和特征已经存在于氏族制度中,而在此以后,氏族制度的一些因素和特征也同样长期存在于夏商周三代的国家制度中。大体说来,在国家形成的过程中,氏族机构的阶级压迫和阶级统治的色彩越来越浓,以至具有了国家政权的雏形。据《史记·五帝本纪》,舜为中原部落联盟首领时,“皋陶为大理,平,民各伏得其实;伯夷主礼,上下咸让;垂主工师,百工致功;益主虞,山泽辟;弃主稷,百谷时茂;契主司徒,百姓亲和;龙主宾客,远人至;十二牧行而九州莫敢辟违;唯禹之功为大,披九山,通九泽,决九河,定九州,各以其职来贡,不失厥宜。”其中,中央有主治水者,主司法者,主礼者,主工师者,主虞者,主稷者,主司徒者,主宾客者,地方有巡行各州的十二牧,这说明以舜为首的部落联盟已经具有了国家政权的雏形。舜命皋陶作刑的记载,皋陶一类的司法官从事审判的记载,都表明这样的机构完全可以制定或认可法律,并保障法律的实施。

综上所述,根据目前掌握的考古资料和文献资料,我们可以把中国法律的起源暂定在河南龙山文化时期和与之相当的尧舜禹时期,中国法律已经确切产生的年代大约在公元前2400年左右,比原来中国法律起源于夏代的说法提前约400年左右。

(作者单位:中国社会科学院法学研究所)

责任编辑:张少瑜

