

《吕刑》在中国 法律史上的地位与影响

梁凤荣*

内容提要:《吕刑》所反映的德刑并举治国思维及刑法制度与原则,直接或间接地影响着后世刑法的构建。在法律思想方面,后世社会的明刑弼教、乱世重典及贤人执法理念与《吕刑》有渊源关系,在法律制度,古老的五刑、五听与赎刑也是后世同类制度的嚆矢。《吕刑》中关于上下比罪、简孚有众、其刑上备等定罪量刑原则又分别成为后世的类推、据众证定罪及重罪吸收轻罪等制度的示范。

关键词:《吕刑》 德刑并举 中国刑法史 五刑五听

西周穆王时代产生的《吕刑》是我国历史记载上第一部系统性的刑法典。由于年代湮加之其它各种原因,作为法典的《吕刑》久已失传。《尚书》中的《吕刑》篇作为最高统治者发布用以说明法典《吕刑》的文告,其所反映的德刑并举治国思维及刑法制度,不仅为我们今日窥探西周法典《吕刑》,进而为研究西周法制状况提供了可靠的史料,而且更为重要的是,它又直接或间接地影响着后世社会的法制构建。

学术界关于《吕刑》的研究成果甚多。除历代经学大师的字词注疏外,当代学者也多有涉猎,不仅多个版本的法律史学教材有着简要介绍,而且还有一些论文专篇问世。其中徐静村先生的《吕刑初探》〔1〕是建国后见诸期刊较早的专论;晁福林先生的《郭店楚简〈缁衣〉与〈尚书·吕刑〉》〔2〕与马小红教授的《试论〈吕刑〉的制定年代》〔3〕,对《吕刑》的产生时间进行了考辩;刘榛贞老师的《〈吕刑〉与法律语言》〔4〕则探讨了《吕刑》作为法典的语言风格;王保国博士的《从〈吕刑〉看明德慎罚思想在西周的演变》〔5〕,主要研究的是西周治国思想的演绎。上述成果都从不同角度丰富了《吕刑》研究,但学界对《吕刑》法律价值的后世际遇问题似乎还缺失笔墨。事实上,历代封建王朝的立法或彰显或隐约均以《吕刑》内容为嚆矢,无论立法思想的选择,还是具体法律制度的确定,均显露出《吕刑》影响的印记。

* 郑州大学法学院教授。

〔1〕 参见《西南政法学院学报》1984年第2期。

〔2〕 参见《史学史研究》2002年第2期。

〔3〕 参见《晋阳学刊》1989年第6期。

〔4〕 参见《法律科学》1993年第1期。

〔5〕 参见《郑州大学学报》2003年第1期。

一、法律思想层面的影响

法律思想与法律制度是法律文化的两个重要组成部分。如果说法律思想是法律制度的深层结构的话，那么法律制度便是前者的表层体现。前者决定后者，后者是前者的外化。《吕刑》法律价值的后世社会际遇，首先表现在其思想内涵的被推崇与演绎。

（一）“明德慎罚”与“明刑弼教”

《吕刑》多处言“德”，但其“德”之内涵与西周初年相比已经发生了变化。评价《吕刑》之精神与其说冠以“明德慎罚”，则不若“明刑弼教”更为妥贴。

周文王在灭商之前针对商王纣的杀戮无辜，采取了一系列笼络人心的政策。史载：“西伯阴行善，诸侯皆来决平。”〔6〕正是凭借“有德”及诸侯的拥戴，周人兴兵伐纣最终得天下。为此，周人在总结商亡教训与周人胜利的经验后，明确地提出了“明德慎罚”的治国理念。所谓“明德”，就是尚德，提倡德教，而“慎罚”，就是对刑罚的适用采取审慎态度。但应该看到，即便在西周初年，统治者提倡“明德慎罚”的目的，也不是要削弱刑罚，更不是要放弃刑罚，而是为了更有效地使用刑罚。从《尚书》与《周礼》等文献资料的记载看，有关西周罪名以及刑罚制度的规定，不仅丝毫不逊色于“刑名从商”的殷人，而且从刑制规模上又大大超越前代。

西周统治者比殷商统治者的高明之处，就在于施加刑法或刑罚之时，往往在“敬天”或“保民”名义下，摒弃殷人那种因以神之后代而居高临下的威严，而是有意识地以“德礼”温情遮掩刑罚的冰冷。学界在找寻西周初年“明德慎罚”思想的外化表现时，一向赞许诸如定罪量刑区分故意与过失、适用刑罚矜老哀幼、废除殷商灭族之刑实行罪止一身等，但所有这些决不意味着统治者对当时刑法或刑罚的淡漠。事实上，一旦有危害其政治秩序行为的发生，统治者所苦心经营的刑法或刑罚便立即显示出无可替代的镇压功能。武庚与三监叛乱的被平定，所涉案犯的被惩治就是例证。

如果说周初统治者适用刑罚由于姬周政权立足未稳的话，那么，因“成康之治”而奠定政治基础的中期“天子”，则适时地将其先祖“明德慎罚”理念中的“保民”成份毫无顾忌地演绎为“治民”特色。穆王正是基于这样的心态，明确表示制定《吕刑》目的是“荒度作刑，以诘四方”。〔7〕保民言德，治民用刑。刑罚的残酷使人们轻易不敢触法，从而有助于社会德化，后世封建君主的德刑并举，“明刑弼教”治国思维正是基于这样的理念。

汉代是儒家思想被确立为正统地位的时代，但“外儒内法”的新儒学已经事实上隐藏了“明刑弼教”的伏笔，即便是董仲舒的“经义决狱”也同样如此。王充、班固分别评价说：“董仲舒表《春秋》之义，稽合于律，无乖异者”；〔8〕“孝武之世，外攘四夷，内改法度……惟江都相董仲舒，内史公孙弘、倪宽，居官可纪。三人皆儒者，通于世务，明习文法，以经术润饰吏事，天子器之。”〔9〕王充、班固的评论说明，汉儒以《春秋》改造汉律，目的并非要以经义取代法律，而是要援礼入律，“以经术润饰吏事”，寻求经义与法律的理性结合点。汉末时期军阀割据兵连祸结，颇具诗人气质的曹操对“咸礼让，民无所争讼。三年耕有九年储，仓谷满盈，斑白不负戴……犯礼法，轻重随其刑。路无拾遗之私，囹圄空虚，冬节不断人。耄耆皆得以寿终，恩德广及草木昆虫”〔10〕的礼教环境表示了倾心向往。如何达于这个理想，曹操明确提出了自己关于礼与

〔6〕《史记·周本纪》

〔7〕《尚书·吕刑》

〔8〕《论衡·程材》

〔9〕《汉书·循吏传》

〔10〕《宋书·乐三》，曹操诗《对酒歌太平时》。

刑关系的见解：“治定之化，以礼为首；拨乱之政，以刑为先。”^{〔11〕}可以说，曹操法律思想中“明刑弼教”的成分已经相当明显。

封建正统法律思想发展至两宋出现了哲理化的倾向。朱熹是宋代理学的重要代表，他把“理”运用到政治法律上，得出国家和法也是“理”的体现的结论，认为国家的礼法就是圣人为了教育和治理百姓而设。他说：“盖三纲五常，天理民彝之大节而治道之本根也。故圣人之治为之教以明之，为之刑以弼之。”^{〔12〕}朱熹还把圣人制法的目的概括为顺天理、合人心，为了求得天下人都能顺天理，官府就需要对有“劣迹”之人“悬赏以诱之，严刑以督之”。^{〔13〕}朱熹认为官府只有这样做才能合人心，因为“政者法度也，法度非刑不立，故欲以政道民者，必以刑齐民。”^{〔14〕}基于上述认识，朱熹主张执法从严并恢复早在汉代已经被废止了的肉刑。他说：“刑愈轻而愈不足以厚民之俗，往往反以长其悖逆作乱之心，而使狱讼之愈繁。”^{〔15〕}他积极建言皇帝，要“深于用法”，以达绥靖社会的目的。

“明刑弼教”在明代更是被朱元璋及其后继者奉为立法指导思想。洪武“三十年作大明律，造成，御午门，谕群臣曰：‘朕仿古为治，明礼以导民，定律以绳顽’。”^{〔16〕}即对于顺从其统治的“良民”用礼教引导，而对于不顺从的“顽恶之徒”则以法律严惩不怠。在对百姓进行教化方面，明初有很多创新措施。如洪武五年在各地乡间建“申明亭”，由本里百姓推举正直的里甲老人主持，亭内树立板榜，定期张榜公布本地有过错人的姓名及过错行为，并由“老人”主持轻微诉讼的调解，以此“申明教化”。皇帝还经常发布以教化百姓为目的的法令，称“教民榜文”。所有这些表明，朱元璋治理国家的侧重点在于使用法律手段推行教化，教化与刑罚不分主次与先后，而是并列的统治手段。治民并非必须“先教后刑”，从政治秩序的实际情况出发，完全可以“先刑后教”，发挥刑法或刑罚的威力并用以辅助教化。所以在《御制大诰·民不知报》中，朱元璋告诫臣民：“君之养民，五教五刑焉。”其后的明惠帝也说：“明刑所以弼教。”^{〔17〕}对于严重违背礼教的行为予以严惩，才能使小民趋善避恶，心怀良德。

（二）刑罚世轻世重与乱世重典

《吕刑》云：“刑罚世轻世重，惟齐非齐，有伦有要。”这里的“世轻世重”，指的是政治的盛衰与治乱形势，即统治者要衡量各种犯罪对社会的危害程度，然后再根据需要适用不同的刑罚制度，乱世用重典，治世用轻典。

所谓社会的“治”与“乱”，都是社会矛盾或尖锐或缓和的体现。《史记》记载，“自孔甲以来，而诸侯多畔夏，桀不务德而武伤百姓，百姓弗堪。”^{〔18〕}这里“诸侯多畔”就是乱世，“不务德而武伤百姓”就是加重刑罚，“弗堪”就是刑罚加重的后果。乱世刑重在殷商的表现主要在纣时，“百姓怨望而诸侯有畔者，于是纣乃重刑辟，有炮烙之法。”^{〔19〕}《吕刑》产生在西周中期，穆王对外大举用兵，对内大肆掠夺，社会矛盾激化，此时的西周王朝相对进入了乱世。穆王制定《吕刑》与周初相比加重刑辟可以说是其本能的选择。《汉书·刑法志》记载，“周道既衰，穆王眊荒，命甫侯度时作刑，以诘四方。”无怪乎与《周礼》等文献的记载相比，《吕刑》之刑罚条款增加了五百。刑罚增多的社会原因就是当时的“乱世”环境，“盖多于平邦中典五百章，所谓刑乱邦用重典者也。”

〔11〕 《三国志·魏书·高柔传》

〔12〕 《晦庵先生朱文公文集·戊申延和奏札》，清康熙戊辰据元本校正重刊本。

〔13〕 同上，《与陈侍郎书》。

〔14〕 同上，《答程允夫》。

〔15〕 同上，《戊申延和奏札》。

〔16〕 〔17〕 《明史·刑法志》

〔18〕 《史记·夏本纪》

〔19〕 《史记·殷本纪》

《吕刑》中的“刑罚世轻世重”治国理念，深远地影响着后世立法。在新朝甫建，新君临朝或在社会矛盾相对缓和的时期，一般而言，立法与司法相对宽缓。汉初刘邦与关中父老“约法三章”，以及文景时期顺应时代潮流而进行的刑制改革，均透析着“新国轻典”的影子。《汉书·刑法志》对这一时期评价说：“萧曹为相，填以无为，从民之欲而不扰乱，是以衣食滋殖，刑罚用稀。及孝文即位，躬修玄默，劝趣农桑，减省租赋。而将相皆旧功臣，少文多质，惩恶亡秦之政，论议务在宽厚，耻言人之过失。化行天下，告讦之俗易。”“贞观之治”时期的唐王朝是我国封建社会的鼎盛时期，刑法和刑罚的宽简可谓有史皆碑。针对立法的繁与简，李世民曾说：“国家法令，惟须简约。不可一罪作数种条”，^{〔20〕}针对刑罚的轻重，他认为“死者不可再生，用法务在宽简”。^{〔21〕}李世民的这些见解直接影响着《贞观律》的制定格调，其律“五百条，立刑名二十等，比隋律减大辟九十二条，减流入徒者七十一条，凡削烦去蠹，变重为轻者，不可胜纪。”^{〔22〕}

可见，刑罚宽简的前提就是社会安定，矛盾缓和。失去这样的政治环境，“乱世”必用重典。西汉在“刑罚大省”的文景盛世之后，由于各种矛盾的累积，汉武帝用典颇重。《汉书·刑法志》记载当时加重刑辟的措施包括：制定官吏上下之间进行检举监督的“见知故纵监临部主之法”；实行鼓励官吏滥加严刑的“缓深故之罪，急纵出之诛”的极端刑事政策；“禁罔寢密”，致使“律令凡三百五十九章，大辟四百九条，千八百十二事，死罪决事比万四千四百七十二事。”法律令的“文书盈于几阁”，以至“典者不能遍睹”。

明朝朱元璋是践行《吕刑》“乱世重典”的典型。这位出身行伍的皇帝对其所理解的西周治国思维是如此的热衷，以至于其治国方式近乎亦步亦趋的模仿，其“仿古为治”体现于多方面：如在国家体制上，仿周之分封；在帝位传人上，实行严格的嫡长子继承制；法令的名称也以“大诰”相称。《御制大诰》四篇实际上是朱元璋制定的特别刑法。不仅如此，被朱元璋认定为承平之法，颁布于洪武三十年的《大明律》，其严苛程度也远远超过唐律。对“胡蓝大狱”的镇压，以及明王朝司法活动的法外用刑、特务横行等，更是凸显了重典威力。晚年的朱元璋曾对自己精心策划的重典治国谋略颇有几分得意，一厢情愿地认为其重典已经荡平了“乱世”，留给其嫡长孙朱允炆的则是一个升平的大明王朝。所以他告诫朱允炆说：“吾治乱世，刑不得不重。汝治平世，刑自当轻，所谓刑罚世轻世重也。”^{〔23〕}踌躇满志之情溢于言表。

《吕刑》产生的时代距朱元璋当政的明王朝，从时间上已跨越了两千多年。《吕刑》篇关于“刑罚世轻世重”原则对后世如此深远的影响，某种程度上表明了《吕刑》制定者治国经验的相对成熟。

（三）“惟良折狱”与“贤人执法”

《吕刑》提出了“惟良折狱”、“非佞折狱”的司法理念。《吕刑》刑罚向以“祥刑”标榜，而刑罚之“祥”的标志就在于追求“中正”，中正的保证在于“慎罚”，“慎罚”的关键则在于“典狱”者的个人素质。“良人”掌管狱政，能够避免冤滥与不公，使法律达到“序民人，利后嗣”的目的。相反，如果由“佞人”司法，其后果不仅不能体现法律应有的“正义”，而且还容易发生由于狱讼“不公”而导致的民变事件。因此，良人与佞人执掌狱讼的差别，不仅关系到刑罚的祥、虐，而且关系到王命的得失去留与政治兴衰。鉴此，统治者必须注意狱政的肃清。而要肃清狱政，就必须杜绝“佞人折狱”。与之相对应，自然是对“惟良折狱”的张扬。

《吕刑》中的“惟良折狱”与“非佞折狱”思想为后世儒家所彰显，并成为历代王朝对执法

〔20〕 《贞观政要·赦令》

〔21〕 《贞观政要·刑法》

〔22〕 《资治通鉴·唐纪·贞观十一年》

〔23〕 《明史·刑法志》

人才的基本要求。孔子说：“文武之政，布在方策。其人存则其政举，其人亡则其政息。”〔24〕孟子说：“徒善不足以为政，徒法不足以自行。”〔25〕荀子说：“有治人，无治法。”〔26〕

不唯儒家，墨家对《吕刑》“惟良折狱”与“非佞折狱”思想也持赞同观点。在讨论君主与刑罚之间的关系时，《墨子》引用《吕刑》中的观点作为依据：“昔者，圣王制为五刑以治天下，逮至有苗之制五刑以乱天下，则此岂刑不善哉？用刑则不善也。是以先王之书《吕刑》之道曰：‘苗民否用练，折则刑，唯作五杀之刑，曰法。’则此言善用刑者以治民，不善用刑者以为五杀。则此岂刑不善哉？用刑则不善，故遂以为五杀。”〔27〕墨子认为刑的本身并无善恶之分，其善恶或由立法者所赋予，或由司法者所成就，这从《墨子·尚贤》对《吕刑》“惟良折狱”思想的称赞中可以看出，即“能择人而敬为刑，尧舜禹汤文武之道可及也”。

随着时代的演进，“惟良折狱”与贤人执法思想对身处下层的普通百姓也产生了影响，其反映就是中国百姓的清官情结。“清官”概念是颇具中国特色的法律文化现象，在中华民族文明史上特别是宋代之后，确实出现了以包拯、海瑞、于成龙等为代表的清官。被记录在史册或现身于文学作品中的清官都是不负朝廷期待，爱民如子，执行王法的典范。他们一身正气，两袖清风，不慕富贵，淡泊名利，执法严明，面对邪恶势力大义凛然。以当时的道德标准衡量，清官算得上“贤人”。历代清官的行为，也在不断地诠释着“法不能独立，类不能自行，得其人则存，失其人则亡”的理念。〔28〕正因为如此，人们的清官情结才日渐形成一种具有浓厚历史底蕴的法律文化现象。甚至于今天，中国人都难以彻底摆脱清官情结的困惑，“惟良折狱”与贤人执法思想可谓余音绕梁。

二、法律制度层面的影响

如果说《吕刑》在思想层面对后世的影响略呈若隐若现的话，那么，它给予后世社会法律制度层面的影响则相对要直观一些。某些特定时期，后世封建法制几乎就是《吕刑》中制度的直接承袭。

（一）旧五刑至新五刑的刑罚制度演变

关于刑罚的起源，《吕刑》曰：“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、椽、黥。”其实在夏朝就有“大辟二百，膻辟三百，宫辟五百，墨、劓各千”的记载。殷商将夏朝的膻改为刵。西周“刑名从商”，“司刑掌五刑之法，以丽万民之罪：墨罪五百，劓罪五百，宫罪五百，刵罪五百，杀罪五百。”至周穆王时命吕侯修定刑典制《吕刑》，正式确立墨、劓、刵、宫、大辟五刑，史称奴隶制五刑或“旧五刑”。这个五刑在《吕刑》中的体系是：“墨罚之属千，劓罚之属千，刵罚之属五百，宫罚之属三百，大辟之罚，其属二百，五刑之属三千。”《吕刑》的发布，标志着旧五刑的系统化、完备化。尽管奴隶制时代的刑罚名目繁多，远不止五种，但此五刑是刑罚体系的主干，“五刑”之说亦为学界普遍认可。

战国时期李悝制定的《法经》中有五刑的保留。《法经》原文早已失传，从后世文献的记载看，其中曾有“窥宫者膻”、“拾遗者刵”的规定。秦国虽无“五刑”之名，但有“五刑”之实。商鞅在主持变法时，曾因太子犯法而“刑其傅公子虔、黥其师公孙贾”。〔29〕秦相李斯因受到赵高等人的排挤和迫害，最后“具五刑”而死。西汉建立伊始，汉高祖刘邦以“四夷未附，兵革未

〔24〕《礼记·中庸》

〔25〕《孟子·离娄上》

〔26〕《荀子·君道》

〔27〕《墨子·尚同中》

〔28〕《荀子·君道》

〔29〕《史记·商君列传》

息，三章之法不足以御奸”为由，命相国萧何“摭摭秦法，取其宜于时者，作律九章”。^[30]虽法律条文有所删简，但却完全采用秦朝的刑罚制度。《后汉书·崔寔传》记载：“昔高祖令萧何作九章之律，有夷三族之令。黥，劓、斩趾、断舌、梟首，故谓之具五刑。”这说明汉初的刑罚体系正是承袭周暴秦的结果。

旧五刑之制发生变化，始于汉文帝十三年刑制改革。在社会经济制度发生变革的环境里，法律与刑罚制度的从属性，虽然可以在一个相当长的时期内保持不变，但是社会上层建筑落后于经济基础的这种情况，并不能永远地维持下去。社会经济的进一步发展必然要求有与之相适应的法律与刑罚制度。汉文帝的刑罚改革，就是当时社会政治经济取得相对稳定甚至“升平”的情况下而进行的。《汉书·刑法志》记载，文帝下令改革刑罚，“其除肉刑，有以易之；及令罪人各以轻重，不亡逃，有年而免。”即以笞刑和劳役刑取代旧五刑的墨、劓、剕刑。景帝时继续对刑罚制度予以改革，从而将自《吕刑》体系化的肉刑几乎从法律上一举废除，并为封建制的笞、杖、徒、流、死新五刑制度奠定了基础。明人丘浚评价：“自是以来，天下之人犯法者始免断肢体、刻肌肤；百世之下，人得以全其身，不绝其类者，文帝之德大矣。”^[31]但文、景时期的刑制改革，尚未涉及宫刑。汉武帝时，司马迁之所以被惩之宫刑，与当时此刑罚仍作为法定刑的存在有着事实上的联系。宫刑这种意在“绝人后嗣”的酷刑，直到魏晋时期才被明令废止。

自汉代刑制改革之后，围绕着肉刑存废问题而展开的论争，终两千年封建社会几乎没有停息。汉时班固首先发难，认为除肉刑完全是“失本惠”之举，力主恢复之。魏晋时期的钟繇、陈群、刘颂等人都是恢复肉刑的积极倡导者。钟繇曾上疏魏帝，曰：“大魏受命，继踪虞夏。孝文革法，不合古道。先帝圣德，固天所从，坟典之业，一以贯之。是以继世，仍发明诏，思复古刑，为一代法。”他并引《吕刑》之文：“皇帝清问下民，齔寡有辞于苗”，认为“此言尧当除蚩尤、有苗之刑，先审问于下民之有辞者”，即间接批评汉文景的刑罚改革没有象尧一样认真听取群臣意见而有失鲁莽。^[32]陈群复肉刑的观点更为明确，“《书》曰：‘惟敬五刑，以成三德’……若用古刑，使淫者下蚕室，盗者刖其足，则永无淫放穿逾之奸矣。夫三千之属，虽未可悉复，若斯数者，时之所患，宜先施用。”^[33]晋时刘颂为廷尉“频表宜复肉刑”。其理由就是：“圣王之制肉刑，远有深理，其事可得而言，非徒惩其畏剥割之痛而不为也，乃去其为恶之具，使夫奸人无用复肆其志，止奸绝本，理之尽也。亡者刖足，无所用复亡。盗者截手，无所用复盗。淫者割其势，理亦如之。”^[34]依刘颂之见，把逃亡之人的脚剁掉，使其不能再逃亡；把盗窃者的手砍去，使其不能再偷窃；对淫者割其势，使其不能再犯淫乱，“除恶塞源”确实再也没有比恢复肉刑更有效的办法了。

魏晋时期恢复肉刑的言论至南宋时，得到了朱熹等人的赞同与重复。朱熹说：“今徒流之法既不足以止穿逾淫放之奸，而其过于重者则又有不当死而死，如疆暴赃满之类者，苟采陈群之议，一以宫刑之辟当之，则虽残其支体，而实全其驱命，且绝其为乱之本，而使后无以肆焉，岂不迎合先王之意，而下适当世之宜哉。”^[35]在朱熹看来，对于“经贷命”而再犯的“强盗”，“不若斩其左足，使终身不复能陆梁。”^[36]这位素有“学道之君子”的理学大师，如此“惓惓于肉刑”，^[37]动辄以“先王”之法标榜肉刑，从一定程度上说明，被《吕刑》完备化、体系化，并以

[30] 《史记·高祖本纪》

[31] [明] 丘浚：《大学衍义补·治国平天下之要》。

[32] 《三国志·魏书·钟繇传》

[33] 《三国志·魏书·桓陈徐卫卢传》

[34] 《晋书·刑法志》

[35] 前引 [12]，《晦庵先生朱文公文集·答郑景望》。

[36] 同上，《答张敬夫》。

[37] [宋] 陈亮：《陈亮集·问答下》上册，中华书局1974年版，第42页。

肉刑为主体的旧五刑，其治世功用的影响是何等深远。

事实上，被汉代文景二帝明令废止的肉刑，在后世封建社会的刑罚制度中也并没有完全消声匿迹。据沈家本《历代刑法考》，南北朝时期，“宋明帝泰始四年，定黥、刖之制”；“梁有黥面之刑”；即便是以宽平之貌示人的唐太宗也“时行断趾法”。此外，赵宋王朝的“刺配刑”，也是事实上的黥刑复活，明清两代司法中也多有肉刑适用的案例。

（二）五听审判的后世承袭

《吕刑》中“师听五辞”的审判制度，被后世封建社会奉为司法审判方式的圭臬，历代承袭并发展，显示出顽强的生命力。从形态来看，最初表现为辞、色、气、耳、目五种对陈述人表情的感性认识，即“五听”；在此基础上进而发展为“以理推寻”，即以情理和事理进行判断，这就极大地丰富和深化了“五听”的内涵。至此，我国古代五听制度兼具感性认识和理性认识的合理因素，为后世所承袭。

秦朝时凡狱讯“必先尽听其言而书之”，如果当事人供词矛盾或情节陈述不清，审理者对其可以反复讯问。^{〔38〕}汉时对被告进行审讯，称作“鞫狱”并沿用“五听”之法。至唐朝，五听制度进一步发展。《唐律·断狱》规定：“诸应讯囚者，必先以情审查辞理，反复参验；犹未能决，事须讯问者，立案同判，然后拷讯。”其《疏议》曰：“察狱之官，先备五听，又验诸证信，事状疑似，犹不首实者，然后拷掠。”要求司法官在审理案件时，必须通过五听的方式，依据情理审查供词的内容，然后同其他证据进行比较印证，检验证据的可靠性。宋承唐制，根据《宋刑统·断狱》的规定，凡审理案件，应先以情审查辞理，反复参验。如果事状疑似，而当事人又不肯实供者，则采取拷掠以取得口供。

元朝要求推官在审理案件时“以理推寻”。依据该规则，“诸鞫问罪囚，必先参照元发事头，详审本人词理，研穷合用证佐，追究可信显迹。若或事情疑似，赃伏已明，而隐讳不招，须与连职官员，立案同署，依法拷问。其告指不明，无证验可据者，必须以理推寻，不得辄加拷掠。”要求推官“应须先自细看文卷披详词理，察言观色，庶得其情。”之所以如此，就是效仿“古者察狱之官，先备五听”，故元朝要求“如就州县审理，尤且究心，”只有这样才是履行了“推官之责”。^{〔39〕}明朝“问刑官”进行审讯时，也要求“观看颜色，察听情词”，当事人若“词语抗厉，颜色不动者，事理必真；”“若转换支吾，则必理亏。”^{〔40〕}清朝也非常重视通过五听获取“狱囚”的口供。《大清律例·断狱下》规定：“凡狱囚徒流死罪，各唤囚及其家属，具告所断罪名，仍取囚服辩文状。若不服者，听其自理，更为详审。”

“五听”审判制度在后世社会长期绵延存在，与古人对犯罪心理的认识有关。晋朝律学家张裴就曾从心理学的角度对其予以解释：“夫刑者司理之官，理者求情之机，情者心神之使，心感则情动于中而形于言，畅于四支，发于事业，是故奸人心愧而面赤，内怖而色夺，论罪者务本其心，审其情，精其事，进诸取身，远诸取物，然后乃可以正刑。”接着他又阐述受审人的各种表情可能反映的事实：“仰手似乞，俯首似夺，捧手似谢，拱臂似自首，攘臂似格斗，矜庄似威，怡悦似福；喜怒忧欢。貌在声色；奸真猛弱，候在视息。”^{〔41〕}

这些看法虽有失偏颇，但将其置于当时社会环境中考察，应该说有合理之处。古代社会由于科技水平的限制，案件的取证相对困难，所以在案件审理过程中重口供轻物证、重主观轻客观的情况在所难免。但即便如此，一些清官廉吏在断案时，却也能通过证据间的细微差别，证词间的

〔38〕《睡虎地秦墓竹简·封诊式》，文物出版社2001年版，第148页。

〔39〕《元典章·刑部二·鞫狱》

〔40〕《皇明制书·诸司职掌》

〔41〕《晋书·刑法志》

自相矛盾，证人的体貌神色等推断出当事人的心理状态及案件的隐情。在物证缺乏的情况下，“凡察狱者，或以气貌，或以情理，或以事迹，此三者皆足以知其冤否也。”〔42〕此外，对当事人尤其是被告供述真伪的辨别，“或听其声而知之，或视其色而知之，或诘其辞而知之，或讯其事而知之。盖以此四者得其情矣，故奸伪之人莫能欺也”。〔43〕显然，以“五听”断狱讼，实质上就是案件审理者根据自己的经验常识与逻辑判断，在自己的内心形成案件真相“确信”，即现代诉讼理念中所谓的“自由心证”过程。我国现存古代几部有关狱讼的专门书籍，如《折狱龟鉴》、《棠阴比事》、《名公书判清明集》等，其中多起案例的审理都体现了“五听”特色。

（三）赎刑制度的后世延伸

“赎刑”为《吕刑》的主要内容，向来被视作《吕刑》为“祥刑”的体现。“赎”是中国法制史上一个重要概念，涉及民事法律规范、刑事法律制度等多个领域。《说文》解释，“赎，货也”；《玉篇》曰：“赎，质也，以财拔罪也。”以中国传统法律观念为背景，“赎”可以笼统地表述为通过支付一定的代价，以使某种已经失去或者依法应当失去的权益得以恢复的制度。

传世文献关于赎刑的记载，最早见于《尚书·舜典》：“象以典刑，流有五刑，鞭作官刑，扑作教刑，金作赎刑。”《周礼·秋官·职金》曰：“掌受士之金罚、货罚，入于司兵。”疏云：“掌受士之金罚者，谓断狱讼有疑即使出赎。既言金罚又曰货罚者，出罚之家，时或无金，即出货以当金直，故两言之。……但古出金赎罪，皆据铜为金……。”与之相比，《吕刑》关于赎刑的规定则更见明晰和系统：

“两造具备，师听五辞。五辞简孚，正于五刑。五刑不简，正于五罚。五罚不服，正于五过。……五刑之疑有赦，五罚之疑有赦，其审克之。……墨辟疑赦，其罚百锾，阅实其罪；劓辟疑赦，其罚惟倍，阅实其罪；剕辟疑赦，其罚倍差，阅实其罪；宫辟疑赦，其罚六百锾，阅实其罪；大辟疑赦，其罚千锾，阅实其罪。”

《吕刑》关于赎刑制度的规定，在考古资料中获得证实，西周康昭时期的师旗鼎铭和夷厉时期的猷匱铭文都反映出关于“罚虢”、“罚金”适用的实例。〔44〕

原始刑法的产生反映了因财富占有不均而带来的社会矛盾已经相当尖锐。正是关注到人们对财产的追求，统治者也就注意到采用剥夺财产方式对遏制犯罪的功用效应。此外，历代政权也因解决经济困扼之需，通过立赎罪之法以广开财源。《管子》一书，明确载有春秋时期齐国为称霸而实施赎刑聚敛财富的史实。“管仲答齐桓公云：‘甲兵未足也，请薄刑罚以厚甲兵。于是死罪不杀，刑罚不罚，使以甲兵赎；死罪以罚甲、一戟；刑罚以鲁盾、一戟；过罚以金；军无所计而讼者，成以束矢。’《小匡》则云：‘管子对曰：‘……齐国寡甲兵，吾欲轻重罪而移之于甲兵。’公曰：‘为之奈何？’管子对曰：‘制重罪入以兵甲犀肋、二戟；轻罪入兰、盾、鞞革、二戟；小罪入以金钩；分宥薄罪，入以半半钩；无坐抑而讼狱者，正三禁之而不直，则入一束矢以罚之。’”〔45〕

从历史资料看，“赎”在汉代的适用颇为频繁。《汉书·萧望之传》记载甚细：“西羌反，汉遣后将军征之。京兆尹张敞上书言：‘国兵在外，军以夏发，陇西以北，安定以西，吏民并给转输……县官谷度不足以振之，愿令诸有罪，非盗受财杀人及犯法不得赦者，皆得以差入穀此八郡赎罪……’事下有司，望之与少府李强议：‘……今欲令民量粟以赎罪，如此则富者得生，贫者独死，是贫富异刑而法不壹也……’。”于是天子复下其议，张敞辩护说：“少府、左冯翊所言，常人之所守耳。昔先帝征四夷，兵行三十余年，百姓犹不加赋，而军用给。今羌庐一隅小夷，跳

〔42〕 《折狱龟鉴·释冤下》

〔43〕 《折狱龟鉴·察奸》

〔44〕 参见《郭沫若全集》考古编，《两周金文辞大系》（上编），科学出版社2002年版，第69页。

〔45〕 出自《管子》一书中的《中匡》和《小匡》。

梁于山谷间。汉但令罪人出财，减罪以诛之，其名贤于烦扰良民横兴赋敛也……今因此令赎，其便明甚，何化之所乱？《甫刑》之罚，小过赦，薄罪罚，有金选之品，所从来久矣，何贼之所生？”“望之强复对曰：‘……闻天汉四年，常使死罪人入五十万钱，减死罪一等，豪强吏民请夺假贷，至为盗贼以赎罪。其后奸邪横暴，群盗并起，至攻城邑，杀郡守……愚以为此使死罪赎之败也。故曰不便。’”

张家山汉简《二年律令·具律》记载汉初存在另外一种形式的“赎”，即“赎死，金二斤八两；赎城旦舂、鬼薪白粲，金一斤八两；赎斩、府（腐），金一斤四两。赎黥劓，金一斤；赎耐，金十二两；赎迁，金八两。”〔46〕

法典中关于赎刑的规定以及司法机关依成文法执行赎罪的案例，足以说明两汉时赎罪之法不仅早已存在，而且在某种程度上官府向犯罪者本人及其家族索取财物充实国库，以换取罪犯之身体与生命得以保全的做法，已被社会普遍认可并成为司法习惯。两汉以后的历代封建法典均有赎刑存在，尽管实施赎刑制度的具体理由可能有所变易，但谁又能否认它是自《吕刑》问世以来的司法习惯呢？

被《吕刑》系统化的赎刑是立法史上的一次革命，但对赎刑的评价自古即毁誉参半、褒贬不一。苏轼是赎刑制度的肯定者。《东坡书传·吕刑》云：“穆王复古而不是古，变今而不非今，厚之至也。”“时有议新法之轻，多罚（即赎刑）而少刑，恐不足以惩奸者，故王言罚之所惩虽非杀之也，而民出重赎已极于病。言如是亦足矣。”吕祖谦也因穆王“训夏赎刑”作《吕刑》而认定穆王为老骥伏枥之天子。吕氏《东莱书说》云：“穆王作书于即耄，阅世故而察物情者亦熟矣，故古今狂狷言之略尽，用刑者所宜尽心焉。”〔47〕显然这是赞誉之辞。林之奇《尚书全解》评价《吕刑》的口气颇类吕氏，“言惟吕侯见命之时，穆王享国已百年……而能命甫侯度作刑，以治四方，盖言其血气虽衰，精力虽疲，而留心于治道如此也……《吕刑》之言，是皆以惟刑为恤者也……欲其哀矜于刑狱而已。”

不独古人如此，近代法学家沈家本对赎刑亦持基本肯定态度。他评价张敞与萧望之关于“入谷赎罪”之争时说：“出谷以贷其罪，有何伤于政化？望之言固持正，似未合于事机，至欲户赋口敛以贍困乏，尤为非计。”他还对赎刑使“富者得生，贫者独死”的论点，在法理上进行了分析。他说：“第国家立法，但问其当于理否耳，苟当于理，则法一而已，只论罪之当赎不当赎，不能论其人之富与贫。富者之得生，法如是，非幸也；贫者之不能自赎，贫者之不幸，非法使之也。且果为疑赦者，法亦必有以济其穷，何至忍视其受刑哉？”〔48〕即沈家本认为就法理而论，求立法统一，必存在实际上的不平等，因为法的适用对象是千差万别的。

与赞誉声音相对立的是对赎刑制度的抨击言论。除汉时萧望之的发难外，宋时朱熹主张赎刑只能适用于轻微刑罚，其弟子蔡沈秉师观点亦有相近之见解：“按此篇（指《吕刑》）专训赎刑，盖本《舜典》‘金作赎刑’之语，今详此书实则不然。盖《舜典》所谓赎者，官府学校之刑尔，若五刑则固未尝赎也。五刑之宽，惟处以流；鞭扑之宽，方许其赎。今穆王赎法，虽大辟亦与其赎免矣。……穆王巡游无度，财匮民劳，至其末年无以为计，乃为此一切权宜之术，以敛民财。夫子录之，盖亦示戒，然其一篇之书哀矜惻怛，犹可以想见三代忠厚之遗意云尔。”〔49〕

明代丘浚在《大学衍义补·慎刑罚》中发展了朱熹与蔡沈的观点。他说：“辟以止辟，此二帝三王立法之本意也。若死者而可以利赎，则犯法死者皆贫民，而富者不复死矣……若夫杀人者

〔46〕 参见朱红林：《张家山汉简〈二年律令〉集释》，社会科学文献出版社2005年版，第94页。

〔47〕 《增修东莱书说·吕刑》

〔48〕 《历代刑法考·刑法分考》

〔49〕 《书经集传·吕刑》

而亦得赎焉，则死者何辜，而其寡妻孤子何以泄其愤哉？”

自西周中期《吕刑》问世至清末，被系统化、法典化的赎刑跨越三千年时空而存在。当代学者刘起鈇指出：“推崇者说它是远承《舜典》的‘金作赎刑’而后制定的，符合‘尧舜圣道’。反对者说它‘开利路、伤治化’，违背‘唐虞之治’。”^{〔50〕} 尽管对其臧否不一，但作为一项刑罚制度，它在我国古代的治国安民过程中无疑担负了特殊使命：中国古代刑罚体系的实际运行，因它之实施而由以肉刑为主演变为主刑；历代王朝不同程度的经济困扼也因它之实施具有救济意义。也许这正是赎刑在绵延不断的批判声讨之中得以大行其道的原因。

三、量刑原则的后世影响

量刑原则是法官量刑时遵守的标准，对于量刑活动的正确进行具有重要的指导作用。

（一）“上下比罪”与类推制度

《吕刑》云：“上下比罪，无僭乱辞。”夏僎《尚书详解·吕刑》云：“‘上下比罪’，谓于法偶无此条，则上比重罪，下比轻罪，上下相比，观其所犯当与谁同，然后定其轻重之法，如今律无明文则许用例也。”蔡沈《书经集传·吕刑》云：“比，附也。罪无正律，则以上下刑而比附其罪也。”这实际上是后世社会有关定罪量刑类推制度的先声。所谓类推，就是在法律没有明文规定，对具体的犯罪行为无法定罪量刑时，比照已有的类似法律规定来推定刑罚。

《吕刑》中“上下比罪”的类推比附原则，其后世延伸形式，在秦表现为“廷行式”，在两汉表现为“决事比”，在唐朝则以古代法典化的语言出现在《唐律·名例》篇：“诸断罪而无正条，其应出罪者，则举重以明轻；其应入罪者，则举轻以明重。”而明朝增加规定了类推的报告制度，凡“罪无正条，则引律比附，定疑罪名，达部议定奏闻。”^{〔51〕} 我国古代这种类推量刑原则之所以被经常适用，是因为法律与刑罚制度的从属性和次生性，使法律条文的制定往往具有滞后性。在立法条件受多种因素制约的古代，已有的法律条款不可能穷尽社会所有问题。所以，司法官吏借助比附类推的方法，对已有的法律规定之缺失予以弥补是本能的选择。

（二）“简孚有众”与“据众证定罪”

刑事诉讼活动的中心是认定犯罪事实，然后适用法律并依此对案件作出裁决。确凿的证据是揭露、证实犯罪事实的重要手段。《吕刑》中“简孚有众”的证据原则，是为后世封建司法活动中“据众证定罪”原则的渊源。

战国时期，梁惠王曾经向孟子讨教治国方略。在涉及如何惩治犯罪安定社会时，孟子向其传授“王道”说：“左右皆曰可杀，勿听；诸大夫皆曰可杀，勿听；国人皆曰可杀，然后察之，见可杀焉，然后杀之，故曰国人杀之也。”^{〔52〕} 从史料记载看，证据制度至迟在秦代已具雏形，汉代逐步得以完善。《汉书·刑法志》载，“狱之疑者，吏或不敢决，有罪者久而不论，无罪者久系不决。自今以来，县道官狱疑者，各谏所属二千石官，二千石官以其罪名当报之。所不能决者，皆移廷尉，廷尉亦当报之。廷尉所不能决，谨具为奏，传所当比律令以闻。”

唐时法律对获取口供的刑讯活动进一步规范化。如刑讯须依法定程序，“必先以情，审查辞理，反复参验；犹未能决，事须讯问者，立案同判，然后考讯”，而且法定“拷囚”不过三次，总数不超二百，拷满若被告人仍不承认则反拷告人。此外，唐律中还有“若赃状露验，理不可疑，虽不承引，即据状断之”的规定，即只要证据确凿，被告人即使不承认所控罪行，也可以依

〔50〕 刘起鈇：《尚书校释译论》，中华书局 2005 年版，第 2092 页。

〔51〕 《明史·刑法志》

〔52〕 《孟子·梁惠王下》

所得其他证据结案。^{〔53〕}唐律还针对诉讼当事人的特殊性,对诸如享有议、请、减等特权的贵族官僚,或老幼笃疾,或孕妇及产后不足百天的妇女,皆不得施加刑讯,对其行为要“据众证定罪”。宋代法律也如是。

(三)“其刑上备”与数罪并罚

《吕刑》有“其刑上备,有并两刑”的定罪量刑要求,即在案件审理过程中,若发现行为人犯有两种以上罪行,采重罪吸收轻罪原则。“其刑上备,有并两刑”事实上就是现代刑法学中的合并论罪或数罪并罚原则。汉孔安国云:“其断刑文书上王府,皆当备具。有并两刑,亦具上之。”唐孔颖达云:“‘其断刑文书上王府皆当备具’,若今曹司写案申尚书省也。‘有并两刑’,谓人犯两事,刑有上下,虽罪从重断,有两刑者亦并具上之,使王知其事。王或时以下刑为重,改下为上,故并亦上之。”^{〔54〕}这就是说,在对案件作了符合事实、合乎法律及令人信服的处理以后,还要审查狱辞是否有不实之处,做到察其曲直而变更之;犯有两罪以上者,要将轻罪并入重罪,不再复科其轻罪,即实行重罪吸收轻罪的原则。

吕祖谦《增修东莱书说》云:“一人而有数罪,一罪而有数法,奏其刑于上,必皆备载。而上之人断狱,则并两刑而从其一重者以断之焉。”唐律中有关司法原则与《吕刑》的“其刑上备,有并两刑”量刑原则显系渊源关系。章太炎先生在其《古文尚书拾遗定本》中说:“《唐律》:‘诸二罪以上俱发,以重者论。’此言‘并两刑’,即并轻刑于重刑中,论以上服。与《唐律》同。‘并’者,如物入薪火然,非两罪垒加,亦非两刑俱用也。”戴炎辉在谈到数罪并罚制度时也肯定了这种渊源关系,认为《吕刑》说“下刑适重,上服”,正义疏:“下刑适重者,谓一人之身,轻重二罪俱发,则以重罪而从上服,令之服上罪。”^{〔55〕}

四、简短的思考

如果说西周初期是“礼治”社会鼎盛时期的话,那么《吕刑》无疑是西周中期法制建设最高成就的标志,因为无论从文献资料记载抑或出土文物的反映,都未发现穆王时期及其之后的周王朝制定出能与《吕刑》相媲美的立法杰作。周穆王就其制定之法典《吕刑》专门向四方诸侯发布文告的行为,透露出穆王对自己立法成就的自豪与骄傲。《吕刑》作为法典的说明文告,其所蕴涵的法律思想、治国理念的“微言大义”,常令后人叹为观止。元人马端临在其《文献通考·刑考》中对《吕刑》的赞叹具有代表意义:“盖熟读此书,哀矜恻怛之意,千载之下犹使人为之感动。”

《吕刑》被后世社会如此礼遇,原因是多方面的:首先,作为上层建筑组成部分的法律为特定的经济基础所制约。西周时,尽管从表面上而言“溥天之下,莫非王土”,但在西周中期以后,土地被买卖的现象已非个别。这种土地被占有的状况开创了后世社会土地私有制的先河。经济基础的相似性应是后世社会制定刑法摹仿《吕刑》主要原因之一。

其次,以宗法观念作为维系社会的主要纽带并以此作为王权的社会基础,是中国古代政治结构的又一重要特征。如所周知,宗法制度由氏族社会内部的血缘宗族关系转化而来。西周初年,宗法制经过“周公制礼”等活动进一步规范化且极具系统性,它曾经是贵族集团用来约束宗族成员,加强统治的政治工具。春秋战国之后的中国古代社会,宗法观念不仅没有淡化,反而因其适应后世统治者的需要而被强化。由于宗法制度与等级制度密不可分,所以国家的管理体系和结构形式也都理所当然的根据宗法系统予以建构。在宗法制度下,国家实行“亲贵合一”的组织原

〔53〕《唐律·断狱》

〔54〕《尚书注疏》卷十八。

〔55〕戴炎辉:《中国法制史》,台北三民书局1979年版,第84页。

则，宗法的伦理精神和原则仍然渗透和影响整个社会。《吕刑》字里行间透露出的浓重宗法气息，也是后世统治者愿意追随其立意而制定自己法律的原委。

最后，从文化因素考察。《吕刑》虽然竭力在营造“人定之法”，但其时而“天罚”，时而“人判”的思维，又使其内容充满了“神人杂揉”的情结。后世社会执政者对此可谓心领神会，不论治官、治吏抑或治民法规，毫无例外地均以“天人合一”相宣扬。后世社会统治者无论就其地位还是欲望而言，与《吕刑》的发布者周穆王都具有相似性。正因为如此，《吕刑》中所阐发的法律价值观念，也就顺理成章地成为后世社会立法者“法先王”的根据。

当然，《吕刑》在后世社会的不菲礼遇还有其自身原因，这就是它在法律制度建构方面的相对系统性与完备性。事实上，任何时期的法律制度与理念都非少数统治者头脑中所固有，而是总结与前人立法经验的结果。《吕刑》中所叙述的刑法制度和刑法原则，既为儒家所宗，又为墨家甚至法家所称道。后世历代封建王朝草拟刑法进行有关讨论时，几乎都有关于《吕刑》所确定刑法制度或刑罚原则的引用。可以说，《吕刑》对我国封建社会法律即中华法系影响的深远，是其他任何文献所不能比拟的。

Abstract: According to existing historical literatures, *Lv Xing* of the West-Zhou Dynasty is the oldest criminal code of our country. The thoughts, systems and principles reflected in *Lv Xing* provide for us dependable sources to research on the legislation of the West-Zhou Dynasty, and have direct or indirect impact on the criminal law of later dynasties.

According to *Lv Xing*, moral education and criminal punishment were both necessary to govern countries, and criminal punishment could also avail moral education. On the other hand, governors should apply different systems of criminal punishment according to different demands. When social contradictions are acute, heavy punishment should be applied, and when social contradictions are abated, light one should be applied. Moreover, governors should select wisdoms for law enforcement.

As to legal systems, *Lv Xing* established formally five kinds of punishment, which were the trunk of punishment system. These kinds of punishment were mainly against body, though their sphere of application was more and more limited in later dynasties, they were held on throughout the whole feudal societies. *Lv Xing* explained also the trial system, that is, facts should be determined by inference from the words, expression, air and so on of witnesses and the accused. According to *Lv Xing*, one could be exempted from punishment by paying some money to the governor. These systems have also been inherited by later dynasties.

Furthermore, the convicting and sentencing principles of analogy and join of punishments for plural crimes sprouted also from *Lv Xing*. If there were not express provision concerning the specific criminal act, existing analogous provision could be applied for conviction and sentence. If one person committed two or more crimes, he should be convicted and sentenced according to the heavy crime.

Key words: *Lv Xing*, moral plus punishment, history of Chinese criminal law
