

先秦判决中的“誓”与“比”

邹芙都, 查飞能

(西南大学 历史文化学院, 重庆市 400715)

摘要:誓与比在先秦司法判决中占据重要地位,誓是判决争端时确立的契约关系,比用于比附判决。先秦时期按一定程序与仪式确立的具有契约法律性质的誓规范着当事人的权利与义务,誓作为判决方式,主要依靠礼制下的权力保障其得以实施。比是一种特殊的司法判决方式,具有判例法性质,是先秦时期存在判例法的明证;在具体司法判决过程中,比体现出一定的判决技术与司法理念。先秦时期的誓与比蕴含“明德慎罚”思想,而在贯彻实施中礼的调控作用导致先秦刑罚出现“礼法合一”的特点,此应为后世“礼法合一”立法指导思想渊源之一。

关键词:先秦;判决;誓;比;契约关系;法理思想

中图分类号:K876 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-9841(2015)02-0158-11

誓与比作为先秦时期两种主要的司法判决方式,对先秦及后世社会产生了深远影响。但长期以来学界没有给予足够的重视,以往关于“誓”的研究多集中在盟诅方面,虽然亦有学者对《儻匱》等铜器铭文中的誓作过探讨,但均不同程度地把誓与法律等同,对判决之誓及其性质则鲜有论述。比作为一种特殊的司法判决方式,相关研究更为少见。本文在参阅相关研究成果的基础上,从司法判决的视角,对先秦时期誓的性质、比的司法内涵及其对后世的影响等问题进行探讨。

一、先秦判决中的“誓”

《礼记》云“约信曰誓”,郑玄解释为“约信,以其不能自和好,故用言辞共相约束以为信也,若用言相约束以相见,则用誓礼,故曰誓也”^{[1]141}。意即如果出现了纠纷,则当事人共同立誓以互相约束,如果当誓言也违背了,誓即成为一种判决方式。可见,誓是为了确立新的具有法律性质的契约关系。但誓是否均具有契约法律性质则应当加以区分,先秦时期只有那些涉及争端或利益关系无法划分而立的誓才具有契约法律效力,或者是代表国家维护奴隶主贵族权力的公证人在场的誓才有法律效力。一些因生活中琐碎小事发的誓则不具备契约效力,更多只是属于自我约束,这是我们应该区别的。^①同时,在先秦时期用牲所立的盟是具有判决意义的“誓”,《礼记》“涖牲曰盟”,郑玄释为“盟以约辞告神,杀牲歃血明著其信也。”^{[1]141}郑玄释盟与誓都强调信,不同的是盟需要用牲,而誓没有用牲。然而在《秋官·司约》中则不同,郑玄云“不信,不如约也。……谓杀鸡取血衅其

^① 如《卫风·氓》:“信誓旦旦,不思其反”等“誓”就没有契约效力,与自我约束有关。此外,《卫风·考槃》中“永矢弗谖”、“永矢弗过”、“永矢弗告”,《论语·雍也》“子见南子,子路不说,夫子矢之……”。“矢”皆为假借为“誓”,且都不是具有法律性质的契约。

收稿日期:2014-10-05

作者简介:邹芙都,历史学博士,西南大学历史文化学院,教授,博士生导师。

基金项目:国家社会科学基金重大招标项目“商周金文字词集注与释译”(13&ZD130),项目负责人:邹芙都;国家社会科学基金青年项目“2007年以来新见殷周有铭铜器的整理与研究”(11CZS004),项目负责人:邹芙都;中央高校基金项目“西周‘非对扬王休’铭文整理与研究”(SWU1509375),项目负责人:查飞能。

户”^{[2]949}。可能是誓不及盟重要所致。但是,无论盟或誓,都是为了防止和解决纠纷争执的,其内容具有契约法律效力,规范着当事人(或邦国)的权利与义务。^①总体来说,当出现纠纷时,发誓时的“信辞”可以作为判决的证辞,这是由于誓是有一定礼仪程序的,遗憾的是誓礼已不可详考。

据文献,“信”必须显著才具有契约性质,而用牲是其方式,说明“信”是作为契约被遵守的,若有违背将会受到神冥的惩戒。总体上,盟誓对象为神,整体过程如“北面诏明神,既盟,且二之”^{[2]881},即北面向神发誓,完成后把誓言记为剂,分两份保存。我们从出土《格伯簋》可以证明西周时期誓言分两份保存,铭文大意为佃生以“卅田”进行抵押向格伯购买良马,并发了誓:

佳正月,初吉,癸巳,王在成周,格伯受良马乘于佃生,厥贮卅田,则折(誓)。^{[3]280}

郭沫若释“折”为“誓”。杨树达释为“析”,即析券,“析券契而中分之,两人各执其一,故云析也。”^{[4]27}析券即上文所说分为两份的约剂。郭沫若认为的“折(誓)”与杨树达释“析”,字虽不同而意义却一致。李学勤先生认为析券和立誓,在当时都是具有法律效力的,若果违反了,便会受到法律的惩罚,见于《周礼》等书的记载^{[5]268-269}。并说:“散氏盘末有一行:‘厥左执要(约)史正仲农’,即由名仲农的史官保管契约一份。”^{[5]271}稽查文献,《秋官·司约》之下有“司约掌邦国及万民之约剂……凡大约剂,书于宗彝,小约剂,书于丹图。若有讼者,则珥而辟藏,其不信者服墨刑。”^{[2]947-949}可见,剂是约信时的券书,根据事件轻重保存,这是西周时期与之前相比明显进步的地方,因为一旦约信人有争执、纠纷不能解决,就可以查看藏于盟府的誓书,给予违背誓言者惩罚。因此,誓能够像法律一样具有约束力,可以用于司法判决。

誓形成一种约束,信则是约束当事人的契约之辞。《说文》:“誓,以言约束也。”段注:“凡自表不食言之辞皆曰誓。亦约束之意也。”^{[6]92}《释名》中誓为“制也,以拘制也”。因此,誓的约束作用是不言而喻的,因为誓能够约束人们的行为,利于社会稳定,所以先秦时期誓很普遍。吴荣曾先生认为:“无论《诗》、《书》,还是《左传》,都多次提到盟诅之事,表明在西周、春秋时期的社会生活中,古老的对神发誓仍然对人与人的关系起到一定的作用……《周》春官之下有‘诅祝’,秋官之下又有‘司盟’,同属主管盟诅的官吏而分设于礼官和刑官之下,这反映出当时礼和刑还没有严格分开,两者在发挥其社会功能时可以说是殊途同归。”^[7]事实上,在先秦时期向神发誓是判决是非曲直、约束当事人的一种方式,进入文明社会后它并不会很快消亡,而是残留在刑罚规范中,今天我们偶尔也还会听到“向神发誓”、“对天发誓”、“指天为誓”等,其原因就是人们相信天或神是公正的,当事人若对天或神有所隐瞒会受到惩罚。因此,盟誓也可以看成“宣誓神判”与“诅咒神判”,^②统称为“誓审”,即借助人们对天的迷信而施行的一种判决方式。^③吴荣曾先生所论从另一个侧面反映,在西周、春秋及以前发誓更为普遍,在社会中所起的作用更为重要,且西周礼官与刑官同时出现于《周礼》中亦可知晓西周时期违反礼制也就违反了刑罚,就必然引起司法诉讼。

誓在西周、春秋时期也用于司法诉讼。西周、春秋时期有很多掌管誓、盟、诅、约的官吏,如司誓、司盟、司约、诅祝等。《秋官·司寇》之下有“司约掌邦国及万民之约剂”,司盟职责之一即“盟万民之犯命者,诅其不信者亦如之……有狱讼者,则使之盟诅。”^{[2]951-952}又记“凡辨法者考焉,不信者刑之。凡邦国都鄙及万民之有约剂者藏焉,以贰六官,六官之所登。若约剂乱,则辟法,不信者刑之。”^{[2]963}可见盟誓是普遍运用于司法判决中的。

① 在《礼记》中,盟誓连称:“约信曰誓,泚牲曰盟”,郑玄解释为“盟以约辞告神,杀牲歃血明著其信也。”郑玄解释誓与盟都必须有“信”,可见在先秦典籍中誓、盟区别不大,都是为了确立新的契约,而在《左传》中盟则主要是协调邦国之间的关系。

② 宣誓神判指双方争执不下时,由一方或双方向神灵宣誓,若有盗骗或诬陷,事后将会受到神灵惩罚;诅咒神判指:双方争执不休,各执其理时,请巫为证人,向神发誓,对偷窃者或诬陷者诅咒。参见赵容俊:《殷商甲骨卜辞所见之巫术》(增订本),北京:中华书局,2011年,第105~106页。

③ 西周民事诉讼中的誓审,由负责一方在特定司法官主持下所发,宣读誓词表示愿意承担责任。参见张晋藩主编:《中国民事诉讼制度史》,成都:巴蜀书社,1999年,第18页。

发誓也可直接用于司法判决,形成一种新的契约关系,铜器铭文多有证明。《儻匪》铜器铭文记载了因为违背誓言引发的诉讼案件:

……王在葦上宫。伯扬父乃成劾曰:牧牛!馭乃苛勤。汝敢以乃师讼,汝上代先誓,今汝亦既又御誓,專格尙睦儻,复亦兹五夫,亦既御乃誓,汝亦既从辞从誓。(下为盖铭)鞭汝五百,罚汝三百铤……伯扬父乃又使牧牛誓曰:……牧牛则誓。……牧牛辞誓成,罚金,儻用作旅盂。^{[8]第二十六册,392}

铭文内容反映牧牛与自己长官争讼而违背誓言,需要再次立誓,缴纳罚金,形成新的契约关系。此篇铭文对探讨西周司法判决意义重大,《中国法制史考证》甲编第一卷曾用一章的篇幅对其进行细致论述。论及“誓”时主要基于铭文内容的处罚认为其是按国家规定的制度由当事人立的盟誓,以此作为法律形式及定刑量罪的依据,强调誓的约束与规范作用。^{[9]162}这一解释有言过其实之嫌,誓只是具有契约法律性质而已,不具有法律的普遍适用性特征,所以誓并非真正意义上的法律。西周“民诉中的宣誓都是为了给审判过程中确定罪与非罪和进行定罪科刑寻找证辞”^{[10]113}。铭文中牧牛被处罚的表面原因是与师争讼,其深层原因则是违背了自己先前许下的誓言。在今天看来违背一个似乎微不足道的誓言就要处罚金,实在令人费解,然而与师(上级)争讼已经触犯了奴隶主贵族的特权。实则誓言本身并不见得非常重要,只是奴隶主贵族的权威至关重要而已。铭文中誓已经具有契约法律性质,保证奴隶主贵族的权威,这是导致此次诉讼发生的重要原因。

西周时期的《鬲比鼎》和《散氏盘》铭文也是与誓有关的例子。《鬲比鼎》铭文大意为鬲比把自己的祖田租借给攸卫牧耕种,但是攸卫牧未能遵守付给鬲比田租的誓言,被鬲比控诉于周王,得以索取田租:

……王在周康宫禘太室。鬲比以攸卫牧告于王,曰:女覓我田,牧弗能许鬲比。王令省史南以即競旅。競旅乃使攸卫牧誓曰:我弗俱付鬲比其沮厥分田邑,则杀。攸卫牧则誓……^{[8]第五册,355}

此铭文中攸卫牧自己违背了自己租田时立下的誓言,导致双方的契约未能实现而引起诉讼,最终借助王权判决,鬲比与攸卫牧重新订立契约(誓)。

《散氏盘》铭文大意是矢国因为侵略散氏国而以田地赔偿,并发誓作保证:

……隹王九月,辰在乙卯,矢倅鲜、且、罍、旅誓,曰:我既付散氏田器,有爽,实余有散氏心贼,则隐千罚千,传弃之,鲜、且、罍、旅则誓。迺倅西宫廩、武父誓,曰:我既付散氏溼田、牯田,余有爽变,隐千罚千。西宫廩、武父则誓……^{[8]第二十五册,602}

上述所引铜器铭文,过去学者们主要关注的是土地关系变动、交换关系出现,对于誓的契约法律性质则很少论述。从铭文来看,誓大致包含两部分内容。第一,宣誓一方明确提出并承诺遵守誓言(有可能是被迫的)。或是履行过去的誓言,或是确立新的契约关系。第二,违背誓言的处罚。这几篇铭文中出现的违背誓言应该得到的处罚,如锾和墨刑,《尚书·吕刑》云“墨辟疑赦,其罚百锾”是为证,鞭刑、放(流放)等也有记载,^①但“隐千罚千”则不见记载,可见誓辞存在凌乱与随意的一面。以“隐千罚千”而论,虽见于铭文之中,且在此处也属礼制规范之内,但却是临时约定的誓言。说明因契约有别、场合不同,誓与《周礼》等书记载不乏出入,其内容可能并非完全能够得到遵守与履行,也没有像法律那样规定固定的处罚条目。

事实上,誓与法律既有区别也有联系。首先,誓表现为向神发誓,其约束力源于对神灵等神秘力量的盲目信从,立誓双方所定的契约不具备广泛的社会约束力,也就是说誓没有得到社会承认的普遍公信力。然而随着社会发展进步,誓逐渐产生两种背离的趋势,一是誓的约束力不断扩大,由

^① 《尚书·尧典》记“流有五刑,鞭作官刑”及“流共工于幽州,放驩兜于崇山,窜三苗于三危,殛鲧于羽山”。亦见李学勤主编:《周礼注疏》,第979页。

当事人双方延伸到更广阔的社会,诱导并促进社会契约性质的法律产生;二是形成个人价值观,产生道德约束力。而法律则不同,它具有广泛的社会约束力,且一旦确立法律条款,它就不是随意可改的。但是,誓与法的关系却是相互的,誓的不规范性与履行的不可靠性促进了公共权力的产生,而誓又保证了公共权力的权威,在某种程度上促进了公共权力机构的形成和法律制度的完善。^[11]在成文法颁布之后,誓能够约束一些法律无法管制的地方,甚至成为法律的补充。

其次,誓作为有法律性质的契约,在判决时是可以有公证人的。《儻匱》中,牧牛再次立的誓言只有得到專、格、嵩、睦、儻五人的全部认可才能有效,方能继续任职。^{[12]155}而在《包山楚简》中我们也可以找到类似的证据,第137号简记载判决“余庆杀人案”时,作为证人出证前需要宣誓自己所说的话是真实的,所以“执事之人为之盟,凡二百人十一人。既盟,皆言曰……”^{[13]26-27},可见,在判决中不仅当事人需要发誓,证人也是需要发誓的。这与法律有相通之处,讲究公正。

最后,从铭文中可见誓辞的实现与否依靠礼制下的权力保障。所引几篇铭文中所立的誓,其共同点之一即誓出现的场合除《散氏盘》铭文外,均有周王及见证人在场。《儻匱》铭文中伯扬父直接向周王控诉牧牛,《鬲比鼎》中鬲比借助王权维护自己利益,《格伯簋》也是“王在成周”作为此次交换的见证。几例铭文反映西周时期王权至高无上,一些重要案件的处理需要周王在场,甚至亲自做出判决。周天子在场既说明誓在判决中的重要性,也说明周天子权威不可动摇,也正是这种订立契约的场合增多,才使得法律也因此而逐渐产生,因此西周金文资料中的誓出现的场合,恰恰都是为了确立新的法律关系。^{[14]267}然而金文资料中的誓不具备法律应有的普遍适用特征,所以它还只是一种具有法律性质的契约。

但是,从铭文亦可知晓誓辞与判词等同,都有法律效力。周王或代表政府的官员在场则表明誓确实是有程序与仪式的。判决争执、订立契约时誓本身已经显得不再重要,只是其内容中协定的权利与义务不可替代,原始的神意判决变为依靠契约判决。周王参与立誓或判决更能证明誓是以强制力维护和保证其实施的,一些誓的程序与仪式是通过国家礼制确定其契约效力的,无论誓言违背与否,它的契约法律性质不可变更。当然,春秋时期各国纷纷颁布成文法以致誓的契约作用式微,则另当别论,不可同日而语。

综上,誓是由当事人按照一定程序与仪式所立的信,成文法颁布之前是定刑处罚的依据。作为解决纠纷的判决方式,“誓”在西周、春秋时期既是礼制的一部分,也是司法判决时的契约,誓辞对当事人能够形成一种约束。出土资料表明,誓主要是针对已经出现的纠纷或订立新的契约关系以防止争议,以此规定当事人的权利与义务。总体上,法律性质的誓包含约信之辞、处罚方式、维护誓言的权力机制等,故在礼制社会中,“誓”是具有法律性质的契约是无可争议的,但不能将其等同法律。

二、先秦判例中的“比”

(一)作为判例的“比”

“比”的判决例子难以详考,然具有“比”的因素的例子最早记载可见于《左传·昭公六年》。鲁昭公六年(前536年)郑国子产铸刑书于鼎,晋国叔向遣使送子产书谏阻铸鼎,“昔先王议事以制,不以刑辟,惧民之有争心也”^{[15]1274}。关于叔向所言之“制”的具体含义,诸家所注,莫衷一是。李学勤主编的《十三经注疏》标点本之《春秋左传正义》:“临事制刑,不豫设法也,法豫设,则民知争端。”^{[16]1225}《尚书正义》:“《左传》云‘昔先王议事以制,不以刑辟’者,彼铸刑书以宣示百姓,故云临事制宜,不预明刑辟。人有犯罪,原其情之善恶,断定其轻重,乃以刑书比附而罪之。”^{[17]551}均认可“制”是指遇上案件时确立的一个判决标准,并言及“以刑书比附”。杨伯峻编著的《春秋左传注》云:“仪,度也。制,断也。谓度量事之轻重,而据以断其罪。”^{[15]1274}依杨伯峻之意则是判决的标准、尺度在先。杨一凡等认为先王之制的内容即叔向诒子产书所言:“闲之以义,纠之以政,行之以礼,守之以信,奉之以仁,制为禄位,以劝其从……民于是乎可任使也,而不生祸乱。”^{[9]347}

按当时人叔向所言“议事以制”，可知“制”确实具有法律因素，但这里的制是具体案情或审判结果，还是抽象的判决依据或司法原则，则不得而知。以叔向书的内容为根据也不能明确界定“制”为何意。宁全红博士的《春秋法制史研究》曾设《春秋时期“议事以制”初探》一节专门讨论，最终认为“制”是“从某一案件审判结果中抽象出的判决依据或司法原则”^{[18]115}。搁置争论，诸家解释“制”具有“比”的因素，或者影子，可以明见。

然而先秦时期是否存在“比”这种特殊的判例法依然未能解决，就目前而言尚有怀疑，甚至存有否定言论。刘笃才先生认为西方概念与中国实际之间存在差距，导致将古代例、条例、案例、判例混合，甚至将廷行事、决事比、法例、案例不加区别的等同^[19]。事实上这一论点有用现代西方判例概念稽寻我国古代有无判例法之嫌。何勤华先生认为先秦时期只是判例法的萌芽阶段，其真正形成是在审判组织发达、狱讼规范化的秦汉时期，而之前是习惯法时期^[20]。杨师群先生则否定先秦存在判例的同时又有所保留，认为可能存在一些无法界定的判例被当成“故事”作为参考案例的司法样式的萌芽^[21]。

但是相关证据表明先秦时期是存在判例法的，并非习惯法。《荀子·大略》云：“有法者以法行，无法者以类推。”^{[22]453}“类”即以判例为根据判决。清人沈家本论述“断罪无正条”时曾考证先秦秦汉时期的“比”字，认为其意有：次、校、例、比方、类、类例、以例比况、比附及故事等。^{[23]1808}武树臣先生认为在西周时期出现了表示判例的“御事”一词。^{[24]209-210}又解释“议事以制”为根据以往案例判决，认为西周春秋的法律样式为判例法。^[25]汪世荣先生也认为在《左传》、《国语》中存在以案例判决的情况^{[26]5-7}，且汪氏称“从已经出土的简帛资料和青铜器铭文看，战国以前的法律形式确实表现为判例法”，并认同《鬲鼎》、《鬲比鼎》、《儻匜》、《珣生簋》所记即为西周时期的判例^[27]。事实上，汪氏所言是有道理的，作为司法判决的案例，它是以单独的个案形式存在的，与汉代“比”一致。林剑鸣《秦史稿》举《法律答问》一例说明作为判例依据的案例具有汉代“比”的性质：“律曰：‘斗决（决）人耳，耐。’今决（决）耳故不穿，所决（决）非珥所入毆（也），可（何）论？律所谓，非从珥所入乃为决（决），决（决）裂男若女耳，皆当耐。’虽然解释律文，但实际已超过律的本身内容，因此，这种解释就具有最高法律性质，而其中所举的案例也就成为判例的根据，具有汉代‘比’的性质。”^{[28]182}

在有关先秦时期历史的典籍中，“比”（判例）确实存在。《周礼·秋官·司寇五·大司寇》：“凡庶民之狱讼，以邦成愆之。”汉代经学家郑玄引郑众语：“愆当为弊。邦成，谓若今时决事比也。弊之，断其狱讼也。”^{[2]1326}事实上，“邦成”之重点在于“成”，李学勤先生在《岐山董家村训匜考释》一文中认为“成”是一个法律名词^{[12]151}，此说甚允。《周礼·秋官·士师》中有“掌士之八成”，郑玄注：“八成者，行事有八篇，若今时决事比。”又“大司寇以狱之成告于王”。^{[2]922}沈家本言：“邦成，八成也，以官成待万民之治曰邦成，谓若今时决事比也。弊之，断其狱讼也。”^{[23]824}沈家本之言与郑玄之言相差无几。此外，亦有“以官府之八成成邦治……六曰听取予以书契”^{[2]57-58}。我们可以肯定“成”是法律名词，“八成”即定国安邦的八种刑典或法律，“书契”即狱讼判决的根据，可以是誓辞，也可以是以往的判例，都是“成”的一种。可见，“邦成”之“成”即为已有判例，郑玄多次言及“邦成”类似两汉时期“决事比”是不会有误的^①，而这种以判例为依据的判决方式其源流是可以上溯至先秦时期的。

《周礼》成书时间，虽然争议较大，但其成书于战国时期，在汉代最终定稿，则可定论，而且其反映周代社会的内容也为越来越多的金文资料证实。李学勤先生也曾言：“《周礼》一书自从汉代即屡经疑议，有人主张是‘六国阴谋之书’，有人以为是刘歆伪作。但近年新发现金文，却有不少与《周礼》契合的地方。看来《周礼》至少是一部比较重要的先秦典籍，我们研究古代历史文化，不能忽视它的意义。”^{[12]151}因此，以《周礼》中的相关内容作为判断类似于两汉“决事比”之“比”的判决方式出

① 两汉时期的“决事比”是一种特殊的司法判决方式，其判决理念与判决依据主要根据以往相似的案例，或者比附经义（春秋决狱），为当下及以后判决提供标准与依据，其本身即可看成具有比附、比照意义的判例。

现于先秦时期是不会导致失误的。只是现今我们不知道这些类似于两汉“决事比”的判决方式在具体判决中针对的对象是如何区分的,是根据某些具体案例得出的判决结果作为指导,还是根据以往判决人从具体案例本身提炼而出的法律精神?如果是前者,那么“比”就是已有判例;如果是后者,那么“比”就是法律精神,具有法理意义。然而,基于时代背景而言,法律精神的抽象总结不可能早于判例法而出现,故前者可能性极大。

此外,《尚书·盘庚》中篇记有“非汝有咎比于罚”,是可以看出商代已存在判例法的最为明显的证据之一。《盘庚》三篇历来史料价值很高,很少有人认为是后世伪造。“有咎比于罚”即犯了过错就根据已有案例比附判决(处罚)。武树臣认为:“审理某一案件,经过占卜,做出判决。以后再遇到同类案件便不再占卜,而直接参照成案判决之。……这种做法从某种角度而论已经是‘判例法’了,尽管它仅作为某种例外而被笼罩在‘神意’的云雾之中。”^{[29]51}从文意及武树臣先生的观点可知,“比于罚”的“罚”就是一种已有判例,而“比”则是比附判决,至于判决的思想则并未萌芽。商代迷信神鬼,对犯刑之人做出处罚前进行占卜是必须的,那么根据已有的占卜判决相似案例也是可以理解的,这种做法的确也就属于“神意”判决。周初《康诰》也记载“兹殷罚有伦”与“汝陈时臬,事罚,蔽殷彝”。“兹殷罚有伦”,孔颖达《尚书正义》云:“当时刑书,或无正条,而殷有故事,可兼用,若今律无条,求故事之比也”。即殷商时期若没有刑书遵循,可以根据判例决断。“汝陈时臬,事罚,蔽殷彝”,《尚书正义》云:“陈是法事,其刑罚断狱,用殷家常法,谓典刑故事”。^{[17]365}则是直接指明殷商时期根据案例判决争端,皆可说明殷商时期存在以案例为判决依据的情况。

《吕刑》中也提到“比”。据《史记》记载《吕刑》作于西周穆王时期,《周本纪》云:“诸侯有不睦者,甫侯言于王,作修刑辟……命曰《甫刑》”。^{[30]138-139}文中“甫侯”即“吕侯”,“甫刑”即“吕刑”。郭沫若主编的《中国史稿》将《吕刑》作为西周史料引用,王世舜、王翠叶译注《尚书》认为郭沫若“这种做法似可信从”^{[31]317}。可见《吕刑》的价值是比较高的。《吕刑》中有“士制百姓于刑之中,以教祗德”。王世舜、王翠叶注释“制”为“制止,意思是说不再让他们犯刑”。犹可商榷,依刑判决之“制”若只是简单的“制止”,防止百姓不再犯刑,那么“刑”的意义无疑被降低了,恐怕“以教祗德”也将无从谈起。故“制”释“以刑预防或判决案件”更为妥当,至于判决形式则不可详知,只是可以认为“制”当有“比”的因素,而此处“刑”则属于判例。

上述《周礼》及《尚书》中有关“比”的讨论,说明在先秦时期作为判决的“比”是存在的,也就是说先秦时期存在判例法。而从睡虎地秦墓竹简《法律答问》一篇也可推测先秦时期存在判例法。

1975年12月,湖北云梦睡虎地出土一批秦简,其中有《法律答问》一篇。综合研究表明,《法律答问》是秦代解释司法问题的专集,以问答的形式对相关的典型性案例进行解释说明。《法律答问》一篇中出现了“廷行事”这一法律名词,整理小组解释为“法律成例”^{[32]102}。清人王念孙《读书杂志·六·汉书第十二》也有对“行事”的解释:“行事者,言已行之事,旧例成法也。汉世人作文言‘行事’、‘成事’者,意皆同。”^{[33]30}另据《汉书·翟方进传》记载:“时庆有章劾,自道:‘行事以赎论……’”^{[34]3412}这里“自道”从文义而论当与汉代司法诉讼中的“自言”相当,即类似后世审判中的自我申诉与辩解,而“行事”无疑是“以往案例”。同时,王念孙注释此句时引刘敞所言:“汉时人言‘行事’、‘成事’,皆已行、已成事也”。^{[32]31}总之,“廷行事”一词,可以定义为:根据已有的案例比附判决相似案件,与汉代“决事比”之“比”的判例意义相近。秦代“廷行事”的案例意义是大于从案例中总结出来的准则和理念的,即“廷行事”通常只是起指导判决作用的个案,具有普遍适用意义的司法判决原则并未体现出来。

秦代“廷行事”类似汉代“决事比”,其形成当有一段较长的时间进程,而与“比”有关的讨论及“故事”、“成事”、“行事”等法律名词,说明“比”这种以案例为依据的判决方式在先秦确已出现是无可置疑的,认为先秦时期判例的应用只是判例法的萌芽,而其形成于秦汉时期则有失公允。^[20]秦代的“廷行事”既然已经整理成册,即可说明它是一种较为成熟的判决方式,其判决技术就是以典型性

案例作为指导。可以认为,《法律答问》是秦统一以前秦国部分法律条文合集,属于判例法,处于草创时期,集合的是一些经典判例,故整理小组认为是“商鞅时期制订的原文”^{[32]93}。

以秦代“廷行事”频繁出现,并且较为成熟,说明在先秦时期依靠已有典型性案例作为断案判决的依据是存在的。先秦时期诸多典籍中与狱讼有关的“邦成”及注疏中所言的“故事”、“成事”、“行事”,其意就是已有判例。成文法颁布之前的时代里,法无明文,司法官可以用比附类推的方法,或用成例比附科刑^{[10]113}。比附、比照的引用已有经典案例判决案件就是具有判例法意义的“比”。而秦汉以前据案例判决的司法方式当有相当的历史阶段,就是到了汉代也仍然存在“决事比”的情况,说明抽象的法理、法律条律并未总结成书,这并不是否定法律存在,相较之下,反而更能说明先秦时期存在判例法。

(二)“比”的判决技术

目前对先秦时期“比”这一判决方式做出相对精确的定义较难,我们只可知晓“比”在先秦时期不仅具有判例法意义,也有一定的司法理念及判决技术。《吕刑》有言:“上下比罪,勿僭乱辟。勿用不行,惟察惟法,其审克之。”^{[31]329}“上下”指触犯刑罚行为的轻与重,《吕刑》中的“比”适用性很强,要求司法官做出的判决,一定要做到与事实相符合,核实罪情根据刑罚办事,讲究判决合法、适度,禁忌“勿僭乱辟”。据文意而论,就是在判决中必须要注重对案例的考察、甄别,确定一个相对的标准,形成司法理念,指导类似案例的判决。

当然《吕刑》中的“比”也包含一定的判决要求与技术。“上刑适轻,下服。下刑适重,上服。轻者诸罚有权。刑罚世轻世重。惟齐非齐,有伦有要。”罪行轻重之别应当临时斟酌,不可轻易作出判决,或轻或重须做到上下皆服、有伦有要。上文“上下”至“有要”,王世舜、王翠叶译注《尚书》分为了两段,孔颖达《尚书正义》是作为一段来疏证,并曰:“此又述断狱之法。将断狱讼,当上下比方其罪之轻重,乃与狱官众议断之。……惟当清察罪人之辞,惟当附以理,其当详审使能之,勿使僭失为不能也”。在这里,“比”有适用性原则,如果确实不能作出判决,还可以“狱官众议”,做出公平公正的审判、判决,使案子不出现“乱辟”情况。或者:“罪条虽有多数,犯者未必当条,当取故事并之,上下比方其“罪”之轻重。上比重罪,下比轻罪,观其所犯当与谁同。狱官不可尽贤,其间或有阿曲,宜预防之。……僭乱之言不可行用也。”^{[17]550}相反,这一解释则指的是犯者的案例若没有相应的刑罚规定,就只能根据已有的案例(故事)“上下比方”做出判决,而且量刑上做到:重罪却不是一惯触犯,则可轻罚;轻罪却是故意或经常触犯,则可重罚。

《礼记·王制》所载稍有不同,“凡听五刑之讼,疑狱泛与众共之,众疑赦之……必察大小之比以成之。”郑注:“大小犹轻重,已行故事曰比。”^{[1]412}孔颖达《礼记正义》:“‘必察大小之比以成之’者,大小犹轻重也。比,例也。已行故事曰比。此言虽疑而赦之,不可直尔而放、当必察按旧法轻重之例,以成于事。”^{[1]415}《正义》所言指不能确定是否触犯刑罚的行为应该给予赦免,或者按照以前相似的案例作出或轻或重的判决,当然我们应该看到这是没有法律可以依据的情况下而采取的比附判决。

“比”的案例意义大于从案例中抽象出来的准则和理念,但作为判决的指导案例其适用是有限制的,而正是其限制引发了是否有比附它律的争议,上文《尚书正义》中对《吕刑》的解释即是如此,存在法无此条则上下比罪之争议,或依照案例比附判决,或依照其它相似律条比罪。沈家本则从孙奭《律音义》未有比附它律之说,沈氏认为妄为比附会导致挟仇陷害、酷刑兴起,强为比附则法令不一,冤滥滋多。^{[23]1808-1809}沈氏的见解是正确的,“比”最初的意思是比附案例进行判决,而不是比附它律,且从“比”的判决技术而言,我们也看不出存在比附它律的一面。

姑且不论沈氏所说比附它律的不利结果,但其没有“比附它律之说”是深得其要的,律无明文则可以用例比附判决,并非依照它律比附轻重以作出判决,故比附它律之说很难成立。不可否认,“比即决事比之比,大小必察,亦即上下比罪之意”。^{[23]1809}典籍及注疏中所见之“比”的确属于判例,也有一定的司法判决理念、技术及原则因素,而较多的争论也说明其有不完善的一面及判例与司法理念

两重因素。总体而言,先秦时期“比”的个案意义绝对大于法理意义则是无可争辩的,其法理内涵主要还是汉儒解经而赋予的。

综上,“比”在先秦时期是一种特殊的不完善的司法判决方式,其判决依据与判决技术具有一定的司法理念。先秦时期的“比”具有比附、比照的判例法意义及基于已有判例确立的相应的判决标准和尺度(主要体现为上下比罪),然而具体的判例现今所见典籍已不可明确稽考。从传世的《周礼》、《尚书》等典籍中我们只可以认定先秦时期存在判例法,也可推测用于指导判决之“比”的标准与尺度,即判决的理念。

三、誓与比蕴涵的法理思想

王国维云:“中国政治与文化变革,莫剧于殷周之际。”^{[35]231} 刑罚思想亦然。在西周以前,中国刑罚更具野蛮性与残酷性,殷墟卜辞中刑罚残酷可见一斑,因此殷商及之前可称“刑罚”,而不是“刑法”。西周建立之后这一情况有所改观,西周刑罚中人文因素胜于之前鬼神因素,周人将道德与刑罚结合起来,贯彻德主刑辅的思想,以誓与比而言,判决中可见“明德慎罚”思想,周人具体贯彻“明德慎罚”思想时,周人利用了一系列礼乐模式进行调控,抵制滥用刑罚,则是后世“礼法合一”的渊源。

(一)明德慎罚思想

殷周之际天道观念发生变化,人的作用突出。西周建立之后,审视殷商亡国教训,随之而来的是人文精神与理性主义兴起,由之前彻底皈依鬼神逐渐转向为重视自身行为的谨慎与努力。^{[36]285} 作为判决之誓也因西周建立而渗入新的内涵,即融入了周初由周公旦等人抽象提炼的“明德慎罚”思想。“明德慎罚”是殷周鼎革之后,西周统治者反思殷商残酷刑罚及其灭国教训而提出的。“明德慎罚”一词出现于周初,见于《康诰》和《多方》,而德观念却见于殷周之际所有《尚书》各篇之中。^① “明德慎罚”的核心是“道德训诫,慎用刑法”,是对殷商末年暴刑的反动。慎罚是周代刑制的基本特色,在周代一些颇具代表性的刑法原则中得到了体现。^{[37]14} 本文所引《儻匱》铭文记载的判决是西周“明德慎罚”思想的具体实践之一。

从《儻匱》铭文中所记对牧牛的赦免、减免处罚的内容可知,周人“明德慎罚”不仅仅是一种法律思想,也付诸实践。重视道德教育、慎用刑罚是“明德慎罚”的基本要求,这一思想对抵制残暴刑罚、滥用酷刑有一定的作用,甚至可能出现像牧牛那样的被赦免、减免处罚。本应对牧牛打一千鞭,施以墨刑,也被宽赦了,改罚金三百镒,都是西周时期对德与罚关系的再思考与调整,暗合春秋时期孔子所言:“道之以政,齐之以刑,民免而无耻”^{[38]11}。即用政法与刑罚来治理与整顿人民,虽然可以暂时免去罪罚,却没有羞耻之心,故周人重德。又如攸卫牧之誓:“我弗俱付酹比其沮(租),厥分田邑,则杀。”攸卫牧只是承诺付给酹比田租,发誓作了保证而并未受到处罚。而酹比则根据这次判决结果“作朕皇祖丁公,皇考惠公尊鼎”,作为诉讼见证传给后世子孙。这样的做法实质就是“明德慎罚”,对双方皆有教育意义,特别是攸卫牧对自我言行的反思与遵守誓言自然也就有道德潜移默化的影响,这本身就是一个向善与克己的过程。

周人刑罚之德旨在规范品行、熏陶人格精神。西周立誓程序多由代表政府的官员引导,所以,“尽管在一般情况下,立誓是由司法机关强制进行的,但立誓后遵守誓言的过程则是一个自我教育的过程,它使立誓者逐渐认识到遵守誓言就是避恶从善,从而自觉克制和矫正自己的行为”。^{[37]26} 很多时候,立誓者出于对惩罚的畏惧而严守誓言,这种自我教育的过程可能伴随着不自愿的强迫性,但无论如何,誓言总会起到教育感化作用,以规范人们的言行。长此以往的“道之以德,齐之以礼”,必然“有耻且格”。^{[38]12} 《儻匱》铭文中体现的周人“明德慎罚”思想,其要旨是制度之德与精神品行之

① 《康诰》:“惟乃丕显考文王,克明德慎罚”;《多方》:“至于帝乙,罔不明德慎罚”。此外,《文侯之命》有“丕显文武,克慎明德”;殷末周初之际,《微子》、《洪范》、《酒诰》、《梓材》、《召诰》等所有《尚书》各篇均涉及“德”,周人重“德”可见一斑。

德,淡化了西周之前的天德与祖宗之德,不再过分依赖天与祖宗。这与西周建立后,提出“明德慎罚”思想,注重从品行上培养人文情怀,强调道德训诫有关。有学者认为西周时期德观念逐渐摆脱了天道观念影响而从天命神意的迷雾中走了出来,^[39]而德观念在殷周之际的变化正是因为周人重视人类自身品行的努力所致。

本文所引各篇铭文不见发誓用牲的记载,并不是否定誓在当时社会中大量存在的现象,反而更能说明西周看重人事的作用与影响。各篇之誓或有周王在场,或有重要官员出席,说明“天”的作用在当时的社会生活中被降低了。誓审只不过是利用人们对天还残存的畏惧心理,把天作为一种工具加以利用罢了。^{[10]300}也就是说,西周统治者把天作为一种工具运用于司法判决中,并结合自己的“德”观念,形成了“明德慎罚”的刑罚原则。假如一味使人们畏惧刑罚,害怕因为违背誓言而“天理不容”,那么于注重道德训诫功能无济,其结果只会导致“民免而无耻”,丧失道德内涵与精神风貌。

而在比附及察“大小轻重之比”时,周人同样坚持“明德慎罚”的思想观念。具体来说,周人尚“中”的道德理念在立法与司法领域中体现为“中刑”原则。“中”本是周人的伦理观念、道德准则,但周人也将其用于司法判决中,在比附判决时,“上下比附”的司法判决技术,是做到量刑适中、罪罚一致的最好表现。如《礼记》记“附从轻,赦从众”,注:“附,施行也。求出之,使从轻”。疏:“施刑之时,此人所犯之罪在轻重之间,可轻可重,则当求可轻之刑而附之,则罪疑惟轻是也。”^{[1]411-413}此外,《周礼》、《尚书》中有关“比”的注疏亦无不如此,这可结合上文“‘比’的判决技术”一节得知,此不赘述。总的来说,周人“上下比之”即坚持“中刑”原则,实践时的具体要求则是公正适用,周人的“明德慎罚”思想在西周时期已经融入刑罚之中了。

然而“中刑”如何实施在不同的场合可以因时制宜。对牧牛与攸卫牧的处罚无不贯穿“中”的内涵,对有疑虑的案件“上下比之”以后仍然不能判决者,则需“众狱断之”,也表明周人判决狱讼之时始终心存恪守公正、慎用刑罚的原则。诚然,“中刑”含有司法公正、量刑适中及罪刑相适应的法文化意蕴,是周人“明德慎罚”观念的核心。当然“中刑”只是周人贯彻“明德慎罚”思想所表现出来的,其慎罚的核心还是重视“道德训诫”。

(二)礼法合一思想

先秦时期礼、法对社会的规范与约束效力一致,誓与比蕴含的“礼法合一”特点,对后世“礼法合一”的立法精神影响深远。鲁昭公六年(前536年)郑国子产铸刑书于鼎一事,童书业云:“惟春秋前制刑,盖藏之于官府,贵族守之,用于镇压人民。至此郑、晋始明布刑律,即‘成文法’之公布也”。^{[40]207}童书业所说不是否定之前没有法律,而是没有现代意义上的法律,成文法公布之前主要是指刑罚,它包含很多礼的因素。判决之誓之所以有契约法律效力,就是因为其程序符合先秦时期的礼制,触犯礼的行为,无疑也触犯了刑罚,以现在之语言之即“礼法难容”。换言之,誓是“礼法合一”的综合体现。同样,周人在比附判决时的“中刑”原则也含有礼的因素,比附轻重本身就包含人情因素,其核心即贯穿于礼乐教化中的“德”观念。春秋后期孔子曾把礼置于刑罚之上,《论语·子路第十三》:“礼乐不兴,则刑罚不中;刑罚不中,则民无所措手足”。^{[38]132}孔子指出礼是罚的核心,礼乐如若不能得到重视,作为对付被统治阶级的刑罚也不会公正适当,自然统治者标榜的德政也就无法实现。周人看来,要解决这一问题,不外乎通过一系列礼乐模式对刑罚进行调控。

礼乐模式的调控功能在先秦社会中是一切礼仪得以维持的核心,而礼乐模式对刑罚的调控尤其重要,以致罚让位以礼,退居次要地位,形成“礼法合一”的特点。^①“礼法合一”导致礼具有法的功用,既然发誓的过程属于礼制领域,那么它确立的内容也就是新的契约关系,而违背誓言也就不需要依靠神意判决,而是礼制下的权力。“礼制在法律关系创制中的意义表现在,通过严格的程序

^① 文中这一小节以后部分因先秦时期的“刑罚”在西周建立之后出现“慎罚”思想,处罚时渗入更多人的因素,野蛮和残酷程度降低,为了行文方便,论及法律时用“刑法”一词代替“刑罚”,“法”代替“罚”。

性礼仪形式确定双方的权利义务关系,起到对双方行为进行约束的作用。”^{[14]266}可见在我国古代法律确立的起始阶段礼法是合一的。

在“明德慎罚”思想指导下,德教是根本,刑罚是补充。其表层是德与罚之间的关系,其深层则是礼与法的关系。因为礼与法有不同之处:礼是积极的正面规范,法则是消极的制裁性规范,所谓“礼者禁于将然之前,而法者禁于已然之后”是也。^{[41]218}这就是说,法只是作为礼的补充而存在,是规范人们行为的最后防线,那么在礼法之间,“德”则成为两种规范的核心元素。统治者将德、礼、法结合起来实行,以德为首,其次为礼,最后为刑。“上下比之”虽不见德与礼,而其处理技术却见礼乐模式的调控作用与道德教育。虽然誓与比都有“礼法合一”的特点,却也有一定的区别,誓同时含有制度之礼与抽象的礼的精神,比则主要是抽象的礼的精神。西周统治者规范人们言行,在强调德的同时,也需要有威严的刑,为了防止滥用暴刑,礼乐模式进行调控也就势在必行,而礼乐模式的这种调控功能在成文法之前导致礼法区分不大,很多时候甚至可以等同。然而,先秦时期的“礼法合一”终究与两汉之后还是有很大区别的。

在先秦时期,礼主要是制度之礼,实施过程中则指一些具体的符合当时社会规范的原则性仪式礼制。如《孔子世家》载孔子少时,“为儿嬉戏,常陈俎豆,设礼容”。《正义》云:“俎豆以木为之,受四升,高尺二寸。大夫以上赤云气,诸侯加象饰足,天子玉饰也。”^{[30]1096-1097}即孔子少时曾用俎豆演习礼。又孔子云“禘自既灌而往者,吾不欲观之矣”。杨伯峻言“灌”即禘祭的一部分,说明禘祭是由很多礼的程序构成的。^①又有人问孔子:管仲是否知礼,孔子曰:“邦君树塞门,管氏亦树塞门。邦君为两君之好,有反坫,管氏亦有反坫。管氏而知礼,孰不知礼”?^{[38]31}皆可说明先秦时期的礼有一些具体的要求与内容,可以称之为“制度之礼”,至于抽象的礼的精神则是孔门后学提炼总结的。这些也可推知,先秦时期誓所具有的礼制因素是一些程序,不是抽象意义上的礼,那么誓所推动的“礼法合一”进程也就是一个不断融入新内涵的历史阶段。誓在进入成文法时代后逐渐淡出司法判决领域,隐藏于社会生活中而作用微乎其微,但其蕴含的“礼法合一”则没有终结,并且随着法律的进一步发展出现新变化,体现为“礼”是抽象的立法指导精神。相较而言,比的判决技术所体现出的抽象的立法精神则更为明显。到了两汉时期“春秋决狱”极大地推动“礼法合一”,并在唐代最终完成“礼法合一”,若深究其渊源,正是先秦时期誓与比这样具有“礼法合一”特点的判决方式所推动的。

参考文献:

- [1] 郑玄注,孔颖达疏. 礼记正义[M]/李学勤主编. 十三经注疏(标点本). 北京:北京大学出版社,1999.
- [2] 郑玄注,贾公彦疏. 周礼注疏[M]/李学勤主编. 十三经注疏(标点本). 北京:北京大学出版社,1999.
- [3] 郭沫若. 中国古代社会研究[M]. 北京:商务印书馆,2011.
- [4] 杨树达. 积微居金文说[M]. 北京:中国科学院,1952.
- [5] 李学勤. 西周金文中的土地转让[G]/李缙云. 李学勤学术文化随笔. 北京:中国青年出版社,1999.
- [6] 许慎著,段玉裁注. 说文解字注[M]. 上海:上海古籍出版社,2012.
- [7] 吴荣曾. 试论先秦刑罚规范中所保留的氏族制残余[J]. 中国社会科学,1984(3):199-210.
- [8] 吴镇烽. 商周青铜器铭文暨图像集成[M]. 上海:上海古籍出版社,2012.
- [9] 杨一凡,主编. 夏商周法制考[M]/中国法制史考证甲编第1卷. 北京:中国社会科学出版社,2003.
- [10] 胡留元,冯卓慧. 西周法制史[M]. 西安:陕西人民出版社,1988.
- [11] 杜文忠. 誓与法[J]. 现代法学,2004(1):52-55.
- [12] 李学勤. 岐山董家村训诂考释[G]/吉林大学古文字研究室. 古文字研究(第一辑). 北京:中华书局,1979.
- [13] 湖北省荆沙铁路考古队. 包山楚简[M]. 北京:文物出版社,1991.
- [14] 王沛,主编. 出土文献与法律史研究(第一辑)[G]. 上海:上海人民出版社,2012.
- [15] 杨伯峻. 春秋左传注. [M]北京:中华书局,2012.

^① 杨伯峻注释:“灌”,本作“裸”,是祭祀节目之一。古代祭祀用活人以代受祭者,活人一般为幼小男女,第一次献酒使之闻到鬯鬯的香气,叫做裸。《论语译注》,北京:中华书局,1980:26。

- [16] 杜预注,孔颖达正义.春秋左传正义[M]//李学勤,主编.十三经注疏(标点本).北京:北京大学出版社,1999.
- [17] 孔安国传,孔颖达疏.尚书正义[M]//李学勤,主编.十三经注疏(标点本).北京:北京大学出版社,1999.
- [18] 宁全红.春秋法制史研究[M].成都:四川大学出版社,2009.
- [19] 刘笃才.中国古代判例考论[J].中国社会科学,2007(4):145-155.
- [20] 何勤华.秦汉时期的判例法研究及其特点[J].法商研究,1998(5):133-142.
- [21] 杨师群.中国古代法律样式的历史考察——与武树臣先生商榷[J].中国社会科学,2001(1):113-118.
- [22] 北京大学《荀子》注释组.荀子新注[M].北京:中华书局,1979.
- [23] 沈家本.历代刑法考[M].北京:中华书局,1985.
- [24] 武树臣.中国传统法律文化[M].北京:北京大学出版社,1994.
- [25] 武树臣.中国古代法律样式的理论诠释[J].中国社会科学,1997(1):125-139.
- [26] 汪世荣.中国古代判例研究[M].北京:中国政法大学出版社,1997.
- [27] 汪世荣.判例在中国传统法中的功能[J].法学研究,2006(1):125-134.
- [28] 林剑鸣.秦史稿[M].北京:中国人民大学出版社,2009.
- [29] 武树臣.中国传统法律文化鸟瞰[M].郑州:大象出版社,1997.
- [30] 司马迁.史记[M].北京:中华书局,1959.
- [31] 王世舜,王翠叶译注.尚书[M].北京:中华书局,2012.
- [32] 睡虎地秦墓竹简整理小组.睡虎地秦墓竹简[M].北京:文物出版社,1990.
- [33] 王念孙.读书杂志[M].北京:中国书店,1985.
- [34] 班固.汉书[M].北京:中华书局,1962.
- [35] 王国维.观堂集林(外二种)[M].石家庄:河北教育出版社,2001.
- [36] 赵容俊.殷商甲骨卜辞所见之巫术(增订本)[M].北京:中华书局,2011.
- [37] 崔永东.金文简帛中的刑法思想[M].北京:清华大学出版社,2000.
- [38] 杨伯峻.论语译注[M].北京:中华书局,2011.
- [39] 晁福林.先秦时期“德”观念的起源及其发展[J].中国社会科学,2005(4):192-204.
- [40] 童书业.春秋左传研究[M].上海:上海人民出版社,1983.
- [41] 李学勤,主编.西周史与西周文明[M].上海:上海科学技术文献出版社,2007.

责任编辑 张颖超