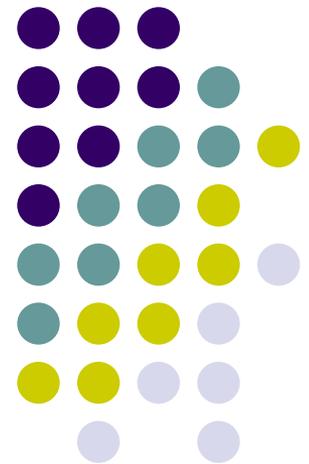
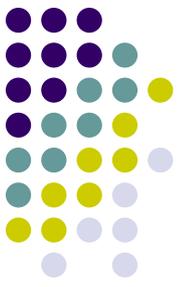


二、法的产生





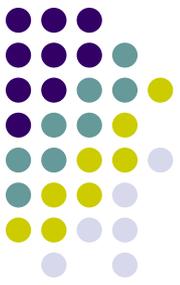
(一) 中国法的产生

- A. 史料观点：
 - **i. 刑始于兵。**
 - 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。（《国语·鲁语》）
 - 文献资料：
 - 黄帝炎帝之战（河北涿鹿东南，炎帝被打败）
 - 蚩尤黄帝之战（河北涿鹿东南，蚩尤失败被杀）
 - 黄帝以兵定天下，此刑之大者。（《汉书·刑法志》）
 - 刑也者，始于兵……蚩尤惟始作乱，斯民鸱义，奸宄并作，刑之用，岂能已乎？（《辽史·刑法志》）
 - 用命，赏于祖；不用命，戮于社。予则孥戮汝。（《尚书·甘誓》）
 - 师出以律，失律凶也。（《易·师·象》）
 - 其他例证：中国古代的法官大都以武职官为名：
 - 如：舜时任命皋陶为士，制五刑，审狱讼。（《尚书·尧典》）
 - 西周的大司寇掌全国的司法工作；小司寇掌宗周直辖地区的案件。（《周礼·秋官司寇》）
 - 秦代法官叫廷尉，亦是武职。



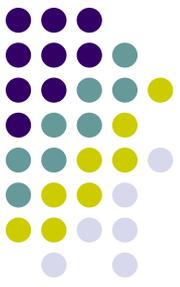
(一) 中国法的产生

- A.观点：
- ii. 刑源于天定说。
- 天讨有罪，五刑五用哉。（《尚书·皋陶谟》）
- 民所叛者，天讨之。（《孔传》）
- 讨罪用刑，一出于天，非可得而私。（《祥刑要览注》）
- 夏启攻伐有扈氏的军律：天用剿绝其命，今予惟恭行天之罚。（《尚书·甘誓》）
- 商汤攻打夏桀时：有夏多罪，天帝殛之，尔尚辅予一人，致天之罚。（《尚书·汤誓》）
- 我们中国要在二十世纪的世界谋生存，没有第二个合适的主义；要确定三民主义为中国唯一的思想，再不许有第二个思想，来扰乱中国。（蒋介石著：《三民主义为唯一思想》）



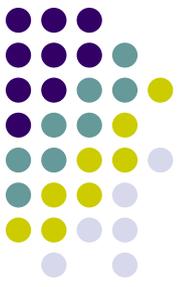
(一) 中国法的产生

- A.观点:
- iii. 刑源于苗民说。
- 苗民弗用灵，制以刑。惟作五虐之刑，曰法。
(《尚书·吕刑》)
- 五虐之刑：劓、刖、椽（宫）、黥。



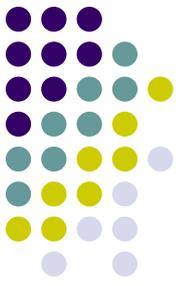
(一) 中国法的产生

- 以上观点的考古证据：
- i. 河南洛阳矧李遗址发现了斩刑和刖刑
- M2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。”显然是受了斩刑。
- M1长方形竖穴：
 - 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，...骨架为一成年男性，没有随葬品。”显然是受了刖刑。



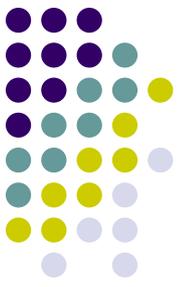
(一) 中国法的产生

- 以上观点的考古证据：
- ii. 河南孟津小潘沟遗址发现了腰斩刑和活埋
- M3：“人架仰身直肢，头南足北，腹部以上骨骼全无，但断处规整，无任何后期扰乱的情况。”
- M4：“仰身直肢，头南足北，腰以下全无，断处规整。”显系受了腰斩刑。
- M5：死者“仰身屈肢，头北足南，两肩紧缩，两手交于腹，两脚交叉。”“侧身屈肢，头朝东南，面向南，双手举于头部两侧。”显系活埋挣扎所致。



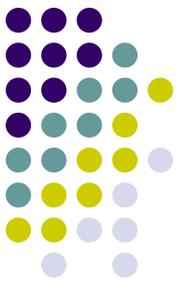
(一) 中国法的产生

- 以上观点的考古证据：
- **iii. 河北邯郸涧沟遗址发现了斩首刑**
- “在房基内发现人头骨四具，有砍伤痕与剥皮痕，显示砍死后又经剥皮的。”
- 河南洛阳矧李遗址、孟津小盘沟遗址、河北邯郸涧沟遗址和河南洛阳王湾遗址是河南龙山文化的分布区，其中，洛阳矧李文化又分为第一期仰韶文化，第二期矧李文化（发现刎足骨架和斩首骨架者）和第三期王湾文化。
- 第三期王湾文化有碳14年代数据，确定其存在时间为公元前**2390+/-145年**（树轮校正），则有刎刑、斩刑的第二期矧李文化的时间至少在前**2400+/-145年**以前。
- 河南龙山文化是河南偃师二里头文化的前身。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。则可以肯定地说，刑法产生于夏代以前。



(一) 中国法的产生

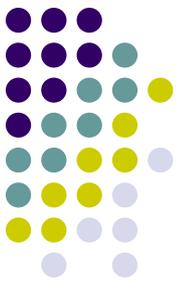
- B.法产生的背后根源:
- i. 自然起源说
- 有天地然后有万物，有万物然后有男女，有男女然后有夫妇，有夫妇然后有父子，有父子然后有君臣，有君臣然后有上下，有上下然后礼义有所错。夫妇之道不可以不久也。（《易·序卦》）
- 比较亚里士多德的观点:
- 男女两性→家庭→村坊→城邦（国家）→法
- 雌雄（男女）两性不能单独延续其种类，这就要先成为配偶。配偶出于生理的自然，并不由于意志（思虑）的结合。家庭是人类为了满足日常生活需要建立的社会细胞。村坊是扩大生活需要有若干家庭联合而成的形式。若干村坊结合成为“城市”（城邦），即国家。这些社会团体都是自然生长起来的。一切社会团体的建立其目的总是为了完成某些善业——所有人类的每一种作为，在他们看来，其本意总是在求取某一善果。（亚里士多德《政治学》）
- 问:
- 1.二者的差异何在？
- 2.从中国法的自然起源说中，你可以推导出中国法的什么精神？中国法的哲学思维是什么？你怎么评价这种思维？



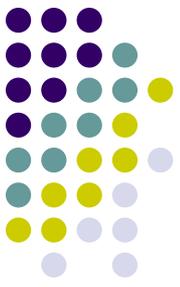
(一) 中国法的产生

- B.法产生的背后根源:
- ii. 一同天下之义
- 未有刑政之时，一人一义，十人十义，各是其义，以非人之义，天下之乱，若禽兽然。选择天下之贤可者，立以为天子，国君，乡长。天子发宪布令于天下之众，壹同天下之义。圣王为五刑，请以治其民，譬若丝缕之有纪，网罟之有纲，所以连收天下之百姓不尚同其上者也。（《墨子·尚同》）
- **比较：**15 耶和華神将那人安置在伊甸园，使他修理看守。16 耶和華神吩咐他说，园中各样树上的果子，你可以随意吃。17 只是分别善恶树上的果子，你不可吃，因为你吃的日子**必定死**。（GENESIS2:15-17）
- 4 蛇对女人说，你们不一定死， 5 因为神知道，你们吃的日子眼睛就明亮了，你们便如神能知道善恶。 6 于是女人见那棵树的果子好作食物，也**悦人的眼目**，且是**可喜爱的**，能使人有**智慧**，就摘下果子来吃了。又给她丈夫，她丈夫也吃了。 7 他们二人的**眼睛就明亮**了，才知道自己是赤身露体，便拿无花果树的叶子，为自己编作裙子。（GENESIS3:4-7）

问：

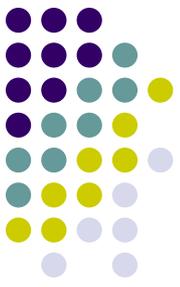


- 1. 谁掌握是非善恶的标准？谁可以做是非善恶的裁判者？
- 2. 法律在何种程度上能够统一人们的“认识”？法律统一的是人的“行为”还是“看法”？
- 3. 你赞同人与人的冲突就是“头脑”与“头脑”的冲突吗？



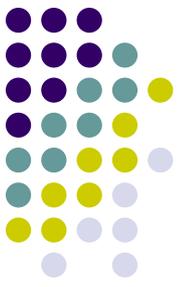
(一) 中国法的产生

- B.法产生的背后根源:
- iii. 等级制度的需要
- 未有君臣上下之时，民乱而不治，是以圣人列**贵贱**，制爵位，立名号，以**别君臣上下**之义。地广，民众，万物多，故分五官而守之。民众而奸邪生；古立法制，为度量而禁之。（《**商君书·君臣**》）
- **有天有地而上下有差**。两贵之不能相事，两贱之不能相使，是**天数**也。故制礼仪而分之，使有贫富贵贱之等，足以相兼临者。（《**荀子·王制**》）
- **问：**
- 1.为什么主张“法治”的法家与主张“人治”的儒家都强调法对阶等的维护？
- 2.法家的“法治”与现代“法治”有何区别？
- 3.你认为在中国这块古老的土地上，现代“法治”的精神能落土为安吗？谈谈你的看法。



(一) 中国法的产生

- B.法产生的背后根源:
- iv. 财产分配论
- 乱世源于**亲亲而爱私**，以强凌弱，以众暴寡。故圣人作为**土地货财男女之分**。分定而无制，不可，故立禁。禁立而莫之司，不可，故立官。官设而莫之一，不可，故立君。（《**商君书·开塞**》）
- 古者人民少而财有余，故民不争。今**人民众而货财寡**，事力劳而供养薄，故民争。虽**倍赏累罚**而不免于乱。（《**韩非子·五蠹**》）
- 人性的特点:
- **人皆挟自为心**。（《**韩非子·忠孝**》）
- 商人：舆人成舆，则欲人之富贵；匠人成棺，则欲人之夭死。（《**韩非子·备内**》）
- 父母对子女：产男则相贺，产女则杀之。……虑其后便，计之长利也。威势之可以禁暴，而德厚之不足以止乱。（《**韩非子·六反**》）



问：

- 1. 什么是“亲亲而爱私”？同义语：人情社会。
- 请你列举出人情社会的基本特点。它是中国文化基因里特有的现象吗？在中国社会，“人情”与“法治”是如何博弈的？此为期末考核论文主题之一。推荐阅读：费孝通：《乡土中国》。
- 2. “亲亲而爱私”是乱之源吗？为“土地货财男女之分”就能去私而为公吗？“分”的标准谁定？
- 3. “人民众而货财寡”是乱的根源吗？是财富多寡的问题，还是分配的问题？
- 4. 你是否认可韩非对人性的分析？
- 5. “定分止争”反映了法律的一个什么功能？请一个法律实例分析法律对不同利益进行分配时所考量的各种因素。此为期末考核论文主题之二。



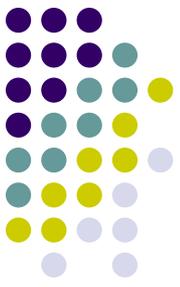
(一) 中国法的产生

- B.法产生的背后根源:
- v. 性恶论
- 人之性恶，其善者伪也。（《荀子·性恶》）
- 饥而欲食，寒而欲暖，劳而欲息，好利而恶害，是人之所生而有也。（《荀子·荣辱》）
- 从人之情，顺人之性，必出于争夺，合于犯分乱理，而归于暴。（《荀子·性恶》）
- 明礼义以化之，起法正以治之，重刑罚以禁之，使天下皆出于治。（《荀子·礼论》）
- 明分使群（《荀子·富国》），化性起伪（《荀子·性恶》）。
- 农农、士士、工工、商商，君君、臣臣、父父、子子、兄兄、弟弟。（《荀子·荣辱》）



问：

- 1. “饥而欲食，寒而欲暖，劳而欲息，好利而恶害，”有善恶之分吗？这反映了人性的哪个方面？
- 2. 为什么要约束这样的人性？
- 3. 什么是“明分使群”？你能否想象人类过独居生活？人的社会性与法律的关系？No one is an island.
- 4. 荀子提出“农农、士士、工工、商商，君君、臣臣、父父、子子、兄兄、弟弟”，这是身份法时代的特征，这是解决人性问题的必由出路吗？请你考察当今社会，是否还有身份法时代的影子。此为期末考核论文主题之三。



(一) 中国法的产生

- B.法产生的背后根源:
- vi. 道德衰微论
- 失道而后德，失德而后仁，失仁而后义，失义而后礼。夫，礼者，忠信之薄，而乱之首也。（《老子·三十八章》）
- 法令滋彰，盗贼多有。（《老子·五十七章》）
- 上古竞于道德，中世逐于智谋，当今争于气力。古今异俗，新故异备，治急世之民不能以宽缓之政。（《韩非子·五蠹》）
- 凡有血气的，没有一个因行律法能在上帝面前称义，因为律法本是叫人知罪。（Romans 3: 20）

以上内容仅为本文档的试下载部分，为可阅读页数的一半内容。如要下载或阅读全文，请访问：<https://d.book118.com/246111022151010140>