

“刑起于兵”的百年迷思： 一段学术史的回顾与反思*

■ 赖骏楠

[内容提要]作为法律史学通说之一的“刑起于兵”说,认为中国古代法起源于上古血缘团体间的战争。该学说与古代“兵刑合一”观有本质区别。“刑起于兵”说诞生于社会达尔文主义和种族思想盛行的近代语境,并以中国民族西来说及其附带的上古种族战争画面为前提。当代“刑起于兵”说基本延续了近代“刑起于兵”说的内核,但淡化了种族战争这一叙述背景。“刑起于兵”说存在理论前提有伪科学性质,核心史料运用不当,对古代文献和学术重视不足,比较法律史方法带有形式主义,中西比较过程中观察重心不一致,以及价值取向上过于苛责古人等问题。“刑起于兵”说,是近代学者在遭遇具有极强欧洲中心主义色彩的西方种族史观后产生应激反应的一个副产品。今后的中国法起源研究,有充分理由告别“刑起于兵”说,并以从容的姿态为世界学术做出中国贡献。

[关键词]“刑起于兵” 西来说 中国法起源

一、引言

“刑起于兵”,这是一个见于绝大多数当代中国法律史教材的经典说法。它超越了通说地位,近乎学术共识,乃至法律史叙述中不证自明的前提。这一学说的标准内容如下:以刑法为主要内容的中国古代法,起源于上古时期各血缘团体间的军事冲突;以肉刑为主的古代刑罚直接借鉴战场上对金属兵器的使用;刑罚和刑法最初被用于针对异族,但为了强化长期战争必要的纪律和权威,这套制度也渐渐被转用于族内,由此成为普遍的法秩序;受此影响,中国古代法长期体现出压迫性、残酷性等特征。^①

赖骏楠:复旦大学法学院(Lai Junnan, Law School of Fudan University)

*本文系国家社会科学基金重大项目“中华法系的创造性转化研究”(项目批准号:24&ZD138)的阶段性研究成果。

当代学术对这一说法有过零星的质疑,^②但几乎没有学者对“刑起于兵”说本身的历史展开过考察。如果不对这一学说的最初面貌、发展定型和后续固化展开梳理,我们就难以获得对其理论漏洞、材料局限和视野盲区的充分认识。本文表明,“刑起于兵”说诞生于当代法律史学者几乎无法想象的、极其特殊的近代思想和政治语境,在科学性上具有重大瑕疵。明了“刑起于兵”的百年学术与政治迷思,既有助于反思其在法律史学中占据长期统治地位的原因,又能为今后对其扬弃,开辟早期中国法律研究新境界提供充分的理据。

二、古典天道观视野下的“兵刑合一”说

“刑起于兵”说远非古已有之,它在本质上是清末民国学术、思想与政治语境的产物。但这一学说也并非彻底凭空杜撰,它在古代传世典籍中有一些表面接近的对应物,也就是“兵刑合一”学说。

在先秦史籍《国语》的《鲁语》和《晋语》部分,首度出现较为清晰的“兵刑合一”表述。在《鲁语》中,鲁国大夫臧文仲提供了有关兵刑关系的著名说法:“刑五而已……大刑用甲兵,其次用斧钺,中刑用刀锯,其次用钻笮,薄刑用鞭扑,以威民也。故大者陈之原野,小者致之市朝”。^③这段文字与其说是在描述刑罚的起源,不如说是在强调“甲兵”(如果将其理解成战争的话)也是刑罚之一种(即“大刑”)。而且,甲兵、斧钺、刀锯、钻笮、鞭扑,构成周代礼法秩序下可以正当使用的五种刑罚,而使用其他暴力手段,就会被认为不具正当性。结合上下文,可明确的是,臧文仲之所以声称“刑五而已”,乃是因为当时晋文公扣押了曾无礼于晋的卫成公,却没有使用合适的刑罚来处置他,而是使用不属于上述五刑的毒杀方法(但未能毒死)。臧文仲进而认为晋文公的法外施刑不具有正当性,并请求鲁僖公救援卫成公。^④在《晋语》中,晋国大夫范文子也在另一个场合说道:“夫战,刑也,刑之过也”。此处文字依然是把战争理解为刑之一种,从而也隐含着包含战争在内的各种刑,均须服从礼法秩序的意味。^⑤

东汉班固所撰《汉书·刑法志》在上述先秦文本基础上,进一步陈述这种强规范性色彩的“兵刑合一”观。众所周知,《刑法志》先是以大量篇幅叙述上古直至汉代的兵制,之后才是对狭义刑制演变的介绍。支撑此种体例的理由,正是《刑法志》开篇就讲述的圣人以礼教和刑法创设天下秩序的传统儒家叙事:“圣人既躬明愍之性,必通天地之心,制礼作教,立法设刑,动缘民情,而则天象地”。此处的刑也就与礼一道,具有极强的规范意涵:“《书》云‘天秩有礼’,‘天讨有罪’。故圣人因天秩而制五礼,因天讨而作五刑”。班固随后引用上述《鲁语》中的文字,表明甲兵也是一种正当的刑罚。黄帝战蚩尤,颛顼陈共工,尧、舜流放共工、欢兜、三苗且殛鯀等传说中的兵、刑事件,也都被班固列为天下秩序中使用正当刑罚的经典案例。^⑥《刑法志》对夏商周三代兵制的追忆,以及对春秋战国和秦代统治者频繁兴兵的批评,也是在强调作为天讨之刑之一种的兵,不可滥用,应

当“用之有本末，行之有逆顺耳”。^⑦

因此，古代“兵刑合一”观与当代学者熟悉的“刑起于兵”说有本质区别。在论述层次上，“刑起于兵”说是在事实论层面讨论法律的现实起源问题；古人没有如此强的历史思维，“兵刑合一”试图回答的是规范论问题：在已经确立和成熟起来的，甚至有点理想化的天下秩序中，应如何安放兵、刑这类暴力？在概念关系上，“刑起于兵”说中的兵诞生于前，刑是对兵的模仿；在“兵刑合一”观中，广义的、服从规范支配的刑才是上位概念，能够统摄兵和狭义的刑这两个概念。在面对暴力的实质态度上，“刑起于兵”说彻底放任战争的暴力属性，并认为刑法直接源自战争这种暴力，从而将古代刑法本身彻底去规范化；“兵刑合一”观的努力方向毋宁相反，它是先秦以来儒家学派（或儒家的先驱者）将战争纳入天道秩序的产物，这种语境下的兵与刑都须接受礼法的节制，这也符合儒家王道与仁政的精神。将这两种学说混为一谈，既是对古人良苦用心的误解，又是对近代学者雄心壮志的辜负。

直到清代，学者仍然是在上述视野下理解上古的兵刑关系。如王棠就指出：“《汉书》志刑罚而不志兵，亦是杂兵于刑罚而言也。所谓‘圣人因天秩而制五礼，因天罚而作五刑。大刑用甲兵，中刑用刀锯，其次用钻笮，薄刑用鞭扑’，以甲兵为大刑，是甲兵特为刑中之大者也耳”。^⑧

即使是在“刑起于兵”说已诞生的20世纪，也有学者对相关典籍文本做出了符合古人原意的解读。光绪三十二年（1906年），陆绍明在《国粹学报》上撰文指出：“兵为法之大者也……兵也乎哉，谓之曰法可也”，且“兵法似殊，其义则一，无非劝善罚恶，禁暴除凶”。^⑨1925年，龚尔恭清晰指明了“兵刑合一”的规范性古义：“刑与兵皆丽于律，故古者兵刑不分，同属于大理。大刑用甲兵，张婴注曰：‘以六师诛暴乱也’。盖上古之世，其视诛戮犹刑罚也，特罪有重轻，斯刑有大小耳”。^⑩1936年，受到新学说影响的刘仰之，仍指陈旧式兵刑观念：“盖刑为战之小者，而战为刑之大者也。二者皆为实行天讨有罪之旨，所以维持国家之秩序也”。^⑪此外，顾颉刚也讨论过古代兵刑无别现象，并重点从官制着手，考证与兵、刑相应的官职和事务的长期重叠状态。惜其论述未上升到义理高度，以致对兵刑不分现象未能提供符合古义的合理解释。^⑫

三、“刑起于兵”说的近代起源与定型

（一）思想背景：种族争竞史观与中国民族西来说

然而，无论中西，19世纪末、20世纪初的主流社会思潮，却呈现出一幅与儒家天道观截然相反的去规范化画面。近代“刑起于兵”学说，正是从这种去规范化的社会理论中汲取养分。具体而言，“刑起于兵”说诞生于由社会达尔文主义和种族话语共同作用而产生的种族争竞史观和中国民族西来说的语境之中。

将世界历史设想成不同种族之间为生存而斗争的激烈场景，是19世纪下半叶盛行

的社会达尔文主义和种族话语交汇后的产物。众所周知,由英国社会学家斯宾塞(Herbert Spencer)开创,得到当时整个欧美学界推崇和发展的社会达尔文主义,认为在个人与个人之间、群体与群体之间,存在着类似生物界那般的生存选择竞争,只有最适应环境者才能在竞争中胜出,不适应环境者则被淘汰。当同时期盛行的所谓人种学及其背后的种族主义意识形态开始借用社会达尔文主义时,相关论述者的注意力就会集中于种族间的竞争议题:最激烈的生存竞争被认为发生在不同种族之间,只有最适应环境者(某种意义上的最优者)才能胜出,并支配更劣的其他种族。在当时西方思想界看来,种族竞争史上的优胜者显然是白人种族,尤其是所谓条顿民族,而非白人种族则必须接受被殖民的宿命。^⑬很显然,这幅种族间的“天演”画面,是对当时帝国主义行径的一个辩护手段,也很容易造成非西方世界精英阶层的焦虑和恐惧。

种族竞争和优胜劣败的话语,通过严复、梁启超等人的译介,迅速占领清末思想领地。严复翻译赫胥黎(Thomas Huxley)的《天演论》(1898年),系统阐释了生物界和人类社会的“物竞”原理。严复本人创作的《原强》(1895年)等政论,直接指出了中国人的亡种危机。^⑭无论是在创办《时务报》期间(1896年8月至1897年10月),还是在担任长沙时务学堂总教习期间(1897年11月至1898年2月),梁启超与其他志同道合者均不遗余力渲染种族竞争画面,以激起国人忧患意识。^⑮与本文最直接相关的是,梁启超在戊戌变法失败并流亡日本后,以《新史学》(1902年)一文系统阐释了以种族斗争为主线的世界历史观。他认为,历史学就是“叙人种之发达与其竞争而已”,“舍人种则无历史”。数千年世界历史的主要内容,便是各人种以家族、乡族、部族和国族等形式互相排斥、优胜劣汰的历史。他参考当时人种学的一般说法,将人类划分为黑、红、棕、黄、白等人种。在所有人种中,只有黄种人和白种人可被称为“历史的人种”,而且只有白种人才是“世界史的人种”。在经历长期的种族斗争后,目前的优胜者是白种人(尤其是盎格鲁-撒克逊人和德意志人):“今日全地球之土地主权,其百分之九十分,属于白种人,而所谓白种人者,则阿利安人而已,所谓阿利安人者,则条顿人而已。条顿人实今世史上独一无二之主人翁也”。^⑯

这幅画面无疑引起了中国近代知识分子的极大焦虑,也逼迫他们努力思考应对之策。面对当时西方的文化霸权,中国思想界几乎无人敢去质疑这套话语的伪科学本质,以及背后的种族主义意识形态。相反,他们只能沿着西方学术设定好的问题意识、思维方式乃至价值取向,去思考如下问题:中国民族(在当时多指汉族)的种族属性是什么?中国民族是“优种”还是“劣种”?中国民族能否在惨烈的种族斗争中存活下来?在这种背景下,中国民族西来说受到热捧,一度成为清末民国学界通说。

中国民族西来说最初源自域外学者作品,却在近代中国学术中得到发展和壮大,并被赋予浓厚的政治色彩。1894年,法裔英籍学者拉克伯里(Terrien de Lacouperie)所著《中国早期文明西源论》(*Western Origin of the Early Chinese Civilization*)出版,该书将西亚古史与中国古史相比附,证明古代中国民族乃从巴比伦迁徙而来。1899年,日本学者白

河次郎、国府种德参考拉克伯里著作，合著《支那文明史》一书，进一步旁征博引各类史籍和传说，以证实中国民族西源说。上述作品很快就得到中国学界的关注和传播，如白河、国府两人著作就被留日学生译为中文出版，改称《中国文明发达史》（1904年）。^①

受此影响，中国学人也开始著书立说，探讨本民族西来问题。例如，蒋智由在《中国人种考》（1906年）中指出，中国人种起源于“昆仑之下”，“昆仑”的位置则在“葱岭帕米尔起，喀喇昆仑东出起于阆山”。这场民族大迁徙中最重要的领袖是黄帝：“特黄帝者，若率一族之人，而选拔其俊秀之才，直大举而为立国东方之计”。黄帝战蚩尤一事，被理解成外来种族征服本土九黎族的行为。蒋智由认为，中国人种在进入中国后，确立起类似于印度种姓制度的“阶级之制”，他还以史籍中出现的“百姓”“万民”“万国”和“蛮夷狄戎”等语来表明当时的种族区分状况。本书末尾则点出此项研究的意义：“然则当种族并列之日，而讲明吾种之渊源，以团结吾同胞之谊，使不敢自惭其祖宗，而陷其种族于劣败之列焉。其于种族保存与夫种族进化有取于是焉必巨矣”。^②创作于同一时期的刘师培的《中国民族志》则呈现出更强烈的民族主义情绪。该书开篇即赞颂上古种族战争：“当三代之时，异族杂处，故圣贤垂训，以攘狄为不世之功”。刘师培认为，“世界人种之开化，皆始于帕米尔高原”，汉族与欧洲人均发源于此，因此是同族，只不过“一移西北为高加索族之民，一移东南为支那本部之民”。汉族进入中国后，便对土著种族发起征服战争，史籍中提到的“獫狁”“苗民”均被视为遭到征伐的异族。对异族的战争直到战国时期才基本结束，之后“禹域河山遂悉举而入于汉族之掌握”。他在书末也不忘致敬种族争竞话语：“今太西哲学大家创为天择物竞之说。物竞者，物争自存也。天择者，存其宜种也。种族既殊，竞争自起。其争而独存者，必种之最宜者也”。^③清末时期的梁启超虽未以专书或专文形式阐释西来说，但体现这一学说的文字在其当时的作品中随处可见。同时，受今文经学公羊三世说的影响，梁启超倾向于认为上古属于混乱无序的据乱世，这又进一步固化了上古种族战争图景。^④民国肇建，西来说几乎成为国民共同信念。1915年北洋政府所定国歌竟有“华胄从来昆仑巅”这种歌词，而孙中山在该时期的演讲中也采信了这种说法。^⑤

上述史观和学说，注定将对其时刚刚诞生的中国法律史学造成致命影响。当学者们开始研究中国法律起源问题时，他们很难不受这套极为流行且极具诱惑力的种族战争和种族迁徙画面的影响。

（二）近代“刑起于兵”说的产生、确定和传播

中国民族西来说迅速渗透当时的中国法律史学作品。首先是日本学者的中国法制史作品。浅井虎夫认为汉人种为外来种族，抵达中国后与土著苗种发生激烈冲突。^⑥田能村梅士也认为汉族是从中亚迁徙而来，经由黄河上游定居中国北方，并逐渐驱逐本土苗族。^⑦数量更为庞大的中国学者也立刻跟进。梁启超在《论中国成文法编制之沿革得失》（1906年，以下简称《沿革得失》）这一法律史学奠基之作中写道：“自黄帝迄于舜禹，我族与苗族为剧烈之竞争，卒代之以兴”。^⑧冯承钧在其法制史讲义（1923年）中赞同西

来说,认为古汉族为“移民”,所以对“古制”的研究应区分“何者为土著之制,何者为移民之制”。^⑤甚至训诂学家胡韞玉也在不知不觉中受到时髦学说影响,他在《中国政法史略》(1923年)中写道:“洪荒之世,神州民族,兴于西北,号曰盘古,伊考其处,当在今帕米尔高原,不知何岁月,缘昆仑东下,宅于黄河流域”。他也将黄帝战蚩尤以及尧舜时期与苗民的冲突,视为种族冲突。^⑥曾参与社会史大论战的黎际涛在其法制史讲义中表示,汉人“顺江河之源,逐水草之利,先入于内地之西北部……黄帝战蚩尤于涿鹿……尧时苗民逆命,尧克之于丹水……苗人既退,汉人全据中国”。^⑦

结果,学者们很自然就将上古法律起源问题置于种族战争背景中来思考。首度做出此种尝试的,仍是梁启超。尽管梁启超未明确提出“刑起于兵”或“刑始于兵”这种表述,但其论述实际上构成了这一学说的源头。在《沿革得失》一文中,梁启超引用《尚书·吕刑》“苗民弗用灵,制以刑,惟作五虐之刑,曰法”等字句,明确表示“五刑为苗族所创”。后“我族”(梁启超谨慎地避免使用革命派惯用的“汉族”一语)西来并征服苗族,“于是彼族之文明,吸收以为我用,刑法于是起焉”。他又引《吕刑》“皇帝哀矜庶戮之不辜,报虐以威,遏绝苗民”,《尚书·尧典》“帝命皋陶:蛮夷猾夏,寇贼奸宄,汝作士”,以及《左传·僖公二十五年》“德以柔中国,刑以威四夷”等语,表示最初此种刑法只是“施诸彼族”,尚未“施诸我族”。最初用来调整族内关系之规范,并非刑,而是礼。而《尧典》所载“象以典刑,流宥五刑,鞭作官刑,扑作教刑,金作赎刑,眚灾肆赦,怙终贼刑”,被认为是“我国成文法之最古者”。^⑧这一刑法源自苗族五刑,但显然也是对原有五刑的精致化和人道化改造,从而能被施用于“我族”内部。

直到1923年,尽管此时梁启超对西来说本身的信念已有动摇,但上古充斥着种族斗争,法律亦源于其中这一想法,仍然牢固地存在于他当时出版的《先秦政治思想史》中。他在该书中继续引用《尚书》和《左传》之说法,认为刑法为异族创造,被“我族”袭用,且最初仅用来对付异族,其后才被施加于本族内的部分阶级。他也对《礼记·曲礼》中“礼不下庶人,刑不上大夫”一句,做出了创造性解读:“而‘庶人’大率皆异族也,故刑不上大夫,与刑以威四夷,其义实一贯”。相比《沿革得失》的论述,他此时还更详细地阐明了原本用于异族的刑法是如何被转用于本族内部的:一方面,种族征服战争需要以刑法来维持族内军纪:“及至用兵之际,专恃情谊,不足以帅众,不能不为律意肃之”;另一方面,种族战争的完成,使得“种族及阶级之界限渐混”,“前此制裁特种人所用之工具,次第适用于一般人。一面团体内事故日繁,前此偶然一用之手段,寔假而时时用之。此则法律之应用所由日广也”。^⑨

梁启超是20世纪“刑起于兵”学说当之无愧的开创者。他的叙述已经包含更成熟的民国版“刑起于兵”说的如下几个基本要件:第一,黄帝、尧、舜生活的上古时代(乃至更晚的夏商周三代)各血缘团体(如种族、部落)间存在频繁战争;第二,刑罚乃至刑法起源于参与战争的苗族,而且苗族在人种上不同于汉族或华夏族;第三,汉族是在战争过程中习得苗族的刑法,但由于这种刑法过于残忍,所以最初仅被用来对付异族;第四,由

于军事纪律的需要,又由于在日益复杂的社会中维持秩序的需要,经过改造后的刑法逐渐被用于汉族内部。在资料方面,梁启超的论述主要依赖《尚书》中《吕刑》《尧典》的记载,而对《国语》和《汉书》中体现旧“兵刑合一”说的文字并没有充分重视。这一史料上的取舍,也对后来的“刑起于兵”论者造成影响。

近代其他论者的工作,基本都是在局部细节上对此予以完善。例如,冯承钧几乎将西来说运用到上古和三代法制的方方面面。在他眼中,井田制、公田制、礼刑关系、《尧典》中的“象刑”,以及封建制,均与种族迁徙和种族征服直接相关。在“刑起于兵”的论域内,我们只需知晓,他与梁启超一样,认为礼仪适用于身为“大夫”的华夏族,而刑也仅适用于“苗黎庶人”;“象刑”即以“象形文字”公布法律,“与古代西方亚叙利(Assyrie)、埃及(misr)之象形文字若合符节也”。^④胡韞玉将“刑起于兵”中的“刑”之义限缩为肉刑,并指出正是在蚩尤掌握金属兵器(即“兵”)制造后,肉刑才得以产生,“及蚩尤作兵,斧钺刀锯之制以兴,苗民承蚩尤金器之利,作五虐之刑,名之曰法,杀戮无辜,大为剽刳椽黥之刑”。因此,“刀锯之刑”“金铁之兵”均起于蚩尤和苗民,“黄帝与蚩尤战,采用其法,加以编制训练,兵事始著。沿及成周,更详备矣。此太古兵刑之大略也”。^⑤都乃毅罗列了自蚩尤以来刑罚名称和种类的演变:“刑制创设最早者,当推蚩尤氏,分剽、刳、椽、黥等刑,皆用以治苗民。迨黄帝兴,刑制稍更,分鞭、扑、钻、管、刀、锯、斧、钺,及至唐虞时代,苗族慑服,于是威权始统一,而刑制又变更矣;制分五,即所谓五刑是也。五刑者:墨、劓、剕、宫、大辟……又有鞭、扑、流、放、窜等刑。又有赎刑,以治疑罪。”^⑥

在众多民国学者中,陈顾远成为“刑起于兵”说的集大成者和最重要的传播者。1934年,在法史学术史上将产生重大影响的著作《中国法制史》出版,其中就包含丰富的“刑始于兵”之论述。^⑦由于中国民族西来说的统治地位此时已动摇,陈顾远也就未在书中讨论民族起源问题,但其论述仍保留了周代以前部落战争盛行这一图景:“至于舜流共工于幽州,放欢兜于崇山,杀三苗于三危,殛鲧于羽山,又系一部落灭他部落之事实”,后来舜命禹征苗,启与有扈氏战,汤之征葛伯,周伐犬戎、密须、黎、崇,以及败殷于牧野,也都是(同族间或异族间)部落战争的事例。五刑源于苗族,后被“我族”袭用(而且这是“古今之通说”),但最初只是“专对异族而设”,“凡同族有罪,或屏诸四夷不与同中国,若《舜典》‘流共工,放欢兜’是也”。“刑不上大夫”中的“大夫”,是贵族和同族二合一的身份群体。^⑧1944年,陈顾远发表《法治与礼治之史的观察》,以纯白话文再度阐释其“法的本义为‘刑’而原于‘兵’”的观点。与10年前的论述相比,他补充了对沿袭自异族的刑是如何转用于本族这一问题的解答:“因五虐之刑专为异族而设,对同族另用放逐鞭扑等法,这已使刑的范围扩大起来;因为异族逐渐顺服,处于我汉族之下,任何种刑也就不能绝对地分出对外对内的界限,惟有泛然地适用,至多将对外而用的甲兵,称为大刑,这又使刑的适用扩大起来”。^⑨1949年后,他继续撰文传播其“刑起于兵”学说。^⑩在首版于1964年,后获海峡两岸学界多次再版的《中国法制史概要》中,他仍坚持这一观点。^⑪正是凭借陈顾远的学术影响力以及坚持不懈的写作、出版乃至外译热情,“刑起于兵”说自

20世纪30年代起,就成为学界通说。

只需浏览一下民国时期其余基本接受“刑起于兵”说之学者名字,就能感受到这一说法的传播面之广和统治力之强。这些人包括但不限于董康、曹辛汉、杨鸿烈、丁元普、孙传瑗、徐朝阳、陈光虞、刘公任、郭卫、吕思勉、李远之(大致按作品诞生时间排序)。^③

“刑起于兵”,注定是20世纪中国法律史学的时代精神。

(三)对近代“刑起于兵”说的评价

近代“刑起于兵”说是中国近代法律史学界对中国法起源问题的一次集体解答。这一解答尝试走出清代学术重文献梳理而不擅义理阐发,重王朝循环而忽视群体演变的旧路数,首度以舶自日本、西方学术的新概念、新思路,对本国典籍中的相关记载作出了创造性的,看似自圆其说的解读。这一努力本身就值得肯定。

然而,由于“刑起于兵”说诞生于中国近代学术的草创期,所以注定带有不成熟性。一方面,它依赖的某些前提,本身就是当时同样不成熟的西方社会科学的产物或其衍生物;另一方面,它在核心史料、旧学功底和文献涉猎方面,也有明显缺陷。

首先,近代“刑起于兵”说所依赖的中国民族西来说充满谬误。西来说本质上是身处亡国焦虑中的近代中国知识分子,为提振国人士气并反击西方种族偏见,而急迫地创造出来的一种说辞。在学术层面,西学说几乎没有立足余地:在其内部,论者们围绕汉族是来自巴比伦还是帕米尔,迁徙运动的首领是黄帝还是他人等问题,就有着不同意见;20世纪以来考古学在中国境内对新、旧石器时代遗址的挖掘,对它构成重大冲击;其作品中也充斥着对中外典籍和史料的任意附会乃至望文生义。^④甚至在民国时期,就已有缪凤林、何炳松等学者对这一观点展开严肃批评。^⑤西来说蕴含的大汉族主义偏见(将“中国民族”与“汉族”画等号),也不符合现今中华民族多元一体这种更为全面、妥当的认识。进一步言之,西来说的理论基础,更是充满了饱受当代社会科学批判的社会达尔文主义和种族话语。严肃的社会科学家不应该把世界历史设想成几大“自古以来”即存在的种族间的冲突史。哪怕这种史观以改头换面的“文明的冲突”形态出现,也是不应当的。

其次,近代“刑起于兵”说在核心史料的选取、运用和解读上存在致命瑕疵。在诸多传世文献中,《尚书》中的《尧典》和《吕刑》独受青睐。引用《吕刑》是为了证明五刑起源于蚩尤和三苗,以及上古时存在汉族和蚩尤、三苗间的种族战争。引用《尧典》是为了证明尧、舜学得苗族五刑后,最初仅将其施于异族,而后才对其予以改造,并适用于本族。然而,在“刑起于兵”说兴盛期已诞生的古史辨学派就指出,典籍中的大量上古人物和事迹并非对历史的真实记载,甚至这些典籍本身也未必成书于上古或三代,而是在春秋战国时期由学者层累地制造出来的。具体到《尚书》,《尧典》被顾颉刚认定成书于《论语》之后,其创作目的是支持儒家禅让说,因此远不是对尧、舜事迹的真实记录。^⑥即使是常被认为成书于西周的《吕刑》,也被一度接近古史辨阵营的钱穆断定为成书于战国李悝、商鞅之后,因该篇明确将“刑”称作“法”,而这种称谓的真正出现,是在法家兴起之后。^⑦

结合晚近出土证据,有当代学者认为,《吕刑》的写定经历了从春秋或战国初期直至战国后期的复杂演变过程,该篇的最终定本与初始文本相比,已有较大变动。^④可惜的是,多数“刑起于兵”论者并没有认真面对典籍记录的此种复杂性,而是径将其中的文字当作信史,并以想象和猜测将这些片言只语连缀成圆融的历史故事。

即使暂不考虑这些记载是否为信史的问题,而是将其当做春秋战国学者提出的学说,该学说也与近代“刑起于兵”说有较大距离。无论《吕刑》还是《尧典》,实际上都预设了在蚩尤、尧、舜时是存在天下秩序的,而非如近代学者所设想的那般充斥着毫无约束的杀伐。因此,《吕刑》才会将蚩尤和苗民的行为称为“作乱”,并立刻叙述了上天及其代理人恢复秩序的努力。^⑤对蚩尤和苗究竟是哪种人物或群体这一问题,近代学者的解读也明显不同于古人。在种族思维和西来说的支配下,近代学者本能地将这些人认定为异种族部落或部落首领,这对古代注疏者而言是不可理喻的。在清代十三经注疏版《尚书正义》中,编校者提供了汉代以来对这些字眼的各种解释,如“蚩尤”就有九黎国国君、炎帝末年诸侯之一、“古天子”乃至“人之贪者也”等多种理解,而“三苗”也被认为是国名。^⑥也就是说,古人并不认为蚩尤或三苗是处在华夏礼法秩序外的异族。相反,他们也被认为隶属于当时的天下秩序,是诸侯之一,只是因过于暴虐,才被上天或天子惩罚乃至诛杀。总之,《尚书》的作者和古代注疏者都无法去设想一种上古时期无法无天、种族间任意杀伐的画面。

看似支持“刑起于兵”说的《左传·僖公二十五年》所载“德以柔中国,刑以威四夷”一语,也值得深入分析。此句的语境是:晋文公朝见周襄王,请求准许自己死后享受周王之葬礼规格,襄王以不合王章为由予以拒绝,但还是赐予其阳樊等田土。阳樊居民不愿归服晋国,晋文公遂率兵围攻。阳樊人苍葛此时在军队阵前高呼:“德以柔中国,刑以威四夷”,并表示阳樊居民均为“王之亲姻”,所以不能沦为战争的俘虏。晋文公听从了苍葛的说法,释放并迁移了居民,只取其土而已。^⑦这一语境无法证明苍葛是在讨论法律起源问题或德、刑的现实适用情况,毋宁说他是在规范论层面上主张周代天下秩序中德与刑的最理想的位置。在事实层面,同一部《左传》就表明,刑的适用范围远大于苍葛所愿意接受的程度,“许多卿、大夫等统治阶级成员,也留下了被处死刑、肉刑的记录”。^⑧但近代学者由于缺少古人这种规范论思维,所以会以(伪)社科思维本能地将这一句子理解成对事实的讨论,亦即对法律起源问题或德、刑实际适用状况的表述。值得注意的是,晋文公明明是以军队围攻阳樊,亦即明明是在起“兵”,苍葛却将这一行动称为“刑”。很显然这种指代关系蕴含了同属规范论层面的“兵刑合一”说,杨伯峻也正是以“兵者刑之一”来解释此种语言现象。^⑨

再次,近代“刑起于兵”说对古典“兵刑合一”观缺乏足够的理解和尊重。尽管仍有学者提及古人那种对兵、刑两种暴力都施加节制的“兵刑合一”观,但该时期的主流明显是相反方向的:上古历史被彻底去规范化,只剩下种族间的赤裸裸的暴力冲突,而刑法正是这种暴力的产物;如果说还剩什么规范的话,那么这毋宁是一种社会达尔文主义的

强权公理型规范(中国民族西来说的主张者的确就是此种想法)。尽管学者们也时常提到《国语》《汉书》中论述“兵刑合一”的文字,但他们仅是在字面意思上理解(如简单理解成兵与刑两种事务或官职的混合),甚至借此支撑其“刑起于兵”的观点。古典“兵刑合一”说原本所蕴含的强规范性的天下秩序观,在这些近代文本中不见踪影。陈顾远甚至直言,在“兵刑合一”的时代,“既没有是非的观念,又没有善恶的区别……纵认为有规范,也不是统一而确定的规范,拿什么标准批评别人做的对或做的不对呢?”^⑩新旧学统间的断裂,不得不说已到令人惊讶的地步。

最后,近代“刑起于兵”说忽略了传世文献中对法律起源的其他叙述。对刑法或法律起源的讨论,远不限于《尚书》记载的寥寥数语。在先秦诸子百家争鸣的时代,各家出于加强自身政治主张之目的,实际上都有相应的有关政治、法律或礼制起源的论述,如天意说、圣人制刑说、自然或天理说、治水说、定分止争说、统一是非说、铲平贤愚能鄙差异说。^⑪正如当代学者所言,相比于“刑起于兵”,“这些说法都没有把法的起因或形成与部族征战这种‘血缘集团压迫’政治联系起来,而只和社会内部建立政治资源和物质资源分配秩序的需要联系起来。这些说法所讲的最先出现的不是五刑及流、放等刑罚手段,而是分配规则或行为规则”。^⑫但对“刑起于兵”说情有独钟的近代法律史学,选择对上述种种说法视而不见。

四、“刑起于兵”说的当代嬗变与固化

(一)当代“刑起于兵”说的层累构造

当代“刑起于兵”说产生于极富时代特色的20世纪八九十年代“文化热”语境。伴随着拨乱反正,整个知识界开始痛思晚清以来中国走向现代化道路种种曲折的根本原因。在“解放思想”这一口号的引领下,旧有的“经济基础决定上层建筑”路径不再是唯一答案,针对传统文化中不利于现代化之种种因素的反思开始涌现。与此相对应,刚刚得以恢复的法律史学研究也侧重对法文化议题的考察,这其中自然包括为中国法文化“寻根”,并思考此一根源是否可能阻碍法治建设的尝试。“刑起于兵”学说的复兴和固化就成为该时期法史学术的自然产物。限于篇幅,此处重点呈现当时“刑起于兵”说的三位最重要的提出者——蔡枢衡、梁治平、张中秋——的作品。要强调的是,结合其时语境,这一两代人的情感和思考,完全值得理解和尊重。

作为一名跨越民国学术与当代学术的人物,蔡枢衡自然成为“刑起于兵”学说史上的承上启下者。早在1981年,蔡枢衡即发表《刑法名称的由来》一文,从上古族群冲突的背景出发,来解读刑法的起源与发展。他认为,黄帝时已有刑法,但针对的是作为被统治阶级的异族,即“邦民”,蚩尤作乱实为“邦民”反叛夏族统治者(即“邦人”)的“群众起义”。直到大禹时,夏族内部才开始正式使用刑法,其标志便是《禹刑》的制定,至此夏族领袖便从代表“邦人”对“邦民”实施压迫者,变为对“邦人”“邦民”均实施压迫者。值得一

提的是,蔡枢衡借助其独树一帜的音韵、训诂知识,对古文“法”(灋)字进行去规范化释义。他不赞同《说文解字》中对“法”字的“平之如水”的解读,甚至认为此四字是后人妄增,因“法字本无公平意义”。“法”字古音“废”,“废”有放、去、除等意,且“字形既由水去组成,作为刑罚,自然舍流莫属了”,因此“法”字的最古义就是将人置于水流之上,驱逐出本群体。^②

在《中国刑法史》(1983年)一书中,蔡枢衡更是结合部分历史唯物主义概念和其独特的文字学理解,建构了一套早期法律起源和发展的宏大理论。他指出,在原始共产制社会,不存在族群差别,无所谓夷夏之分,只是“后因彼此生活不同,于是出现了夏和蛮、夷、戎、狄的区别”。此时也不存在刑罚。在进入“邦人私有制”后(自黄帝以后),就出现了族与族之间的冲突和压迫,刑罚也因而诞生。但最初刑罚仅适用于处在本邦统治下的异族“邦民”,对本族“邦人”并不适用。苗族率先进入“邦君私有制”,开始将刑罚用于族内,并对原本以教化和劝诫等手段来治理本族人的巫覡阶层大加迫害(蔡枢衡认为《吕刑》中“苗民弗用灵,制以刑,惟作五虐之刑曰法,杀戮无辜”一句是指残杀巫覡及其同情者)。夏族及时以武力介入,使得苗族内乱得以平息。后因夏族“邦人”内部阶级矛盾愈加不可调和,夏邦也不得不确立“邦君私有制”,刑罚也开始施用于族内。虞舜时,“在苗族先进经验的影响下”,夏族也开始制定以肉刑为中心的刑罚体系,但又将其改为象征刑,即“象刑”。根据蔡枢衡极富创造力的训诂方案,《尧典》中的“象以典刑”成为“衿纓象身受墨刑的形状”,“流宥五刑”是“椽巾同身受劓刑的形状”,“鞭作官刑”是“菲屨象身受箠刑的形状”,“扑作教刑”是“草裙象身受宫刑的形状”,“金作赎刑”则是“交领象身受杀刑的形状”。不过到了舜的末年,肉刑还是被正式确立。《尚书·皋陶谟》中的文字也获得蔡枢衡的独到解读:“勅我五典五惇哉”意为刑法采用劓刑,“自我五礼有庸哉”意为刑法采用劓刑,“同寅协恭和衷哉”亦即将劓、剕、死、宫、墨合成一个刑罚体系。中国法上旧五刑体系至此正式成立。^③

在当代“刑起于兵”学说史上造成最大影响的,可能是梁治平于1986年发表的《“法”辨》一文。与蔡枢衡作品致力于对典籍中字义、文义的考辨不同,此文展现出开阔的中西历史比较视野。梁治平赞同蔡枢衡对“法”之古义的理解,认为该字“水”旁之义“纯粹是功能性的”,不含公平、正义等意涵。西方语言表示法的“ius”“droit”“Recht”等语词则能够“混权利、正义、法于一体”。这种语言上的差别,必须回到中西方各自国家与法的起源上,才能得到澄清。梁治平一方面考察了古代雅典、罗马城邦和法律的起源,另一方面探讨了夏、商、周国家与法律的形成,并得出如下认识:雅典、罗马国家是氏族组织解体的产物,其国家与法律都是凌驾于社会之上的力量,所以法律具有更强的正义性;三代国家却与氏族组织如影随形,在频繁的氏族间征伐中,国家不是“公共权力”,“而是一族一姓施行其合法武力的恰当形式”,结果“法只被看作是镇压的工具,它的主要表现为刑”。梁治平也引用了《国语》中“大刑用甲兵,其次用斧钺,中刑用刀锯,其次用钻笮,薄刑用鞭扑”一语,不过是用来强调法律的暴力性和残酷性。^④

1991年,张中秋的《中西法律文化比较研究》一书问世。该书第一章在梁治平比较法律史框架的基础上,填充以更多的典籍记载,并加以自己的解释,建构出一套有关“刑起于兵”的完整、圆融的叙事。在论述西方法起源的案例方面,此书与《“法”辨》一样,依赖的是雅典与罗马城邦的历史。张中秋的着力点主要在中国法起源一侧,他将“刑始于兵”观点贯通炎帝、黄帝、尧、舜、禹、夏、商、周各时期。他在开篇指出,无论是传说时代还是夏商周三代,都充斥着部族战争,“法律主要就是借助征战这种特殊形式而慢慢形成的”。具体而言,黄帝战蚩尤时首次使用死刑来对付战败者;三苗发明了肉刑,并用其残害黄帝部族,但被舜镇压;舜又以流、放、殛的刑罚来惩处三苗、共工、鲧和欢兜等同族或异族首领,而三苗创制的肉刑也被舜继承;夏代《禹刑》起源于夏王朝镇压其他氏族叛乱;商代《汤刑》也起因于对异族的征伐;西周《九刑》起源于对旧殷部族、徐淮夷族等异族的讨伐;“刑始于兵”的法创制模式甚至延续到春秋战国时期,晋国《被庐之法》《常法》和楚国《茅门之法》,“都是在军事行动前或军事行动中发布的”。尽管这种刑法最初均是被用于对付异族,但“它对本部族或氏族内部严重的违法犯罪也适用”。他最后表示,部族战争对中国古代法的影响甚大,它导致中国法的镇压性、残暴性、非正义性、非民主性和封闭性等特征。^⑤

在张中秋作品之后,严格意义上的学术作品中鲜有对“刑起于兵”说的专门、系统的阐释。当然,这并不意味着它的衰退。相反,“刑起于兵”说随后成为绝大多数中国法制史/法律史教材中有关中国法起源章节的标准看法,其普及程度甚至超过民国时期。时至今日,几乎所有法学本科生仍会在作为专业核心课的中国法律史课堂上接触到这四个字。

当代“刑起于兵”说既是对近代类似学说的继承,又有着体现时代特色的变异之处。在继承方面,当代学说有关上古充满氏族或部族间战争,刑罚与刑法起源于这些战争,最初被用于异族,随后才逐渐用于本族等核心命题,均与民国学说并无二致。在变异方面,当代学者对近代学说进行了两处修正:一是受到历史唯物主义社会形态演变论的影响,当代学说不再将上古各种冲突与战争视作发生在不同种族间,而是将其视为同一种族、文化、疆域内不同氏族、部落等血缘群体间的战争,再也没人提什么西来说了;二是相比于近代学者时常从正面肯定作为汉族“发达史”篇章之一的“刑起于兵”,20世纪八九十年代学者更倾向于将“刑起于兵”视作中国法的“原罪”,并认定其造就了之后数千年中国法的“残酷”特质。

(二)对当代“刑起于兵”说的反思

如前所述,在改革开放初期的特殊历史语境下,“刑起于兵”说再度被提起和强化,是一个需要予以同情式理解的现象。从法律史学科发展历程的角度来看,该时期学者(尤其是上文提及的三位先生)也为之后数十年本学科的教研确立了基本范式和议题,其贡献不可磨灭。然而,若从后见之明来看,20世纪80年代以来的“刑起于兵”说在学术上仍可商榷。

鉴于当代“刑起于兵”说的核心命题仍是对该学说近代版本的延续,对近代版本的批评,也基本能适用于当代。在此之外,当代“刑起于兵”说在方法论和实质观点方面,还有若干值得检讨之处。

首先,当代“刑起于兵”说存在比较法律文化研究中的形式主义问题。这尤其体现在比较者对中西“法”范围的界定上。由于西方语言中的“法”概念外延较为宽泛,其在实证法外,还包含相关论者所谓的正义论、权利哲学和自然法等内容,所以从事比较研究的当代学者脑海中的西方“法”便是此种广义的法。由于中国古代语言中的“法”“刑”概念被认为仅含实证法意味,所以当代学者对中国古代法的考察也就侧重于实证法,尤其是刑法。以此种方式展开比较,自然会得出西方“法”比中国“法”更具“正义性”或“超越性”这一认识。然而,这种为语言所累的形式主义比较法,并不适合准确、全面地呈现中西法文化的异同。从比较法的功能主义视角出发^⑤,中国古代自然存在有关天理人伦、政治正义、个体尊严的一系列探讨,且这些探讨也对实证法产生了重大影响(如法律儒家化)。不能因为这些探讨和相关实践不叫做“法”或“法学”,就将其摒弃于法文化范围之外。任何法文化都不可能是赤裸裸的暴力工具,它们都包含实证法与理念法两种要素。将狭义的实证中国法与包含实证法与理念法在内的广义西方法进行比较,本身就是一种不公平的双标做法,得出的结论自然也就失之偏颇。

其次,在中西比较的过程中,当代“刑起于兵”说既放大了战争对早期中国法律的影响,又忽视了战争对西方古代法律形成的影响。该问题的反思需要区分两个层次。其一,当代学者一度倾向于认为,“氏族社会”和以氏族等血缘方式直接组建的国家,天然就比打破血缘纽带的“地域国家”或“政治国家”更好斗,所以中国上古时期的战争一定比西方古代更频繁、更惨烈。这种认识确实受到19世纪摩尔根(Lewis H. Morgan)、恩格斯等人作品的影响,但也在很大程度上脱离了他们的原意。受进化论的影响,摩尔根和恩格斯确实认为政治国家比氏族社会更“文明”^⑥,但他们没有说更“野蛮”的氏族时代战争更多。在历史记载方面,如果说《尚书》等典籍中确实包含不少上古战争的传说,那么西方古代不少史诗、史籍更是以战争为主线(如《伊利亚特》《伯罗奔尼撒战争史》)。一个团体是否频繁陷入战争状态,主要不是由其主观意愿决定,毋宁是受到地缘政治环境的影响,而且就客观的战争能力而言,拥有更整齐的地方政治景观和更高效的动员机器的“文明”国家,在这方面更是比“野蛮”社会不知道强出多少倍。其二,即使是在思考战争对中西法律起源的影响方面,当代学者的比较研究也未能做到全面和平允。如果说中国法起源可能受到战争的影响,那么古希腊、罗马国家与法律的起源,尤其是其公法制度,在更大程度上是军事或地缘政治因素的产物。实际上,无论是对这些学者产生过重要影响的摩尔根作品,还是20世纪的罗马法史研究,均曾着墨于雅典、罗马史上历次法律改革与军事的关系。雅典和罗马史上历次有关各阶层权利义务、行政区划、基层社会组织(如百人团制)的法律改革,几乎全是为了满足战争动员的需求,具有鲜明的“军国主义”特色。甚至连法史学界最熟悉的罗马裁判官一职,也有着军事起源:其拉丁语

名称是“praetores”，由“prae”（在……之前）和“itores”（军队）两个词构成，亦即该词的原始含义指的是军事首领。^⑨我们是不是也可以讲一个古希腊、罗马“法起于兵”的漂亮故事？

最后，部分当代“刑起于兵”论者未能历史和比较地看待早期中国法律的所谓残酷性问题。这尤其体现在对肉刑的认识上。肉刑是早期法律中的普遍现象。以今人的眼光，去批评早期中国以肉刑为核心的旧五刑体系过于残忍，未免略显苛责。更何况中国法在西汉文帝、景帝时就已开启以废除肉刑为目标的人道化改革运动，且隋唐时新五刑确立后，旧五刑已被废除，所以认为肉刑及其伴随的残酷性影响了数千年中国法（直到清末）的看法，也失之偏颇。从比较的眼光来看，人类历史上其他法律文化中也不乏肉刑现象。哪怕是在“高贵”的罗马法中，肉刑在现实中也时常被使用，尤其是在帝政时期（相当于西汉末年至南北朝时期）。戴克里先时期，对当时尚未获得合法身份之基督徒的惩罚就是刺瞎右眼和砍下左脚。自君士坦丁时期起，许多种类罪犯（如亵渎坟墓者、抢劫教堂者、鸡奸者、欺骗官员者）也经常处以毁伤肢体的刑罚。在法官的裁量下，某些本非肉刑的法定刑也常被替代以肉刑执行。^⑩中世纪德意志的刑法更是规定了五花八门的残损肉体的刑罚，如烙印、切手、切耳、割舌、挖眼，其死刑执行也不乏残忍手段，如车裂、烧死、活埋及用烧红铁钳夹死。^⑪在跨越古今中西的法文化思考中，如何维持平允的视角，始终是考验。

五、结语

鉴于“刑起于兵”说如此强大的支配力，我们对它的扬弃必须以一场盛大的告别仪式来展开。在这场告别中，我们体验了数代知识分子的经历、情感、成就和局限。20世纪“刑起于兵”说与中国古代“兵刑合一”观有着本质区别，前者是将刑法的现实起源认定为战争暴力，后者则试图将战争和刑罚两种暴力均纳入礼法秩序的约束之下，其本质上并非讨论法律起源问题。“刑起于兵”说诞生于社会达尔文主义和种族思想盛行的近代，并长期以如今无人提及的中国民族西来说为前提。该学说将中国法视作上古时期种族战争或部族战争的产物，从而认为中国法的最初形态即是刑法，乃至纯粹刑罚，且这种法最初仅适用于异族，随后才逐渐转用于本族。无论是清末民国时期还是当代的“刑起于兵”说，均存在明显缺陷，如理论前提有伪科学性质，核心史料运用不当，对古代文献和学术重视不足，比较法律史方法带有形式主义，中西比较过程中观察重心不一致，以及价值取向上过于苛责古人等问题。因此，当下的法律史学者有充分理由去告别“刑起于兵”。笔者也相信时间的力量：在20世纪八九十年代撰文提倡“刑起于兵”说的那批学者中，现在或许已有不少人不再执着于自己三十余年前的观点了。

“刑起于兵”说，是近代中国学者在遭遇具有极强欧洲中心主义色彩的西方种族史观后应激反应的一个副产品。它非但没有超越欧洲中心主义，反而被其牢牢俘获。建

构中国自主知识体系的前提,是对像“刑起于兵”这样的人文社会科学自近代以来层累般生成的旧有知识构造展开充分检讨。在告别“刑起于兵”后,今后的中国法起源和早期中国法律研究,就能以更从容的姿态和更轻快的步伐,在充分重视各类历史文献的基础上,拓宽研究的视域与对象(任何法律体系都不可能只包含刑法),并与更为科学、更富启发性的社会科学理论展开对话^⑩,最终为世界学术提供对中西法律史均具解释力的智识洞见。

注释:

①改革开放以来中国法制史/法律史教材中最早采纳“刑起于兵”学说的,可能是1987年出版的原西南政法学院法制史教研室编写的教材。西南政法学院法制史教研室(编):《中国法制史》,成都:四川省社会科学院出版社1987年版,第6—7页。自20世纪90年代起,“刑起于兵”说逐渐成为各教材的主流意见。进入21世纪后,似仅有曾宪义主导的一系列教材未采信此学说。该教材最新版本对中国法起源的讨论,见曾宪义、赵晓耕、夏锦文(编):《中国法律史》,北京:中国人民大学出版社2023年版,第21—28页。

②芹夫:《关于中国法律文化的几个问题——张中秋著〈中西法律文化比较研究〉若干观点商榷》,载《比较法研究》1993年第2期;张景贤:《“刑起于兵”说质疑》,载《历史教学》1993年第7期。曾宪义、马小红:《中国传统法的结构与基本概念辨正——兼论古代礼与法的关系》,载《中国社会科学》2003年第5期。

③徐元诤:《国语集解·鲁语上第四》,北京:中华书局2002年版,第152页。

④同上,第152—153页。

⑤徐元诤:《国语集解·晋语六第十二》,第392页。

⑥《汉书·卷二十三·刑法志第三》。

⑦同上。

⑧王棠:《燕在阁知新录》卷10,清康熙五十六年丰山王氏刻本,第7—8页。

⑨陆绍明:《古政宗论·兵戎为法之源论》,载《国粹学报》第2年第4号(1906年),第2—3页。

⑩龚尔恭:《原刑》,载《史地学报》第3卷第6期(1925年),第4页。

⑪刘仰之:《唐虞刑法考(续)》,载《文化批判》第3卷第2期(1936年),第116页。

⑫顾颉刚:《古代兵、刑无别》,载顾颉刚:《史林杂识》,北京:中华书局1963年版,第82—84页。

⑬[美]理查德·霍夫施塔特:《社会达尔文主义:美国思想潜流》,汪堂峰译,上海人民出版社2022年版,第26—52、211—252页。

⑭[美]浦嘉珉:《中国与达尔文》,钟永强译,南京:江苏人民出版社2008年版,第66—73页。

⑮同上,第81—151页。

⑯梁启超:《新史学四:历史与人种之关系》,载《新民丛报》第14号(1902年),第19—30页。

⑰王仲孚:《中国上古史专题研究》,济南:山东人民出版社2017年版,第26—28页。

- ⑮蒋智由:《中国人种考》,上海:广智书局1906年版,第22—23、33、74、81—86、148、171页。
- ⑯刘师培:《刘申叔先生遗书》第17册(中国民族志),宁武南氏校印,1936年,第1—3、54页。
- ⑰梁启超:《论学校一》,载《时务报》第5册(1896年),第1页;梁启超:《论君政民政相嬗之理》,载《时务报》第41册(1897年),第1页;梁启超:《论中国与欧洲国体异同》,载《清议报》第26册(1899年),第1页;梁启超:《中国史叙论》,载《清议报》第90册(1901年),第4—5页;梁启超:《中国史叙论(接前册)》,载《清议报》第91册(1901年),第3—4页。
- ⑱同注⑰,第28—29页。
- ⑲[日]浅井虎夫:《中国历代法制史(节选)》,载曾宪义(主编):《法律文化研究》第4辑,北京:中国人民大学出版社2008年版,第306—307页;浅井虎夫(编)『支那法制史』博文馆、1904年、2—3页。
- ⑳[日]田能村梅士:《世界最古之刑法》,载《震旦》第3期(1913年),第59、62—63页;田能村梅士『世界最古の刑法』有斐阁、1904年、14页、22—25页。
- ㉑梁启超:《论中国成文法编制之沿革得失》,载《新民丛报》第80号(1906年),第7页。
- ㉒冯承钧:《本国法制史纲要》,载《冯承钧学术著作集》上册,上海古籍出版社2015年版,第10页。
- ㉓胡韞玉:《中国政法史略》,载《国学汇编》第1集(1923年),第8、10页。
- ㉔黎孤岛(黎际涛):《中国法制史讲义》,第6页。本讲义全部内容见瀚文民国书库网站, <http://www.hwshu.com/front/index/toindex.do>。部分页眉印有“东省特别区法政大学”字样,该校前身为哈尔滨法律大学,于1926年正式更名为东省特别区法政大学,1937年在日寇压力下被迫关闭。
- ㉕同注㉔,第7—8页。
- ㉖梁启超:《先秦政治思想史》,上海:商务印书馆1923年版,第79—81页。
- ㉗同注㉕,第17、19、22、24页。
- ㉘同注㉕,第14—15页。
- ㉙都乃毅:《我国刑法沿革论》,载《法学季刊(上海)》第3卷第7、8合号(1928年),第190页。
- ㉚陈顾远:《中国法制史》,上海:商务印书馆1934年版,第176页。
- ㉛同上,第142、260页。
- ㉜陈顾远:《法治与礼治之史的观察》,载《复旦学报》1944年第1期,第152页。
- ㉝陈顾远:《“法”与“刑”之史的观察》,载《法令月刊》第7卷第6期(1956年)。
- ㉞陈顾远:《中国法制史概要》,北京:商务印书馆2021年版,第332—334页。
- ㉟董康:《虞舜五刑说》,载《法学季刊(上海)》第3卷第7、8合号(1928年),第145—146页;曹辛汉:《汉书刑法志讲疏》,上海图书馆藏,第1页;杨鸿烈:《中国法律发达史》上册,上海:商务印书馆1930年版,第24页;杨鸿烈:《中国法律思想史》上册,上海:商务印书馆1936年版,第31—32页;丁元普:《中华法系成立之经过及其将来(续)》,载《现代法学》第1卷第5号(1931年),第17—18页;丁元普:《法律思想史》,上海:会文堂新记书局1932年版,第81—82页;孙传瑗:《中国上古时代刑罚史》,载《学风(安庆)》第4卷第1期(1934年),第2—4页;徐朝阳:《中国刑法溯源》,上海:商务印书馆1934年版,第21—22页;陈光虞:《我国古代刑法发明的种族及其时代》,载《民鸣周刊》第1卷第45期(1935年),第9—11页;刘公任:《初创时期的中国肉刑》,载《行素杂志》第1卷第7、8期合刊(1935年),第1—8页;郭卫:《中国旧律之检讨一:历代法典之嬗递及刑制之变迁》,载《中华法学杂志》第1卷第3号(1936年),第1页;吕思勉:《先秦史》,载《吕思勉全集》第3册,上海古籍出版社

2016年版,第68—73、314—316页;李远之:《历代刑罚之沿革及其研究》,载《真知学报》第2卷第1期(1942年),第74页。

③王仲孚:《中国上古史专题研究》,第46—56页。

④缪凤林(编著):《中国通史纲要》第1册,南京:钟山书局1932年版,第27—32页;何炳松:《中华民族起源之新神话》,载《东方杂志》第26卷第2号(1929年)。

④顾颉刚:《与钱玄同先生论古史书》,载顾颉刚:《古史辨自序》上册,北京:商务印书馆2011年版,第6页。

④钱穆:《周官著作时代考》,载钱穆:《两汉经学今古文评议》,北京:商务印书馆2015年版,第378—379页。

④晁福林:《郭店楚简〈缁衣〉与〈尚书·吕刑〉》,载《史学史研究》2002年第2期。

④孔安国(传),孔颖达(疏),廖名春、陈明(整理):《十三经注疏·尚书正义》,北京大学出版社1999年版,第535—542页。

④同上,第536—539页。

④杨伯峻(编著):《春秋左传注·僖公二十五年》,北京:中华书局1990年版,第432—434页。

④[日]滋贺秀三:《中国上古刑罚考——以盟誓为线索》,载刘俊文(主编):《日本学者研究中国史论著选译·法律制度》,北京:中华书局1992年版,第23页。

④同注④,第434页。

④同注④,第337页。

④芹夫:《关于中国法律文化的几个问题——张中秋著〈中西法律文化比较研究〉若干观点商榷》,载《比较法研究》1993年第2期,第200页;陈煜:《先秦司法文明史》,北京:中国政法大学出版社2020年版,第32—44页。

④芹夫:《关于中国法律文化的几个问题——张中秋著〈中西法律文化比较研究〉若干观点商榷》,载《比较法研究》1993年第2期,第200页;[日]滋贺秀三:《中国上古刑罚考——以盟誓为线索》,载刘俊文(主编):《日本学者研究中国史论著选译·法律制度》,第21—23页。

④蔡枢衡:《刑法名称的由来》,载《北京政法学院学报》1981年第3期。

④蔡枢衡:《中国刑法史》,南宁:广西人民出版社1983年版,第4—75页。

④梁治平:《“法”辨》,载《中国社会科学》1986年第4期。

④张中秋:《中西法律文化比较研究》,南京大学出版社1991年版,第1—35页。

④[德]茨威格特、[德]克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,北京:中国法制出版社2016年版,第55—90页。

④[美]路易斯·亨利·摩尔根:《古代社会》上册,杨东莼等译,北京:商务印书馆1977年版,第3—17页;恩格斯:《家庭、私有制和国家的起源》,北京:人民出版社2018年版,第20—27、176—198页。

④[美]路易斯·亨利·摩尔根:《古代社会》上册,第256—275页;[意]朱塞佩·格罗索:《罗马法史》,黄风译,北京:中国政法大学出版社2018年版,第32、41—42、48—51页。

④Theodor Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig: Duncker & Humblot, 1899, S. 981—983.

④[德]卡尔·路德维格·冯·巴尔:《大陆刑法史:从古罗马到十九世纪》,周振杰译,北京:法律出版社2016年版,第63页。

⑥有关法律或刑法起源的近现代学术研究(主要集中在人类学或法律人类学领域),并不认为法律起源于种族或部族间的战争,也不认为刑法在诞生之际的核心功能就是种族压迫的工具。19世纪下半叶和20世纪初的研究一般认为,法律最初源于部落或氏族中的“禁忌”(taboo),稍后时法律的功能则在于替代血亲复仇和私力救济,刑法最初以赎罪金规定的方式出现,见Edward Jenks, *A History of Politics*, London: J. M. Dent and Co., 1900, pp. 13-14, 42-43。马克思主义经典作家也是从单个社会内部的私有制、阶级分化等角度,来探讨国家与法的起源问题,见恩格斯:《家庭、私有制和国家的起源》,第108—198页。二战后人类学研究对法律起源问题的热度有所消退,但仍有部分作品对此有所阐述,而且同样是从文化或群体内部演化的视角展开论述。如法律人类学家霍贝尔就认为法律因社会复杂性增加而产生,法律也不是征服的结果,而是内生的结果。[美]霍贝尔:《原始人的法:法律的动态比较研究》,严存生等译,北京:法律出版社2012年版,第234、262页。演化论人类学家塞维斯则认为,公法或刑法起源于某个人群由游团演化至酋邦之际,此时酋邦首领为稳固统治,对酋邦内部成员的不敬行为开始施加制裁。[美]埃尔曼·塞维斯:《国家与文明的起源:文明演进的过程》,龚辛等译,上海古籍出版社2019年版,第91—92页。上述理论虽不可机械套用于对中国上古兵刑关系或法律起源问题的研究,但至少能够提供若干更为科学的思考路径。

责任编辑:郑 英

FEATURE TOPIC I: IDENTIFICATIONAL CONCEPTS AND INDEPENDENT CHINESE KNOWLEDGE SYSTEM (VIII)

Constructing Pro-active Academic Autonomy: On the Relationship between Academic Autonomy and Knowledge System Autonomy 25

Xia Qianfang

Abstract: As the basic condition of knowledge pursuit in the social sciences, academic autonomy is also a necessary but not sufficient prerequisite for an independent knowledge system. However, in the Chinese academic field in the era of globalization, what is academic autonomy and what it aims for remain largely unresolved. An understanding of this issue profoundly influences the way of knowledge pursuit of Chinese scholars and the character of their academic fruits, and further affects the ideological atmosphere of Chinese society and the discourse power of the state. Based on the previous critique of the negative aspects of academic autonomy, this paper discusses a positive attitude towards academic autonomy which means a more proactive and dynamic academic practice, with knowledge innovation as the main goal. First, it emphasizes a clear sense of academic responsibility, which is not equivalent to the scholar's own academic interest, but rather is associated with the collective role awareness mandated by social science as a public profession containing particular academic concerns and an intellectual standpoint. Secondly, it points to an academic practice of "reflective construction", that is, knowledge innovation aimed at guiding, shaping and promoting Chinese-style modernization. It is based on a critical examination of the prevailing "universal" knowledge system of the west and an ambitious aspiration for a new type of universality. This new type of universality can only be achieved through political pursuit of the universal rules of knowledge.

Keywords: positive academic autonomy, academic concern, politics of knowledge, constructiveness, universality

"Punishment Originating from Warfare": Reflections on the Hundred-year Old Myth 41

Lai Junnan

Abstract: The theory of "punishment originating from warfare," one of the prevailing views in legal historiography, posits that ancient Chinese law originated from wars among early kinship groups. This theory is fundamentally distinct from the ancient concept of "the unity of warfare and punishment." The "punishment originating from warfare" theory emerged in the modern context of the prevalence of Social Darwinism and racial ideologies, and it is premised on the western origin of Chinese nation and its accompanying narrative of ancient racial warfare. Contemporary iterations of the "punishment originating from warfare" theory largely retain the core of its earlier modern version but have downplayed the narrative background of racial warfare. The theory is critiqued for its pseudoscientific theoretical premises, inappropriate use of core historical materials, insufficient attention to ancient texts and scholarship, formalistic approaches to comparative legal history, inconsistent focus in

Sino-Western comparisons, and an overly critical stance towards ancient values. The “punishment originating from warfare” theory is seen as a byproduct of modern scholars’ reactive response to the Eurocentric racial historical views they encountered. Future research on the origins of Chinese law has ample reason to move beyond the “punishment originating from warfare” theory and, with a more confident approach, contribute Chinese insights to the global academic community.

Keywords: “punishment originating from warfare”, western origin, origin of Chinese law

Rethinking Ethnography with the “*Fengtū*” Records 59

Zhang Fan

Abstract: Following critiques of power and the crisis of representation, anthropology has entered a new phase of reflection on ethnography, emphasizing the processes of translation and dialogue across different worlds, thus challenging the epistemological binaries between human and non-human, culture and nature, and expanding the connotation of the concept of society. In order to advance this reflection, this article revisits the Chinese concept of *fengtū* (wind and earth) and the Chinese tradition of *fengtū* records for a reconstruction of ethnographic practices. The article argues that the *fengtū* records, focusing on the interaction between “wind” (human and cultural aspects) and “earth” (natural and material aspects), offers a holistic approach to understanding the life-world. By integrating relational and ecological perspectives, it challenges dichotomies such as nature against culture and subject against object, presenting *fengtū* records as an alternative framework for a more inclusive and relational ethnography that accommodates various categories and bridges the visible and the invisible, self and the other, and mind and body.

Keywords: ethnography, *fengtū* records, *fengtū*, anthropocentrism

FEATURE TOPIC II: CHINESE REVOLUTION IN THE PERSPECTIVE OF SOCIAL HISTORY (XIII)

Expropriation, Transportation and Distribution - A Study on the Food Supply of the Fourth Red Army (1927-1930) 77

Ma Xuejun

Abstract: As the saying goes, “Food and fodder should go ahead of troops and horses.” Food supply was related to the daily necessities of the Red Army and the survival of the revolutionary base. The Fourth Red Army led by Mao Zedong and Zhu De had always faced difficulties in food provisioning from the time they occupied Jinggang Mountain to the period of their maneuvering in Southern Jiangxi and Western Fujian. Through a series of measures such as abolishing military pay, implementing equality between commanders and rank and file, confis-