



北京高等教育精品教材

BEIJING GAODENG JIAOYU JINGPIN JIAOCAI

21世纪法学系列教材

中国法制史

朱苏人 主编

基础课系列



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



北京高等教育精品教材

BEIJING GAODENG JIAOYU JINGPIN JIAOCAI

21世纪法学系列教材

基础课系列

中国法制史

主编 朱苏人

撰稿人（按撰写章节先后为序）

朱苏人 章燕 冯勇 栗明辉 吴爱萍 张宜



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国法制史/朱苏人主编. —北京:北京大学出版社, 2010. 6

(21 世纪法学系列教材)

ISBN 978 - 7 - 301 - 17343 - 5

I. ①中… II. ①朱… III. ①法制史 - 中国 - 高等学校 - 教材 IV. ①D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 107388 号

书 名: 中国法制史

著作责任者: 朱苏人 主编

责任编辑: 谢海燕

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 17343 - 5/D · 2623

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京山润国际印务有限公司

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 17.25 印张 333 千字

2010 年 6 月第 1 版 2010 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 32.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

目 录

导言	(1)
第一章 夏商法律制度	
(约前 30—前 11 世纪)	(8)
第一节 中国法律的起源	(8)
第二节 夏商法律制度	(11)
第二章 西周法律制度	
(前 11 世纪—前 771 年)	(18)
第一节 立法概况	(18)
第二节 刑事法律制度	(22)
第三节 民事法律制度	(25)
第四节 行政法律制度	(29)
第五节 司法制度	(30)
第三章 春秋战国法律制度	
(前 770—前 221 年)	(34)
第一节 社会转型与百家争鸣	(34)
第二节 成文法的公布	(41)
第三节 战国时期的法制改革	(44)
第四章 秦朝法律制度	
(前 221—前 206 年)	(49)
第一节 立法概况	(49)
第二节 刑事法律制度	(54)
第三节 民事和经济法律制度	(61)
第四节 行政法律制度	(66)
第五节 司法制度	(70)
第五章 汉朝法律制度	
(前 206—220 年)	(73)
第一节 法制指导思想	(73)

第二节	立法概况及法律形式	(77)
第三节	刑事法律制度	(81)
第四节	民事法律制度	(89)
第五节	司法及诉讼制度	(91)
第六章 三国两晋南北朝的法律制度		
	(220—589 年)	(98)
第一节	立法概况	(98)
第二节	法律制度的发展	(105)
第三节	司法制度	(110)
第七章 隋唐法律制度		
	(581—618 年)	(113)
第一节	隋朝法律制度	(113)
第二节	唐朝立法概况	(116)
第三节	唐律的基本内容	(122)
第四节	唐朝司法制度	(141)
第五节	唐律的基本特点与历史地位	(146)
第八章 宋辽金元的法律制度		
	(960—1368 年)	(150)
第一节	宋朝立法概况	(150)
第二节	宋朝法律内容及其特点	(153)
第三节	宋朝司法制度	(163)
第四节	辽金立法概况及法制特色	(166)
第五节	元朝法律制度	(168)
第九章 明朝法律制度		
	(1368—1644 年)	(176)
第一节	立法概况	(176)
第二节	法律内容与特色	(179)
第三节	司法制度	(189)
第十章 清朝法律制度		
	(1636—1911 年)	(193)
第一节	清朝前期法律制度	(193)
第二节	清末法律制度的转型	(204)

第十一章 中华民国法律制度(上)

(1912—1928 年) (220)

第一节 南京临时政府法律制度 (220)

第二节 北洋政府法律制度 (228)

第十二章 中华民国法律制度(下)

(1927—1949 年) (238)

第一节 南京国民政府立法概况 (238)

第二节 南京国民政府法律内容及其特点 (241)

第三节 南京国民政府司法制度 (249)

第十三章 革命根据地法律制度

(1927—1949 年) (253)

第一节 立法概况 (253)

第二节 宪法性文件 (254)

第三节 土地立法 (258)

第四节 其他立法 (262)

第五节 司法制度 (267)

导 言

一

本书是经由北京市教委立项专为理工科院校法律专业学生编写的中国法制史教材。

中国法制史是高等法学教育的基础专业主干课程之一,具有法学和史学的交叉性质。它以中国历史上的刑事、民事、经济、行政、诉讼等各类法律制度及近代宪政运动为基本线索,兼及立法、执法、司法、守法等各个方面,既要研究一定时期法律制度的基本结构、主要内容、社会作用,又要分析这些法律制度发生、演变的历史过程、一般规律及经验教训,进而深入了解中国法制文明发展的历史,批判继承其中丰富的法学遗产。

学习中国法制史,要注意养成正确的法律观、历史观及方法论,在掌握相关知识和前人成果的同时,努力增强自己分析、辨别、解决问题的能力;要充分利用文献典籍、文书契券等考古资料,结合国内、国外相关研究成果,在对照比较中把握相关的知识点;要善于联系中外历史和现实,联系法律之外的社会生活的各个方面,开阔思路,勤于思考,以加深对于中国法制文明发展的特点、规律的理解,从中总结经验,提高认识,更好地掌握法学理论知识,为推动当代中国的法治现代化服务。

二

中国法制文明发展的基本脉络如下。

根据目前已知的文献记载和考古资料,早在公元前 2000 年左右,黄河流域便出现了宗族部落制的早期国家,中国开始进入“万国”^①、“万邦”^②并立的时代,同时也揭开了法制文明的序幕。此后,在四千年绵延不绝的历史进程中,中国法制发展经历了早期的宗法法制、秦汉以降的帝制法制和清末的近代法制三个历史阶段,形成了别具一格的法制传统和法律文化。^③

夏、商、西周时代(约公元前 771 年以前)是早期宗法法制形成、发展和盛极

① 《史记》卷一《五帝本纪》。

② 《尚书·尧典》。

③ 本书在此放弃沿用多年的奴隶制、封建制历史阶段论,代之以宗法制、帝制的新分期说,以为尝试。

而衰的时期。这一时期的国家处于宗族部族制形态,社会是大大小小的家族宗族组织组成的金字塔等级结构,其政体是宗主世袭制和贵族等级分封制,各级贵族的地位财产、相互关系是通过封邦建国和世卿世禄的“礼”确立的。为了维护这一贵族世袭的宗法等级秩序,“以德配天”、“明德慎罚”以及“天讨”、“天罚”、“神判”的思想成为国家政治法律生活的根本原则,传统的“礼制”和“禹刑”、“汤刑”、“吕刑”等习惯法,以及宗主的诰、誓、训、命等,是主要的法律渊源,刑罚野蛮残酷。在法律形式上,由于宗法社会注重血缘伦理道德、祖制习俗,因此制定法、成文法很不发达,仅有的法律规范局限于刑法和刑罚,并且不预先公布,“议事以制,不为刑辟”,“临事制刑,不豫设法”^①,整个制度是一种具有强烈宗法伦理色彩、礼刑并用的习惯法体系。

春秋战国至秦朝(前 770—前 206)是早期宗法法制向专制集权的帝制法制转型的阶段。随着经济社会的不断发展,古老的宗法文明走向衰败,以“周礼”为核心的一整套宗法礼制规范遭到彻底破坏,君主专制中央集权的郡县制、官僚制取代了古老的等级分封制、世卿世禄制,世俗的成文的法律快速兴起,以魏国李悝编撰《法经》为标志,各国陆续制定公布成文法,中国的法制文明进入了一个突飞猛进的发展阶段。秦朝建立以后,通过强化君主专制中央集权,统一法度,厉行“法治”,开创了中国以行政控制为主、严刑峻法为辅的大一统政治格局,建立了以秦律为中心,命、令、制、诏等多种法律形式并存的法制体系,这些都对后世两千年的法制发展产生了深远的影响。

两汉至隋唐时期(前 206—907)是帝制法制的发展、完善阶段。汉初统治者在“汉承秦制”的同时,总结吸取秦朝暴政二世猝亡的教训,推行黄老无为、约法省刑的政策,形成了以《九章律》为核心,由律、令、科、比等法律渊源为主要形式的法律体系。到汉武帝时,一方面强化中央集权,加强行政控制,一方面采纳董仲舒“罢黜百家,独尊儒术”的建议,利用儒家、道家思想及阴阳五行学说,以“天人感应”、“君权神授”和“春秋大一统”的理论美化、神化君主专制,进而实现了“儒法合一”,确立了“德主刑辅”的治国纲领,形成了三纲五常、亲亲首匿、有罪上请、春秋决狱等一系列重要原则和制度,中国帝制法制得以巩固。

汉末魏晋,中国处于分裂、割据、战乱状态,统治阶级为求生存更加强调“礼法合一”,重视运用法律手段,从而促使法制进一步发展,律学理论和立法技术取得新的成就。以曹魏《新律》、西晋《泰始律》、北朝《北齐律》的相继颁布为代表,法典的篇章体例结构日臻完善,律、令、格、式等法律形式更加规范,新五刑体系渐次形成。特别是随着“纳礼入律”的深入,礼法合一进入了新的

^① 《左传·昭公六年》。

阶段,“准五服以制罪”、“八议”、“官当”、“存留养亲”、“重罪十条”等维护帝制伦理纲常的法律制度正式确立,为隋唐法制的完备、中华法系的定型奠定了基础。

经过上述各朝的不断改进完善,中国的帝制法制在隋唐时期达到了鼎盛。作为中华法系的代表作,《唐律疏议》遵循“德礼为政教之本,刑罚为政教之用”^①的宗旨,总结汲取了历代立法经验,融礼法于一体,将中国古代法制推向了巅峰,其“一准乎礼”^②的指导思想、系统严密的体例内容以及《唐六典》的形成,标志着秦汉以降中国君主专制中央集权的帝制法制的最终完善,中华法系由此定型,并极大地影响了后世中国及周边国家和地区。

五代、宋、元、明、清时期(907—1911)是中国帝制法制走向没落衰亡的阶段。宋朝面临内忧外患的严重局面,进一步强化君主专制中央集权,坚持“守内虚外”、重惩“贼盗”的基本国策,并以“存天理,灭人欲”的理学戒律禁锢人们的思想言行。法制上在继承唐律体系的基础上,突出君主的人治心治,灵活运用敕、例、条法事类、“重法地法”等各种法外之法,并于法定五刑之外新增凌迟、刺配、决杖等野蛮酷刑,以加强对社会的控制。唐宋以来商品经济的活跃和人身依附关系的削弱,也使宋朝的民事、经济立法有所加强,租佃、典卖、借贷等契约制度空前发达。元朝是一个文化落后的少数民族军事政权,建国之后大力推行政教合一及民族压迫制度,在法制方面,既保留本民族的习惯法传统,又先后“循用金律”^③、“遵用汉法”^④,吸收借鉴唐宋立法成就,尤其是受两宋编敕、编例的直接影响,先后制订了《至元新格》、《风宪宏纲》、《大元通制》、《元典章》等综合性法律汇编,但整个社会的实际法制状态十分混乱。

明朝政治更趋保守,统治者以“明刑弼教”、“重典治国”为指导思想,废宰相,戮大臣,于正律《大明律》之外,又钦定《大诰》及教民榜文,动用凌迟、充军等野蛮酷刑以及“厂”、“卫”等特务组织,严厉镇压危害专制集权的言论思想,强化君主专制中央集权。在法制方面,它一改《法经》以来按“罪名之制”或“事律”之条“集类为篇,结事为章”^⑤的篇章结构,根据中央六部的职掌范围,将“名例律”以外的《大明律》律文内容分为吏、户、礼、兵、刑、工六篇,更加突出了君主专制行政主导的立法司法体制,后又把有关诏令条例附于律文之后,开创了律例合编并行的法律编纂体例。其《大明会典》则上承《唐六典》,下启《大清会典》,推进了古代官制官规方面的立法。

① 《唐律疏议·名例》。

② 《四库全书总目提要》卷八十二。

③ 《元史》卷一百二《刑法志一》。

④ 《元史》卷一百二十五《高智耀传》。

⑤ 《晋书》卷三十《刑法志》。

清朝在入关以后,本着“详译明律,参以国制,增损剂量,期于平允”^①的立法宗旨,陆续编纂了全国通行的律例、会典及各种则例,同时又制定了适用于少数民族地区的一系列特殊法规。在维护满族贵族政治经济司法特权、加强君主专制和中央集权、实行思想文化高压、严密控制社会、镇压民众反抗等方面,清朝法律达到了登峰造极的地步,但这恰恰证明中国专制集权体制及其法制的衰落。

鸦片战争后,清王朝的闭关锁国政策彻底破产,西方近代资本主义制度及其法制体系、法学理论和法律文化传入我国。在外部压力和国内反抗日趋强烈的形势下,清末统治者不得不有所改革。1901年,刚刚血腥镇压了戊戌变法的慈禧太后,被迫颁布了变法上谕,中国政制、法制的变革终于拉开序幕。随着预备立宪和修订法律活动的深入,中国历史上第一部带有根本法性质的《钦定宪法大纲》出台了,与此同时还连续起草了新的刑事、民事、商事、诉讼、监狱、司法组织等部门法(草案),这意味着延续两千多年的君主专制中央集权制度终于走到尽头,礼法结合的中国帝制法制开始向近代法制转型。

中华民国时期(1912—1949)是近代法制的初步确立阶段。这一过程先后经历了三个主要的不同时期。南京临时政府遵循“天赋人权”、“主权在民”及“三权分立”等原则,依据《中华民国临时政府组织大纲》建立了中国历史上第一个资产阶级民主共和国性质的政权,并积极进行资产阶级民主法制建设,制定颁布了《中华民国临时约法》及一系列重要的法令规章,开创了中国法制现代化的先河。北洋政府是打着中华民国旗帜建立的军阀独裁政权。但在形式上它继承了临时政府的政制和法制,初步形成了中国近代法律体系。南京国民政府是以孙中山“五权宪法”思想为指导建立的资产阶级政权。在法制形式方面,它继承了清末变法修律确立的法制改革方向,不断完善“六法”体系,推动了中国法制的现代转型。

革命根据地时期(1927—1949)是新民主主义法制的探索、形成时期,也包括三个历史阶段。工农民主政权时期,在根据地建设的基础上,成立了中华苏维埃共和国,诞生了第一部具有新民主主义性质的《中华苏维埃共和国宪法大纲》,制定了土地法、劳动法、婚姻法等法律法规,初步形成了新民主主义法律体系。抗日民主政权时期,制定了以陕甘宁边区“施政纲领”为代表的根据地法,实施“减租减息”等土地、经济方面的规章制度,逐步发展了新民主主义的法律体系。解放战争时期,新政权以《中国土地法大纲》等法律、法规为指导,在各地开展了土地改革,进一步完善新民主主义的法律体系。这些都为新中国及其法制建设积累了经验和条件。

^① 《世祖章皇帝御制大清律原序(顺治三年)》。

三

中国文明及其法制的发展,与古希腊、古罗马等西方古代法制比较具有许多迥然不同的特征,具体有以下几点:

1. 中国古代法制主要由宗法礼仪和刑罚、战争规则演变而来,由此形成“礼”和“刑”两种主要的法律渊源,其法制是一种伦理道德灌输与刑罚暴力威慑相结合的产物。正因此,中国古代法制一方面具有明显的泛道德倾向,伦理准则与法律规范高度融合,法律缺乏确定性、行为规范性,另一方面又具有浓烈的暴力色彩,刑法和刑罚制度发达;而西方古代法制是在旧氏族组织分化瓦解、商业经济发达的社会背景下产生发展起来的,法律更多地体现了世俗的利益交换关系,民商法高度发达,法律体系及其内容相对客观规范。

2. 中国古代法制维护宗法等级贵族特权,秦汉以后更是极力维护、高度依赖一元化的专制皇权和国家机器,这就决定了法律体现统治者的意志,是皇权的附属,统治的工具,法律公开维护特权和不平等,官本位,权大于法,也因此法律没有独立的权威,声誉低下,民众畏惧。而西方古代社会保持了政治、经济 and 文化的相对多元,始终未出现绝对大一统的社会格局,王权、贵族、宗教势力和政府权威相互制约,法律主要源自商品经济规则,维护各方讨价还价的权利,在内容和形式上都强调公平公正,其约束力来自社会的多元均衡,而非依赖于某一独大的暴力权威。因此法律是社会各方妥协平衡的产物,契约神圣,地位崇高,中西方法制的这一性质上的差异,导致了法律在其各自社会地位和作用的不同,并进而影响到了法学的发达程度。

3. 中国古代社会是家国同构、威权主导的等级制结构,法制以维护宗族、国家群体秩序为宗旨,强调社会成员的服从义务,个人权利受到压制,故刑事、行政、经济法等公法体系发达,而民事私法关系、个人权利保护方面的规则很不发达,大量民事纠纷、社会问题都是靠官员“人治”用刑法、行政法来调整的,这导致了中国古代法制具有明显的重刑轻民、民刑不分、重实体轻程序的特点。而西方古代社会个人观念和私有制发达,罗马法因此明确区分公法私法,尤其是保护私有权的民法极其详尽,诉讼程序法也自成体系。

4. 由于中国古代法制只是德礼教化的辅助手段,地位低下,因此尽管秦汉以降历朝统治者对法制的编纂、整理较前重视,东汉以后官修正史均列“刑法志”专章^①,隋唐科考加入法律内容,也出现了一批精研律法的官员能吏,如晋代的张斐、杜预,宋明以后的宋慈、郑克、薛允升、沈家本等,但法律始终不是中国政

^① 其中《汉书》、《晋书》、《隋书》、《旧唐书》、《新唐书》、《旧五代史》、《宋史》、《辽史》、《元史》、《新元史》、《明史》、《清史稿》等十二部有《刑法志》;《魏书》有《刑罚志》,《金史》有《刑志》。

治关注的重心,更非社会关系的主要调节手段,其地位作用十分有限。春秋战国时儒法论战关注法律实为中国历史上之仅有,且即便商鞅、韩非等“法治”大家,对法律的理解亦仅限于君主手段、治国利器而已,法律自身之逻辑、学理则无从深究,不成其为独立的学问体系。因此,上下几千年,中国有律学而无法学。这与西方社会自古以来法律和法学就持续兴旺、法学家层出不穷的局面形成了鲜明对照。

四

国人自古重史,东汉以后历朝官修通史都有法制方面的记述,唐宋以后又陆续编纂“十通”^①,记载历代刑法、刑制的得失沿革,薛允升、沈家本等大家也无不借助于历史研究阐释法律。毕竟,以史为镜可以知兴替,法制史的研究积累自然重要。

中国法制史正式成为专门学科始自清末变法。1902年重建后的京师大学堂,在仕学速成科首次开设“法制史”的专门课程,其法政科也分别开设“中国历代刑法考”和“中国古今历代法制考”等科目^②,标志着法制史作为独立学科纳入了近代中国知识教育体系。此后,随着新资料的发现整理和研究方法的逐步更新,历经数代学者一个多世纪的辛勤耕耘,中国法制史的研究教学水平显著提高,学术成果不断丰富,学科体系日臻完善。

为了更好地帮助当代大学生、尤其是理工院校法学专业学生学好中国法制史,我们在吸收借鉴前人成果、名校教材的基础上,总结长期积累的教学经验,有目的有重点地重新编写了这本由北京市教委立项的中国法制史精品教材,由几所传统理工院校的法制史专业教师新老结合共同完成。教材编写中我们坚持了“去粗取精,适当压缩”、“客观公正,学术为上”、“鼓励思考,注重理解”的原则,结合时代发展,舍弃了一些沿用多年的旧观点、旧说法、推陈出新、大胆探索,以求尽量适应当今青年学生的特点和需要,帮助他们较为顺利地学好本门课程,掌握相关知识。但受学术水平编写能力等诸多因素所限,这一奢望能否实现还有待观察,在此诚恳欢迎各位专家和广大读者批评指正,以便今后能做进一步的修正提高。

本书的编写由北方工业大学文法学院组织策划,烟台大学、天津师大、天津财经学院和北京石油化工学院的老师参加编写,编写过程中得到了北京大学出版社的支持与帮助,特在此表示感谢。

① “十通”:唐朝杜佑的《通典》,宋朝郑樵的《通志》,宋末元初马端临的《文献通考》,清朝乾隆年间的《续通典》、《续通志》、《续文献通考》、《清通典》、《清通志》、《清文献通考》及1921年刘锦藻完成的《清续文献通考》。

② 李贵连:《二十世纪初期的中国法学》,载李贵连主编:《二十世纪的中国法学》,北京大学出版社1998年版。

本书共分十三章,按内容先后,各章撰写分工依次如下:

朱苏人、章燕:导言、第一、二、三、四章;

冯勇:第五、六、七章;

栗明辉:第八、十一、十二、十三章;

吴爱萍、张宜:第九、十章;

全书最后由朱苏人统一审阅定稿。

第一章 夏商法律制度

(约前 30—前 11 世纪)

独立、自发在黄河和长江流域形成的中华文明,是世界最古老的文明之一,很早就出现了国家和法律的萌芽。从大约公元前 30 世纪的炎黄时代起,原始氏族制度逐渐瓦解,早期部落制国家逐步形成,法律亦开始孕育降生。文明发轫之初,中国就走上了一条与西方文明有所不同的独特道路,其法律也以其特有的风貌,呈现于世人面前。

第一节 中国法律的起源

中国法律源远流长,其起源既遵循法律发展的一般规律,又因为中国特殊的地理环境及华夏先民的生活方式,具有强烈的中国色彩。

在最一般的意义上,法律是由原始社会的习惯习俗发展而来的。这其中,从最早的习惯法,到成文法兴起,从社会共同遵守的习俗,到阶级国家主导立法,经历了漫长的演进过程。根据马克思主义法学的观点,原始社会没有阶级压迫,没有法律和国家,一切事务都是由当事人根据习惯或习俗来调整。恩格斯说:“这种十分单纯质朴的氏族制度是一种多么美妙的制度呵!没有军队、宪兵和警察,没有贵族、国王、总督、地方官和法官,没有监狱,没有诉讼,而一切都是有条有理的。……一切问题,都由当事人自己解决,在大多数情况下,历来的习俗就把一切调整好了。”^①在中国的古籍记载中,上古中国亦曾经历类似阶段,社会处于“刑政不用而治,甲兵不起而王”^②、“无政令而民从”^③的状态,社会生活的调整完全依赖于习惯、风俗和道德。

在法律演进的历史诸因素中,马克思主义法学特别强调了阶级和阶级斗争的影响。按照马克思主义的观点,法律是社会生产发展到一定阶段,随着私有制、阶级和阶级斗争的出现而产生的。这无疑对于我们认识理解古代中国法律的形成发展有着重要的指导意义。一些学者由此指出,上古中国的龙山文化时期正是中国社会父权制确立、私有制和阶级形成、并向阶级社会过渡的时期。这

① 《马克思恩格斯选集》第 4 卷,人民出版社 1995 年版,第 95 页。

② 《商君书·画策》。

③ 《淮南子·汜论训》。

一时期生产率的提高,出现了更多的剩余产品,私有制进一步发展,最终导致了贫富分化的现象,出现了贵族与平民的对立,阶级和阶级斗争也因此而产生。而随着阶级矛盾的日益尖锐,氏族习惯已无法适应社会的需要,掌握权力垄断资源的贵族阶级,为了维护自己的利益,必然发展到以公共权力为后盾,运用强制性规则以控制民众,调整 and 解决矛盾冲突,法律由此应运而生了。

在强调法律起源与阶级斗争密切相关的马克思主义法学之外,古今中外还有许多关于这一问题的不同看法、学术流派。如中国古代贤哲对于法律起源通常有着一套中国化的逻辑解读,他们认为法律的起源与人性争夺的欲望、社会资源的不足紧密相连。“礼起于何?曰:人生而有欲,欲而不得,则不能无求,求而无度量分界,则不能不争。争则乱,乱则穷。”^①人之天性好利恶害,当生存的资源不足以养活众多人口,其欲望无法满足时,易激发争夺之心,不利于社会稳定。在原始社会初期“人民少而财有余,故民不争”,后期“今人有五子不为多,子又有五子,大父未死而有二十五孙。是以人民众而货财寡,事力劳而供养薄,故民争。”^②为了制止争斗不已的暴乱局面,圣人创立礼乐制度及法制来确定人们的名分、利益,约束其社会行为。依此,法律的出现与人性自利及人口与环境的矛盾直接有关。

至于中国古代法律起源的具体途径,一般认为有两点:一是自黄帝时频繁发生的部落战争,导致了“刑”的出现,即“刑起(始)于兵”;二是氏族国家神圣的祭祀活动促使了“礼”的形成与发展。“礼”的内容博大精深,包括国家的典章礼仪、家族的祖制规约、民间的习惯风俗,当然也包括各种处分、刑罚制度。更重要的是,“礼”所体现的宗法观念是中国古代法的精神与核心。

一、刑起于兵

所谓刑起于兵,即远古的氏族战争是加快刑罚产生的主要催化剂。上古时代,氏族部落之间为争夺财物、人口及最高统治权,常常用战争解决他们之间的矛盾纠纷。取得中央盟主地位的黄帝部落联盟,就曾对作乱的部落加以军事讨伐。后世将这种讨伐称为“大刑”。在古人看来,“大刑”与施诸于个体的刑罚在“代天行罚”意义上是相通的,区别只在于被处罚对象是作乱的氏族、部落而非某个个人,因此处罚的规模、残酷程度有不同。《国语·鲁语上》:“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。故大者陈诸原野,小者致之市朝。”大刑针对的是有罪的异族部落,其罪恶较重,一般表现为违

^① 《荀子·礼论》。

^② 《韩非子·五蠹》。

反天道,如有扈氏“威侮五行,怠弃三正”^①;以“甲兵”“陈诸原野”,即以战争的手段解决问题,是最高等的刑罚;中刑、薄刑均适用于氏族内部个人成员,其罪恶相对较轻。

“刑起于兵”,除指战争导致部落征伐的“大刑”外,尚有战争促使军法森严、刑罚发达之含义。《辽书·刑法志》云:“刑也者,始于兵而终于礼者也。鸿荒之代,生民有兵,如蜂有螫,自卫而已。蚩尤惟始作乱,斯民鸱义,奸宄并作,刑之用岂能已乎?帝尧清问下民,乃命三后恤功于民,伯夷降典,折民惟刑。故曰刑也者,始于兵而终于礼者也。”大意是,刑乃肇始于武力征讨,而终归结为礼法约束。远古未开化的时代,人民掌握着兵器,就如同蜂身上有毒刺,只是来自自卫。自蚩尤开始作乱,一些人变得凶恶残暴,奸诈违法行为普遍产生,这一来,怎么能放弃使用刑罚呢?于是颁布法典,以刑律来折服人民,而最终归于礼制。战争还极大地刺激了军法的发达,古人云“师出以律”^②,军事活动需要高度的组织纪律性和严格的行为规范,因此出现了日趋严格的军法,如夏启讨伐有扈氏时对内部成员颁布军法:现在我们对有扈氏进行讨伐,车左、车右和驾马的军兵们如不努力作战、履行职守,都是不执行我的命令。奉命而行的将在祖庙行赏,否则将斩杀于神社,并辱及后嗣。^③这些都推动了中国法律制度的发展。

中国法律的起源阶段,刑罚极为残酷,以摧残身体的肉刑为主要内容。据说黄帝以来曾以“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”为五种刑罚手段,除生命刑直接剥夺人的性命之外,刀、锯以下,都是身体性惩罚,是对罪犯身体某个器官或肢体进行破坏性重创,以示惩戒。又有一种说法是,蚩尤时代,“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”^④。即刑法是生活在南方的苗民,因独特的生活习性,创造了割鼻、割耳、破坏生殖功能以及在脸上刺字等残酷的刑罚而形成的。这种将法律的发明权归于边民的说法,反映了以“礼仪”为尚的中原主流文化对法律的不屑态度,未必可信。此外还有关于尧舜时代,因内外部秩序良好,于肉刑之外,增加“象刑”的说法。即令罪犯穿上特殊的衣服,或在身体上增加特殊的标记,以示有罪,区别于常人,使之感受羞愧和耻辱的做法。因氏族部落时期,氏族成员在物质、精神方面对群体都有极大的依赖,因此施以穿异样服装的“象刑”,使之明显有异于氏族普通成员,承受巨大的舆论和精神压力,亦是一种较为严重的刑罚。

大致而言,中国上古法律逐渐由残酷野蛮趋向文明,传说至尧时已形成象

① 《尚书·甘誓》。

② 《周易·师》。

③ 《史记·夏本纪》。

④ 《尚书·吕刑》。

刑、流刑、鞭刑、扑刑、赎刑五刑；任命皋陶等人为专任司法官，发明了监狱；并在定罪量刑时适用故意惯犯从重、过失从轻等刑罚原则。

二、礼源于祭祀与原始习惯

除“刑”之外，地位更高、应用更广的制度性规范是“礼”。甲骨文礼字像用器皿盛以玉珏，礼的本义是指盛放祭祀供品的器具，后引申为祭神敬祖祈福的典礼仪式，即《说文解字·示部》所释：“礼，履也，所以事神致福也。”《礼记·礼运》云：“夫礼之初，始诸饮食，其燔黍捭豚，污尊而杯饮，蕢桴而土鼓，犹若可以致其敬与鬼神。”据此，礼最初起源于普通的饮食供奉活动，如在石块上烤制粟米畜肉，在地上挖穴盛酒双手掬饮，用土制鼓槌敲击土制乐鼓，以表达对祖先神灵的崇敬等等。久而久之，礼由单纯的祭祀礼仪扩充到其他领域，借助祖先神灵的威慑力，完成了对部族风俗习惯的统摄，成为最基础最普遍的制度规范。在礼刑二者关系上，“礼”的适用性更广、指导性更强，“刑”则主要是辅助性威慑手段，二者各有侧重，相互配合，共同奠定了中国古代的法律规范体系。

第二节 夏商法律制度

公元前 21 世纪，夏禹传位于子夏启，废除了传统的“禅让”制度，正式建立以夏后氏为核心的中国历史上第一个氏族制国家。夏代共传十四世十七王，历时约四百年。到公元前 17 世纪，商汤推翻夏桀的统治，建立商政权。商代历经十七世、三十一王，约六百年。夏商两朝是中国北方黄河流域相继出现的两个氏族制部落联盟国家，是中国古代法的初步形成和早期发展时期。

一、天罚神判的法律思想

夏商时代，生产力低下，人们认知能力有限，天命鬼神的原始宗教渗入意识形态，君权神授观念流行。夏禹时期，就有借助祭祀典礼“致孝于鬼神”^①的活动。夏启建立政权时，公然宣称自己“受命于天”，后来的周人也称“有夏服于天命”。与此相似，商朝统治者也将上天作为自己权力的本源，利用神意宣扬自身统治的合法性，宣称“有殷受天命”，即商王秉承天意来统治人世。《诗·商颂》的《玄鸟》和《长发》有“天命玄鸟，降而生商”；“有蜮方将，帝立子生商”的记载。

在君权神授的政治理论之下，夏商两代形成天罚神判的法律思想。统治者将人世间的刑杀、征伐活动都说成是遵循神的意志——奉天行罚、代天讨罪，以天意为其适用法律、实施刑罚、镇压反抗的依据。夏启讨伐有扈氏、商汤讨伐夏

^① 《史记·夏本纪》。