



高校法学“十二五”规划教材系列

总主编 杜承铭

中国法制史

Legal System History of China

◎ 沈晓敏 主编



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

D929
20131



高校法学“十二五”规划教材系列

总主编 杜承铭

总顾问 吴家清 齐树洁

中国法制史

Legal System History of China

主 编 沈晓敏

副主编 李 伟 伏传伟

撰稿人 (按撰写章节顺序)

沈晓敏 伏传伟 何玲丽 郑丹霞 王其林

石 璠 陶 阳 李 伟



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

中国法制史/沈晓敏主编. —厦门:厦门大学出版社

高校法学十二五规划教材系列

ISBN 978-7-5615-4159-3

I. ①中… II. ①沈… 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(2011)第 263610 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@xmupress.com

沙县方圆印刷有限公司印刷

2012 年 9 月第 1 版 2012 年 9 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:16 插页:2

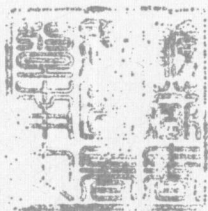
字数:389 千字 印数:1~3 000 册

定价:28.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

主 编 简 介

沈晓敏，男，1969年生，浙江绍兴人，广东警官学院法律系教授。主要学术方向为近代中国知识和制度的转型及岭南人物研究，长期从事中国法制史的教学与科研工作，曾在《近代史研究》、《学术研究》等刊物上发表学术论文数十篇，出版学术专著、编著多部，主持或参与各级各类课题多项。



“高校法学‘十二五’规划教材系列”编委会

总 主 编：杜承铭

总 顾 问：吴家清 齐树洁

编委会成员（按姓氏拼音顺序排列）：

蔡国芹 蔡镇顺 陈俊成 陈亚平

崔卓兰 邓成明 邓世豹 房文翠

韩明德 蓝燕霞 栗克元 马占军

祁建平 施高翔 王继远 王晓先

吴国平 夏 蔚 熊金才 徐 波

徐继超 于风政 曾月英 张小平

秘 书：甘世恒

总序

2011年3月,吴邦国委员长向世人宣布:中国社会主义法律体系已经形成。中国已步入了法治社会的健康发展轨道。作为改革开放排头兵的广东省,更是在法制建设的进程中敢于先行先试,为中国社会主义法律体系的完善贡献了自身的力量。与之相适应的是,广东省法学院校在法学教育和法学研究方面,也一直进行着积极的探索和改革。广东省开设法学专业的院校二十余所,以法学本科教育为主,多年来为广东、华南地区乃至全国的政法系统、党政部门、企事业单位培养和输送了数以万计的法律人才。随着我国市场经济的逐步发展完善,对法律人才的要求也进一步提升,既有的法学本科教学内容体系和教育模式在新的形势和新的要求面前难避僵化之虞。因此,以教学内容体系和教育模式为取向的法学本科教育改革,就成为广东各法学院系教育教学改革的重中之重。为了进一步推进广东法学院校法学教育教学改革特别是法学教材建设与改革,由厦门大学出版社策划,组织广东省二十余所院校法学专业教师联合编写的“高校法学‘十二五’规划教材系列”便应运而生。

“高校法学‘十二五’规划教材系列”是根据教育部公布的法学教学大纲编写的,符合国家“十二五”规划要求的法学创新教材。本教材系列具有如下特点:

第一,以几个较早成立的法学院系为依托,由广东二十余所院校的法学专业教师联合编写。本教材系列集合了广东省大部分开设法学专业课程的院校的教师,由具有丰富教学经验和科研能力的资深教授担任各册主编,并吸收了许多具有丰富一线教学经验的中青年任课老师作为作者参与编写。教材系列作者队伍阵容强大,同时又具有一定的权威性。

第二,紧密结合实际,力图打造具有广东特色的法学创新教材。广东省处于改革开放的前沿,经济的繁荣带来了思想的活跃。作为广东法学本科教学改革的一次尝试,教材系列力图突破传统的理论性较强的编写模式,将法学基本知识和具有地方创新特色的司法实务以及国家司法考试相结合,培养既具有法学基本知识,又能够了解司法实务的合格法律人才。为此,教材系列除对法律知识体系的整体阐述外,还吸收了部分具有广东特色的案例,精简为各章之前的“引例”部分,帮助学生进一步理解法学知识在法律实务中的应用。同时在各章之后增加“司法考试真题链接”部分,有助于学生将本章知识与国家司法考试



要求相结合。

第三,吸收和采纳我国法学界的成熟观点和研究成果,精简教材内容,提高教学质量和效率。法学本科教育应为通识教育,即将学生培养成掌握法律基本知识,并能熟练运用法律的实用人才。目前国内大部分法学教材共同存在的问题是篇幅过大,理论争议过多,导致学生难以完全吸收掌握,从而在走上工作岗位后无法正确使用法学知识。因此,为了确保学生能掌握基本的法律知识并熟练运用,本教材系列要求各主编仅采用我国法学界公认的观点和理论,对于存有争议的部分暂时搁置,从而将教材的篇幅尽可能地压缩,减轻学生的学习压力,提高学习质量。

本教材系列是各院校教师共同努力的结晶,凝聚了许许多多一线教师的心血和智慧,是广东省各法学院校在法学本科教材上的一次共同探索和努力。当然,由于参编教师众多,加之水平有限,难免有所缺失和不足,敬请读者批评指正,以助日后不断完善。

杜承铭

2011年12月

前言

人事有代谢,往来成古今。无数的昨天构成了今天,人类历史发展的链条是不能割裂、也不可能割裂的。法制的文明、进步,取决于诸多社会因素,但必须有一代一代的仁人志士去总结、提高、发展。中国是人类文明史上的四大文明古国之一,中华法系位列世界法律史上的五大法系之一。中华民族曾经为人类作出过伟大的贡献,中华法系蕴藏着中华民族宝贵的精神遗产和精神财富。因此,要完善和发展我国今天的法律制度,就不能不去研究古今中外历史上的法律制度,从中总结经验,吸取教训,把握规律,从而创造出更为合理和完善的法律制度。本书的编写,正是基于此目的,祈以为中国法制史的研究和教育起到普及和推广的作用。

坊间流传的中国法制史教材,数量众多,良莠不齐。本教材在编写过程中,见贤思齐,见不贤而内省。本教材以法学本科生为教学对象,为了加强针对性和实用性,我们在确定体例和编写方案时,有以下几条原则:在内容选择上,以全国性主要政权的法律制度为论述对象,以各个时期的法律思想、立法概况与法律形式、刑事法律、行政法律、民事经济法律、司法制度等为主线,力求给读者一个简洁、清晰的中国法制史发展脉络;在写作风格上,力求简明扼要,可读性强;在编排体例上,每章前有案例或相关古代法律原文,每章后有思考题和推荐阅读;在形式上,注重对注释、引文的查证工作,力求信而有据,严谨规范。

本教材作为厦门大学出版社主持的“高校法学‘十二五’规划教材系列”之一,由沈晓敏任主编,李伟、伏传伟任副主编。初稿完成后,由主编、副主编统稿。各章撰稿人分别为(按撰写章节顺序):

沈晓敏,广东警官学院教授,历史学博士,撰写前言、总括全书;

伏传伟,广东警官学院讲师,历史学博士,撰写第一、二、三章;

何玲丽,广东金融学院讲师,法学博士,撰写第四、五章;

郑丹霞,广东技术师范学院讲师,法学硕士,撰写第六、八章;

王其林,南方医科大学副教授,法学博士,撰写第七章;

石璠,东莞理工学院讲师,法学硕士,撰写第九、十章;

陶阳,佛山科技学院副教授,法学硕士,撰写第十一、十二章;

李伟,广州大学副教授,法学硕士,撰写第十三、十四章。

由于水平有限,我们虽为之付出了努力,但完稿后仍觉难尽人意,恳请广大专家及读者不吝赐教,批评指正,不胜感激。

目 录

第一章 夏商的法律制度	1
第一节 中国法的起源	1
第二节 夏代的法律制度	9
第三节 商代的法律制度	13
第二章 西周的法律制度	19
第一节 西周时期的法律思想	19
第二节 西周的政权组织:宗法制与分封制	21
第三节 西周的立法概况	23
第四节 行政、刑事及民事法规	26
第五节 司法制度	33
第三章 春秋战国时期的法律制度	36
第一节 “礼崩乐坏”与“百家争鸣”	36
第二节 春秋时期的法律制度	42
第三节 战国时期的法制改革	44
第四章 秦代的法律制度	49
第一节 立法概况	49
第二节 行政管理体制	51
第三节 刑事法律制度	53
第四节 民事与经济法律制度	59
第五节 司法制度	62
第五章 汉代的法律制度	64
第一节 立法概况	64
第二节 行政管理体制	67
第三节 刑事法律制度	69
第四节 民事经济法律制度	75
第五节 司法制度	78
第六章 魏晋南北朝法律制度	83
第一节 立法概况	83
第二节 刑事法律制度	87
第三节 民事经济法律制度	90



第四节 司法制度	93
第七章 隋唐的法律制度	96
第一节 隋代的法律制度	96
第二节 唐代的法律制度	101
第八章 宋代的法律制度	126
第一节 立法概况	126
第二节 行政管理体制	129
第三节 刑事法律制度	132
第四节 民事法律制度	134
第五节 司法制度	139
第九章 元代的法律制度	143
第一节 元代的立法概况	143
第二节 元代法律的特点	146
第三节 司法制度	151
第十章 明代的法律制度	154
第一节 明代的立法概况	154
第二节 行政管理体制	158
第三节 刑事法律制度	162
第四节 民事经济法律制度	165
第五节 司法制度	170
第十一章 清代的法律制度	175
第一节 立法指导思想与立法概况	176
第二节 行政法规	181
第三节 刑事法律制度	183
第四节 民事经济法律制度	186
第五节 司法制度	189
第十二章 清末的法制变革	194
第一节 清末法制变革的背景	194
第二节 清末预备立宪	196
第三节 修律活动与法制变革	201
第十三章 中华民国时期的法律制度	209
第一节 南京临时政府时期的法律制度	209
第二节 北洋政府时期的法律制度	213
第三节 南京国民政府时期的法律制度	218
第十四章 中国共产党领导下的革命根据地法律制度	227
第一节 立法概况	227



第一章 夏商的法律制度



帝曰：“皋陶，蛮夷猾夏，寇贼奸宄。汝作士，五刑有服，五服三就。五流有宅，五宅三居。惟明克允！”——《尚书舜典》

有扈氏威侮五行，怠弃三正，天用剿绝其命，今予惟恭行天之罚。左不攻于左，汝不恭命；右不攻于右，汝不恭命；御非其马之正，汝不恭命。用命，赏于祖；弗用命，戮于社，予则孥戮汝。——《尚书甘誓》

第一节 中国法的起源

一、法律与国家

对“法律”一词的传统定义为：法律是国家制定或认可的，由国家强制力保证实施的，以规定当事人权利和义务为内容的具有普遍约束力的社会规范。照此定义的逻辑推断：先有国家，后有法律。这也是学界长期的共识，如《中国大百科全书·法学卷》：“根据历史文献的记载，一般认为中国到夏朝（公元前 21—前 16 世纪）便完成了由原始社会到阶级社会的过渡。随着氏族制度的解体，国家的形成，法也就产生了。”^①这实际上是一种机械的唯物史观，马克思和恩格斯就曾有不同的论述：“随着法律的产生，就必然产生出以维护法律为职责的机关——公共权力，即国家。”^②显而易见，在此句表述中，其观点是法律先于国家而产生。

考察中外具有代表性的几大古代文明，也很难判断法律一定产生于国家之后。中国古代，在夏代建立之前的尧舜禹时期，甚至更早，即有各种关于具有“法”性质的社会规范的记载，如《法言·问道》载：“鸿荒之世，圣人恶之，是以法始乎伏羲而成乎尧”；《管子·任法》载：“故黄帝之治也，置法而不变，使民安其法者也”；《竹书纪年》载：“帝舜三年，命咎陶作刑。”古希腊在公元前 7 世纪已经产生了成文法，马克思在评价公元前 621 年执政官德拉古所颁布的法典时说：“这证明已进入以成文法代替习惯法的时期，”^③而希腊国家的产生要迟至公元前六世纪末的克利斯提尼改革。古罗马也同样如此，罗马的氏族元老院和人民大会的一项重要活动是讨论、通过或否决法律，而正式国家的建立则是“王政时代”后期的塞尔维·图

① 《中国大百科全书》，中国大百科全书出版社 1984 年版，第 83 页。

② 《马克思恩格斯全集》（第 18 卷），人民出版社 1964 年版，第 309 页。

③ [德]马克思：《摩尔根〈古代社会〉一书摘要》，人民出版社 1965 年版，第 186 页。



里阿改革时期。

因此可以判定,法律作为一种社会规范,其产生要早于国家。或有观点认为,国家产生之前的社会规范还不能称为法律,只能叫作“习俗”,实际上,法律与国家均是人类社会在漫长的发展过程中,为了更好地进行群体事务的管理,为了更好地适应社会生产力的发展(这种适应是无意识地)而逐渐产生的,如果用固有模式进行机械划分的话,反而不能认识其原本性质。

近年,由于考古发掘的进展和文献研究的深入,有学者提出中国国家的起源要早于夏代,比较著名的有考古学家苏秉琦提出的“古国—方国—帝国”理论。苏秉琦指出,中国国家的产生不能按照摩尔根的从原始社会氏族部落联盟直接进化到国家的模式套用,认为在原始部落的基础上首先产生的是一系列具有“政治实体”意义的“古国”,以红山文化为代表,在距今五千年以前,率先跨入古国阶段,即早期城邦式的原始国家已经产生。^①“古国时代以后是方国时代,古代中国发展到方国阶段大约在距今四千年前。与古国是原始的国家相比,方国已是比较成熟、比较发达、高级的国家,夏、商、周都是方国之君。”^②这一理论的提出具有颠覆性的意义,并且特别强调,“方国的出现是在夏以前”,^③江南地区的良渚文化是最典型的实例。方国时代之后,便是帝国时代,从秦国建立统一的帝国开始算起。

“良渚文化”存续时间约为距今四千多到五千多年,在中国上古文明的各大遗址中,良渚遗址的规模最大,水平最高,其广泛的水稻种植和精良的玉器制作表明“良渚文化”的农业和手工业已经发展到了一个相当高的水平,墓葬出土随葬品的巨大差异,表明贫富分化及权力等级的划分也已达到一个新的阶段。2007年,杭州发现了一座290多万平方米的约五千年前的良渚遗址古城,被考古界称为“中华第一城”。良渚古城的发现,部分学者认为可以改写中国朝代的断代——由现在认为的最早朝代夏朝,改为良渚,印证了苏秉琦先生的理论具有坚实的考古学实证基础。此外,还有学者借用西方的“酋邦”说,认为尧舜禹时期为“酋邦”形态的国家,^④也有学者认为“它是世界上独一无二的纯中国式的一种社会政治组织”,“是一种中国特有的天下大国家的准国家形态”。^⑤这些理论目前为止尚未获得学界一致的肯定,但对进一步认识中国上古文明史具有开创性的意义。

又据学者考证,与“良渚文化”相对应的很可能是古史传说“东夷集团”中蚩尤部落的一支,大约相当于炎黄二帝及尧舜禹时代。结合以上苏秉琦关于中国古史的“古国”说与“方国”说,则可以推断,传说中炎黄二帝及尧舜禹时代已经是一定规模上的“国家”,只是尚未发展到世袭王权阶段。

二、中国法起源时间推论

利用西方外来框架与观念研究中国古代法律制度始于20世纪二三十年代,在此之前,中国学者对中国古代法律制度的研究多偏于刑法且上溯较早,代表性的如清末法学家沈家

① 苏秉琦:《中国文明起源新探》,三联书店1999年版,第137~138页。

② 苏秉琦:《中国文明起源新探》,三联书店1999年版,第145页。

③ 苏秉琦:《中国文明起源新探》,三联书店1999年版,第145页。

④ 谢维扬:《中国早期国家》,浙江人民出版社1995年版。

⑤ 吕绍刚:《中国文化史宜从尧舜讲起》,载《社会科学战线》1998年第3期。

本,在其《历代刑法考》一书中将开篇“刑制总考一”的时间定在“唐虞”时期,“唐虞以前,刑制无闻。《舜典》所记刑制,乃舜摄位时事,其时尧犹在位”。^①

陈树德、杨鸿烈等学者于20世纪二三十年代相继出版的法制史著作,均将中国法的起源定于商代,如:“殷时有法律,已无可疑”,^②“中国法律起源于殷代”。^③20世纪二三十年代,西方社会科学的一系列理论与方法传入中国,中国学者们用“科学”的方法研究古代传统文化,开始重视文字记载、神话传说与出土文物相印证,进行比较取舍。由于当时殷墟考古的重大发现,学者们多信商代为中国正式建立国家形态的开端,所以将中国法的起源定于商代,而对于文字记载的更早历史,由于尚未得到考古发掘的证实,则取存疑态度,“后人对于三皇五帝之记载,在未有科学上之方法证明以前,至多仅可认为史前期之推测,或一种传说而已”。^④从方法论的角度讲,这无疑是一种进步,但也使研究束缚于考古发掘的进展程度。“随着考古学的发展和新的地下实物资料的发掘,中国法律的起源和法律制度确切存在的历史必然向前推移。”^⑤后来事实证明,中国法的起源定于商代当然是不恰当的。20世纪50年代以后,由于“二里头文化”遗址的发掘,夏王朝的存在得到确证,学界又将中国法律的起源定在夏代,如上文《中国大百科全书》所下结论。上文已述,夏代能否作为中国国家产生的开端,目前已存在争论,则中国法律的起源亦不能以夏代为准。

中国传统典籍中,关于法律起源的记载有一些非常重要的史料,在考古发掘的实物材料尚不足以检验其真伪的情况下,今人应将其作为认识上古文明史的重要参考。《汉书·胡建传》载:

《黄帝李法》有云:“壁垒已定,穿窬不繇路,是谓奸人。奸人者杀。”

文中“窬”同“逾”,“繇”同“由”,大意为:私人领地确定以后,不走公用之路,而侵入私人领地或住宅,是要杀头的。从《黄帝李法》的名称来看,当为后人总结附会而来,因为夏商周以前一般称刑而不称法,不过其所载内容则反映出黄帝时期已出现法性质的社会管理规范,就目前所见史料而言,说是中国法律的起源亦不为过。此条记载也是现今所能见到的中国最早的关于私权保护的规定,表明当时私有制已经发展到一定阶段。

如果说《黄帝李法》所记内容尚可存疑的话,那么《尚书》所载相关史料则更为可信。《尚书·吕刑》载:

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。

意即:苗民不听号令,用五种野蛮的刑罚管理部落事务,分别是死刑、割鼻、割耳、宫刑、墨刑。《尚书正义》:“三苗之君习蚩尤之恶,不用善化民,而制以重刑。”^⑥可见,尧舜时代三苗所制的“五刑”源于炎黄时代的蚩尤,为后世形成的墨、劓、刵、宫、大辟“旧五刑”的初创。蚩尤部落被打败后,其群体融入炎黄为主的华夏部族,苗蛮部落后也有部分归入尧舜部族,其所创立的“五刑”也逐渐被华夏集团吸收和采用,尧舜时期,华夏集团也开始使用“五刑”,

① 沈家本:《历代刑法考》,中国检察出版社2003年版,第3页。

② 陈树德:《中国法制史》,商务印书馆1928年版,第23页。

③ 杨鸿烈:《中国法律发达史》,商务印书馆1930年版,第14页。

④ 陈顾远:《中国法制史》,商务印书馆1934年版,第10页。

⑤ 张晋藩主编:《中国法制通史》第一卷,法律出版社1999年版,第5页。

⑥ 《尚书正义》,见十三经注疏整理委员会编:《十三经注疏》,北京大学出版社2000年版,第630页。

(下文涉及相关典籍只注书名及篇名)



且更为具体和系统化。《尚书·舜典》载：

帝曰：“皋陶，蛮夷猾夏，寇贼奸宄。汝作士，五刑有服，五服三就。五流有宅，五宅三居。惟明克允！”

这是舜对皋陶说的话，大意为：皋陶，现在蛮夷侵扰华夏，抢掠杀人干坏事，部落中也有人违法作乱。我任命你作司法官，五刑的使用要适当，让人信服，刑罚的执行要分三种不同的场所（根据身份的不同分别在原野、朝和市，或说只有死刑才分场所），对不忍用刑之人，可以对其用流放刑，流放的远近要分三种。你务必明察秋毫，正确定罪量刑，这样才能使罪犯信服。

“五刑”为苗蛮部落所创，华夏部落对其借鉴与学习有一个渐进的过程，因为“五刑”的创制被认为是“失德”的表现。所以初期“五刑”一般用于异族，即“刑以威四夷”。^①对部落内部则使用象刑、流刑、鞭、扑、赎等，如《尚书·尧典》：“象以典刑，流宥五刑，鞭作官刑，扑作教刑，金作赎刑。”其后随着部落的不断融合，氏族界限逐渐消失，五刑的使用也开始针对部落内部成员，如上文舜对皋陶所说的一段话，即很难明确区分五刑使用的内外之别。不过，由于尧舜在传说中都是贤能德高的方国之君，是圣人，不是嗜杀之君，因此其刑罚处罚是和道德教化相结合的。《尚书·舜典》载：“眚灾肆赦，怙终贼刑。钦哉，钦哉，惟刑之恤哉。”意即：有罪知改就赦免，执迷到底则予刑罚。又《尚书·皋陶》：“罪疑惟轻，功疑惟重。与其杀不辜，宁失不经。好生之德，洽于民心，兹用不犯于有司。”反映当时刑法处罚中重视教育、谨慎处罚的指导思想。

由此可见，尧舜时期，不但刑罚体系初步形成，而且一系列刑罚的原则也开始确立。据此，可以初步推断：中国法的起源大约始于炎黄二帝时代，即苏秉琦所说的“古国”时代，到了尧舜时（方国开始形成），已经形成了较为成熟的刑罚体系，为后来夏商周三代（方国的高级阶段）法律的制定奠定了坚实的基础。目前学界主流观点已经开始认定中国古代的法律制度起源于炎黄二帝时代，形成于尧舜时期，这已被考古发掘所证实，如良渚文化、龙山文化出土的实物资料，提供了大量的证据，也恰好印证了沈家本将中国古代刑制起源定于“唐虞”时期的合理性。

此外，有学者认为把中国法律的起源定于尧舜时期，尚有以下几条理由：（1）尧舜时期制定法律的记载较为集中；（2）尧舜时期法律的记载较为具体明确；（3）尧舜时期有关于法官和审判的记载；（4）尧舜时期的史籍记载已有考古资料相印证。^②

三、中国法起源时期概况

（一）“刑始于兵”

谈到中华法律的特点，一般均谓：民刑不分，以刑为主。刑法成为后世研究中国古代法律制度的核心，所以关于中国法的起源，一个重要的说法是：“刑始于兵”，即刑罚起源于不同部落之间的战争，如《汉书·刑法志》：“刑者甲兵焉……其所由来，亦已久矣。”^③《辽史·刑

① 《左传》僖公二十五年。

② 张晋藩主编：《中国法制通史》第一卷，法制出版社1998年版，第46～47页。

③ 《汉书·刑法志》，卷二十五，志第二十。

法志》：“刑也者，始于兵而终于礼者也。”^①中国古史记载中最早的大规模战争是大约五千年前的炎黄二帝与蚩尤部落的战争，战争的原因可能是人口繁衍或自然气候的变化导致对自然资源的争夺。《黄帝李法》中的“李”，有学者考证其既是司法官，也是军事长官。司法官与军事长官合一，表明二者在性质上有重合之处。《国语·鲁语》载：“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，以威民也。”“用甲兵”是对外征伐，为大刑，“用刀锯”、“用鞭扑”是对内管理，为小刑。对外征伐用大刑时，担任军事长官的人对内管理用小刑时当然即是司法长官，“兵刑合一”的道理即在于此。对外征伐用大刑是维护部落利益的需要，对部落内部管理初始主要是教化，后也施用肉体刑罚，原因大致如下：战争需要部落内部所有成员在军事行动上的一致性，“为保证战争的胜利，必须以刑法为手段，约束每一个参战的氏族成员”。^②蚩尤及苗蛮部落骁勇好战，经常发动对外战争，所以有“五刑”的制定。又由于部落的不断壮大，不断融合其他部落，原始的血缘关系逐渐淡化，基本形成了“古国”的形式，内部事务管理日益复杂，即使不是战争时期，对部落内部作奸犯科者，也要施以严厉的惩罚。

蚩尤部落被打败融入华夏集团后，其所制定的“五刑”也逐渐被华夏集团所采用。其后，部落之间的战争仍有持续，只是规模减小，直至舜时，还有所谓的“蛮夷猾夏”，所以刑罚的内容不断发展，并最终形成了较为完整的刑罚体系，即：“象以典刑，流宥五刑，鞭作官刑，扑作教刑，金作赎刑。”^③

“刑起于兵”的观点，有史籍记载及考古学证据支持，但必须明确两个事实。一、刑起于兵后即独立于兵。刑虽然在部落战争中产生，但刑罚产生后，特别是对内部的刑罚，在产生以后即独立于兵事之外，不在战争时期，一些刑罚处罚的手段也被长期使用，成为定制。二、刑起于兵，只是对刑法而言。除了刑法之外，对部落事务的管理还有其他具有强制约束力的行为规范，即后世所说的“礼”。

（二）礼的形成

《法言·问道》载：“是以法始乎伏羲而成乎尧”，根据上文所述，后半句已为确证。伏羲为距今大约 7000 年前的部落首领，由于年代久远、考古发掘资料不足，尚只能作为传说看待，但据常理推测，法的产生是伴随人类社会的不断发展而缓慢形成的，早期的群居部落发展到一定阶段以后，一定有本部族类似法性质的社会管理规则，所以有伏羲画八卦、教渔猎、造书契、兴礼乐、正姓氏、制嫁娶之说，其中的“兴礼乐”，明显有制定部族管理规范的含义。

“礼”字在简化前字形为“禮”，“示”字边表示与祭祀神灵有关，右边的“豊”字更是直接表示祭祀活动，下豆上曲，“豆”字在《说文解字》中解释为“古食肉器也”，是古代的一种器皿，“曲”字古文有“酒”的意思，另有学者解释为“两串玉”。所以，“礼”字的原始含义是：将玉或酒放在器皿中进行祭祀活动。

《左传》成公十三年载：“国之大事，在祀与戎”，即：国家（或部落）最重大的事件是祭祀和战争，祭祀的重要性甚至还排在战争之前。祭祀活动之所以如此重要，一个核心的原因是：在当时的生产力发展水平下，人们认为通过对上天或祖宗的祭祀，就能够祈求它们降福于本

① 《辽史·刑法志》，卷五十六，志第二十五。

② 胡留元、冯卓慧：《夏商西周法制史》，商务印书馆 2006 年版，第 11 页。

③ 《尚书·舜典》。



部落,保佑本部落发展壮大,如《尚书·大诰》:“天休于宁王,兴我小邦周”,周部落的兴起被周人认为是上天赐福的结果。虽然上天是否赐福于某邦只能是各邦或部落的主观愿望,但客观上,通过祭祀活动,可以达到以下两个效果:一、通过对祖先和神的祭祀活动,将本部落成员紧密团结在一起,使其认识到自己的血缘纽带关系,为了集体的利益而共同奋斗,达到一种“亲亲”的效果。二、在祭祀的过程中为了表示庄重和对上天的敬畏,逐渐形成一套严格的程序和仪式,这种程序和仪式在显示对上天或祖先敬畏的同时,对部落成员的身份、地位及参与祭祀活动的程度均有一定的规定,比如谁是主祭人,列队行进的顺序等。后世“礼”中规定的天神、地神只能由天子祭祀,诸侯大夫只能祭祀山川,庶人只能祭祀自己的祖先等,均是身份等级的反映,也就是“尊尊”。如此,经过长期的发展,这种祭祀活动中所形成的程序、仪式以及血缘关系的定位就逐渐形成为包括其他生活习俗在内的一个部落族群内部大家自愿遵守并带有一定强制约束力的一整套行为规范体系。这套体系无时无刻不在提醒每个部落成员自己在部落或宗族中所处的身份和地位,教育他们应该遵守哪些符合自己身份和地位的规范。久而久之,这套规范即成为所谓的“礼”。

随着私有制经济的发展和人口的增加,大约经过一千多年以后,到炎黄二帝时期,大规模的部落战争开始出现。在部落(古国)的管理过程中,产生了侧重肉体惩罚的“刑”,即上文所述“刑始于兵”,直至尧舜时期形成系统化。所以,从伏羲至炎黄二帝以及尧舜,社会管理方面逐渐形成了一套融合以礼为代表的侧重道德教化和以刑为代表的侧重刑罚处罚相结合的管理规范。至此,中国古代完整的“法律体系”开始出现,即礼与刑的组合。因此,“刑起于兵”不代表整体的法源于兵,只能看作部落战争是法最后形成的一股重要的力量,而不是全部。

“礼”由于起源于宗族内部团结的需要,所以重教化,“刑”由于起源于对异族的战争,所以重惩罚,中国古代法律从起源开始即包含了这两个有机组成部分,如《尚书·大禹谟》所载舜教导皋陶时的话:“皋陶,惟兹臣庶,罔或干予正。汝作士,明于五刑,以弼五教。”所谓“五教”,后世学者解释为“五常之教”,即:“父义、母慈、兄友、弟恭、子孝。”^①后世有所谓夏礼、殷礼、周礼,与后来儒家继承“周礼”提倡伦理道德教化,是有其一脉相承的渊源的,《论语·为政》载:“殷因于夏礼,所损益可知也;周因于殷礼,所损益可知也。”所以,一系列“礼”的规范和源于兵的“刑”的结合,构成了古代中国法的整体。

四、中西法律起源的不同特征

当代西方文明的源头是古希腊和古罗马,古希腊和古罗马的一系列政治文明和法律文明经过改造后成为今日西方社会的思想和文化渊源。在此,拟以古希腊文明为考察对象,通过粗略分析其法律产生的历史及演变过程,与中国古代法律的起源与发展相比较,以进一步认识中国古代法律的本质特征。

古代希腊以希腊半岛为中心,另包括一系列的群岛与岛屿。希腊中部和南部港湾众多,为希腊文明提供了面向海洋的自然条件,古希腊文明也确曾受到埃及和美索不达米亚文明的影响。更为重要的是,希腊陆地山多地贫,无数的山脉和丘陵将希腊分割成很多小块的地区,陆路交通十分不便,在经济上难以出现一个较大的中心,而是分散出现许多小的中心。

① 《尚书·舜典》。