

中国文化史丛书

华夏法的历史长河

— 中国律典

袁兆春

K203

1-71

沈阳出版社

华夏法的历史长河

——中国律典

袁兆春

沈阳出版社出版

一九九七年

中国文化史知识

编辑委员会

主 编

张岱年

执行主编

朱立元

委 员

王振复 李祥年 周振鹤 葛剑雄

朱立元 涌 豪

总策划

石铜钧

责任编辑

封兆才 祝乃杰 葛君 田雪峰

封面设计

曾一中 庆芳

目 录

- 一、从神兽决狱到李悝《法经》 (1)
- 二、《云梦秦简》与秦律 (11)
- 三、汉承秦制，作律九章 (20)
- 四、封建法制的初步发展
 - 魏晋南北朝的律典 (29)
- 五、承前启后的隋《开皇律》 (39)
- 六、集封建法典之大成者
 - 唐代律典 (44)
- 七、刑统恒存，编敕损益的宋律 (63)
- 八、蒙古法与汉法的融合
 - 元代律典 (72)
- 九、轻其轻罪，重其重罪的明代律典 (82)
- 十、封建法律的终结者
 - 清代律典 (92)
- 十一、半殖民地半封建法制的开端
 - 清末的法律 (99)

一、从神兽决狱到李悝《法经》

何为法律？法律就是掌握了国家政权的统治阶级整体意志的体现，是由国家制定或认可并由国家强制力保证实行的行为规则的总称。其目的在于建立、巩固和维护有利于统治阶级的社会关系和社会秩序，是实现阶级统治和社会职能的工具。它与国家同时产生。

但是，国家与法并不是从来就有的，而是人类社会发展到一定历史阶段的产物。与世界上所有的国家一样，中国国家与法的形成，经历了一个漫长的历史过程。历史唯物主义为这个过程指出了一条发展的基本规律：随生产力由低级状态逐渐提高，私有财产的逐渐出现，人类总是由无阶级社会逐渐进入阶级社会，相应地由原始氏族组织逐步地转化为国家组织，由习惯逐渐地演变为法律。由于世界各个民族有其借以生存和发展的具体环境，有着特殊的历史传统、生活方式、因而形成国家和法的具体途径也不尽相同。

中华民族的主体从远古开始，就生活在黄河流域、长江流域。大约在六千年前左右，已逐渐摆脱狩猎和采集经济，进

入以种植经济为主的原始农业经济。先民劳动、生息、繁衍的这块大陆，东临大海、西北是戈壁、西南则是极险峻的青藏高原。在这样的环境中主要从事原始农业经济，这是考虑中国由氏族社会形成国家的基点；再从此基点出发，可以看出中国法的起源是由中国所处的具体历史条件决定的，有其特色：在生产力提高，私有财产出现，社会逐渐划分为阶级，以至形成国家的全过程中，氏族血缘纽带顽固存在并得到加固；对祖先崇拜的礼也逐渐地具有了阶级性；“刑起于兵”，频繁战争促进了刑的形成和发展；氏族首领的权威则随着这些进程的加剧而日益强化。这些因素交互作用，导致了中国法的形成。

为了更准确、系统地把握与认识中国法律发展的全貌，在具体说明中国法律的产生之前，在此先介绍中国刑、法、律的演变及其涵义。中国古代的“法”与“律”并不连称，并且古籍中表示法律的字、词也较多，如《尔雅·释诂》中有典、彝、法、刑、范、矩、恒、律、秩、宪、辟等，指的都是法律。但对于古代社会的基本法或重要法律，在不同的社会历史时期都有其固定一致的称谓，如夏、商、西周称为“刑”；春秋战国时称为“法”；秦商鞅变法时改“法”为“律”。此后除唐末、宋称为“刑统”，元称“通制”、“典章”外，其余均称为“律”。

“刑”最早有两种含义：一为单纯的杀戮，《说文》刀部释为：“刑，剉也”；二为惩罚犯罪，《说文》井部：“荆，罚罪也”。后来两者合一成为惩罚犯罪之法，“刑，法也，罚总名”。

也”。^①刑已泛指国家的全部法律了，如“夏有乱政，而作禹刑”。^②

法，最初写为“金”，^③表示规范人们行为的一种规则，“法，常也”。^④到后来写为“灋”，据《说文》它由三个部分组成，即水、廌(zhì)、去。其左边从水，意为象水一样的公平；右边是“廌”，就是传说中神兽决狱中的獬豸(xiè zhì)，“似牛，一角，古者决狱，令触不直”；“去”字，表示对于廌角所触及的一方，应裁决为不正直的一方而令去之。可以说整个“灋”字就是中国古代神兽决狱的象形字^⑤。

律字的出现较之刑、法更晚些。《说文》：“律，均布也”。均布是古代乐器中调音律的一种工具，即是“均钟”，律就是要象用均钟调音律那样，“范天下之不一而归于一”。《尔雅·释名》释为：“律，累也，累人心使不放肆也”。即借作法律，要求人们的行为整齐划一。因此，律即是法，它的意义较刑、法为广泛些。

在中国历史上第一个建立起国家的是传说中的夏。夏朝从传说中的禹(约公元前21世纪)开始，到桀灭亡(约公元前16世纪)，历400余年。随夏朝国家的产生，中国最早的法律也就产生了。夏朝有文献记载最早的一条军法，即《高

① (宋)陈彭年《玉篇》

② 《左传》昭公六年。

③ 《说文》十上，A部。

④ 《尔雅》卷一，《释诂》上。

⑤ 神兽决狱：相传在中国久远的氏族社会，杰出的部落联盟首领舜，委任皋陶(gāo yáo)为司法官。皋陶执法公平，正直无私，《述异记》(卷上)载：他断狱时依靠一头名叫獬豸的神兽，“獬豸者，一角之羊也，性知人有罪。皋陶治狱，其罪疑者，令羊触之”，曲直立见分晓。是一种典型的神明裁判形式。

书·甘誓》载：“用命，赏于祖；不用命，戮于社，予则孥戮汝”，用法律约束武装力量、奖惩士兵。另外，史称“夏有乱政，而作禹刑。商有乱政，而作汤刑。周有乱政，而作九刑”。^①。后人大多以“禹刑”作为夏朝法律的总称。史载夏朝“五刑之属三千，其罪莫大于不孝”；^②而五刑的刑种，据《尚书·吕刑》则源于南方的苗族蚩尤制定的“五虐之刑”，即“劓、刵、椽、黥”和大辟。《唐律疏议》引《尚书大传》说，禹刑中的罪名和刑罚有“三千条”之多。东汉学者郑玄在注《周礼》时说，这三千条分别为：死刑（大辟）有二百条，肢刑（砍脚刑）有三百条，宫刑（毁坏男、女生殖器的刑罚）有五百条，劓刑（割去鼻子）和墨刑（刺面或额并涂墨）各有一千条。^③实际上，上述的五个刑种、三千条，大抵说的是夏刑已相当多，并非是确数，对此不必详究。

继夏而起的王朝是汤在亳（今河南濮阳）建立的商王朝，为中国历史上第一个有可考文字的王朝。因商朝多次迁都，其中第二十代商王盘庚迁都于殷（今河南安阳），故商又称为殷或殷商。“刑名从商”^④说明以刑法为主的中国古代法到商朝已经略具规模。周初的统治者也曾称赞“殷彝”、“殷罚”。^⑤史载在商王太甲时“不遵汤法”^⑥；另一商王祖甲曾“重作汤刑”^⑦这都说明《汤刑》在商朝有可能是汤王所定，此后又经

① 《左传》鲁昭公六年。

② 章炳麟《孝经本夏法说》。

③ 《周礼·秋官·司刑》郑玄注；《隋书·经籍志》。

④ 《荀子·正名》。

⑤ 《尚书·康诰》。

⑥ 《史记·殷本纪》。

⑦ 《竹书纪年》。

过了不断的修改、补充，从而成为成文的刑法典。

继殷商后起的是公元前 1027 年周武王灭商后建立的周。到公元前 770 年周平王迁都洛邑（今洛阳），这一历史时期史称西周。史载西周的立法活动分为两大部分：周公^①制礼与吕侯作刑。对史称的“周公制礼”，应理解为以周公为代表的周统治者陆续制定、修改、编纂周朝礼乐制度的一系列立法活动，其主要内容是封建等级名分制度，以及与等级制度互为表里的宗法制度。礼在西周时居于根本法的地位，被奉为“国之干”、“国之纪”、“王之大经”^②。

西周除了周初的“周公制礼”外，还有“周有乱政，而作九刑”。“九刑”即“刑书九篇”，^③同周礼一样，它也是由周公旦主持制定的，并运用了很长时间^④。在西周，有史可考的另一次，也是最重要的立法活动则是周穆王时的吕侯制刑。吕侯是穆王时吕国的诸侯兼任周司寇（法官），受命于穆王所定之法律被称为《吕刑》。后来吕国改称甫，因此《吕刑》又称《甫刑》。《吕刑》全书三章二十二项，计 952 字，是我国最早的一部言刑专著，现存古籍《尚书》之中，其内容相当于后世刑事诉讼法的范围。其中，首先论述了刑的起源，认为各种肉刑首先是由苗民创制的，他们滥用刑罚残杀无辜，已经得到恶报。帝尧命皋陶为士，要求用刑须以德教为本，必

① 周公，名旦，武王之弟。武王死后，子成王继位，由周公摄政。

② 《左传》昭公十五年。

③ 《逸周书·赏麦解》；《汉书·艺文志》。另一种意见认为：“九刑”为刑名九种。《汉书·刑法志》援引《左传·昭公元年》：“周有乱政，而作九刑”，书昭注说：“谓正刑五，及流、赎、鞭、扑也”。“正刑五”即墨、劓、剕、宫、大辟。

④ 《左传·文公十八年》引鲁太史克之言。

须适“中”。此后，通篇反复十次强调“中”字，力求不轻不重。《吕刑》以论刑为主题，同时反复突出崇德，要求司法应效法天德，无所偏私；从选择司法官到执法的各个司法环节都必须慎重，并对此提出了很多具体的作法，以防止和惩治营私舞弊、贪赃枉法等犯罪。此外，还具体规定了区分故意与过失，疑罪的五刑可以钺（铜）收赎等^①，使赎刑从此开始制度化。《吕刑》所反映出来的上述立法思想，对后来中国封建社会的立法有着极其深远的影响。

公元前 770 年，周平王迁都洛邑，史称东周。东周又分为春秋、战国两个时期。“春秋”得名于孔子所编修的鲁国编年史纲《春秋》之书名。现多以周平王东迁之年到公元前 475 年为春秋时期。

春秋时期，社会生产力迅速发展，推动了生产关系的相应变革；井田制的废除和阶级关系的变化，引起了上层建筑领域的大变化。此时的社会已进入了一个大动荡、大变革的时代。其中，成文刑书的公布就是春秋时期法制的一项重大改革。而这一改革又首先从郑国开始，继而蔓延到晋国、宋国、楚国。

公元前 536 年，自公元前 543 年起就任郑国执政的子产把刑书条文铸在鼎上，作为国家的常法公布于众^②，史称“铸刑鼎”。这是中国首次公布的成文法，它也是子产巩固他在郑国的改革成果的反映。公元前 501 年，郑国又公布了一部《竹刑》。它的作者邓析，系子产同时代的郑国人，思想活跃、

① 《尚书·吕刑序》：“穆王训夏赎刑，作《吕刑》”。

② 《左传·昭公六年》杜预注。

激进，能言善辩，反对一切效法先王；还办私学传授法律知识，教人诉讼，应当是中国第一位律师^①。为了维护新兴势力，邓析私造刑书，写于竹简上，故称“竹刑”^②。当时子产已死去二十年，郑国由驷黶(chuán)执政，此人妒贤嫉能，以“私造”刑书的罪名将邓析杀害，却又将邓析的《竹刑》宣布为国法。这也充分说明了《竹刑》较《刑书》更顺应了已发展的郑国社会形势。

在子产铸刑书 23 年后，即公元前 513 年，晋国大夫赵鞅、荀宣二人将范宣子任晋国执政时修定的刑书铸于鼎上，公布于众。孔子曾对此提出反对意见^③ 这是中国历史上第二次公布成文法。

之后，宋、楚等诸侯国纷纷效法郑、晋制定和公布成文法。

春秋各国的立法已无可考，但“铸”以公之于众，革除了原来刑书只藏于官府，“刑不可知，其威不可测”的司法专横弊端，限制了旧贵族的特权，对后世封建法制的发展产生了深远的影响，并为中国法制史揭开了光辉的一页。

从公元前 475 年，中国历史进入战国时期，该时期直到公元前 221 年秦始皇统一中国止。这一时期是中国从封建割据走向统一的时期。原来的一百多个小国经过春秋时期的兼并，只余下二十多个，并进而形成了秦、楚、齐、赵、韩、魏、燕七国争雄的局面，且七国都企图以武力消灭他国，统一中

① 叶孝信主编《中国法制史》，北京大学出版社，1989 年第 1 版第 38 页。

② 《左传·定公九年》。

③ 《左传·昭公二十九年》。

国。因此，变法图强，发展经济，提高战斗力，就成为各诸侯国全力以赴的中心任务。

战国初，最先富起来的是魏国。公元前 445 年魏文侯即位，就任命李悝（kui）为相，尊为师，主持变法事宜，在战国各诸侯国中最早实行经济、政治改革。李悝，当时是闻名魏国的儒家子夏的学生，而子夏则是孔子的高徒。李悝从子夏那里学得了一套治国安邦的权术，在魏文侯的支持下实行变法，成绩卓著。其中贡献最大、流芳百世的就是他在研究、比较各国法典的基础上，编撰了中国法制史上第一部较系统的封建成文刑法典——《法经》。它是集春秋、战国初期成文立法之大成，自秦汉起，历代统治者都把它视为立法的楷模，李悝也因此被尊崇为封建律法的鼻祖。

《法经》一书的原文早已佚失。东汉时桓谭曾在其著作《新论》中辑录、评论过《法经》，但《新论》在南宋时就已经失传。《唐律疏议》及《唐六典》中也只载有《法经》的六篇篇名；唐人撰《晋书·刑法志》时，在其中保存了《法经》的篇目及立法宗旨，但全文只有 108 字；明人董说撰《七国考》，引了东汉桓谭《新论》中有关《法经》的记述，但由于《新论》在南宋时已失传，董说有关记载从何转引而来，也不得考。我们认为应以《晋书·刑法志》最为可靠，其他的可以作为旁证材料。下面仅介绍已确信属于《法经》的部分内容。

《法经》共有六篇：盗法、贼法、囚法、捕法、杂法、具法，由以下三个部分组成：

第一，正律部分，即盗法、贼法、囚法、捕法四篇。其中，盗法是关于惩罚侵犯私有财产犯罪行为法律。贼法是

保护人身安全，惩罚侵害他人人身犯罪的法律。《法经》对盗窃行为规定了较重的刑罚，严重的要处死；拾遗者也要被砍去脚。而杀人者不仅本人要被处死刑，还要籍没其家及妻氏、母氏。囚法是关于囚禁、审判罪犯的法律。捕法是关于追捕盗、贼及其他罪犯的法律规定，秦律中有《捕盗律》有可能是在此基础上发展而来的。遗憾的是这后两篇的具体内容全部佚失。

第二，杂法部分。这是对于前四篇“正律”中盗、贼以外的其他类犯罪的补充规定。据《七国考》载，杂法主要包括六禁与逾制两部分内容。六禁为：淫禁（禁淫乱行为）、狡禁（禁狡诈行为）、城禁（禁越城行为）、嬉禁（禁赌博行为）、徒禁（禁群聚行为）、金禁（禁贪脏行为）。逾制为职官僭越等级行为，也属于禁止范围。

第三，“减法”部分，即具法，也就是关于量刑原则的规定，规定了依不同情节给予轻重不同的处罚，如规定：“罪人年十五以下，罪高三减，罪卑一减；年六十以上，小罪情减，大罪理减”^①。可能因“具法”部分主要是减轻刑罚的规定，因此《七国考》中称为“减律”。

《新论》说：“李悝著《法经》，以为王者之政莫急于盗贼，故其律始于盗、贼”。^②说明《法经》的立法宗旨和首要任务是维护、发展新兴阶级势力的政治、经济利益。此后，历代刑律均以惩治盗、贼作为最主要的内容。其次，《法经》还确立了封建刑律的编纂体例，它的前五篇相当于近代法典的分

① 董说《七国考·魏刑法》。

② 董说《七国考·魏刑法》。

则部分，第六篇相当于近代法典的总则部分，将分则与总则区分开来，以总则殿后，这是法典编纂技术上的一大改进，为以后封建法典的不断完善奠定了基础，著名的汉《九章律》就是以其为蓝本。最后，战国以前的法律通常不称作“法”而叫“刑”，《法经》改刑为法，表明此时封建制的法已具有成文、公开、相对平等适用等特征，反映了法律内容的进步性。

二、《云梦秦简》与秦律

战国时期既是封建改革的时期，也是中国由分裂割据走向统一的时期。各诸侯国中，秦国进行的商鞅变法比其他诸侯国更彻底，改革了落后的社会制度，使经济得到迅速发展，增强了军事上的优势，到公元前 221 年，秦始皇建立了中国历史上第一个统一的中央集权制的封建国家。秦为了巩固统一的成果，建立了相当完备的法律制度。

秦朝是在秦国的基础上建立起来的。战国时，秦国大规模的立法活动起自商鞅变法时期，标志是商鞅借鉴李悝《法经》“改法为律”^①，即以《法经》六篇为蓝本制定了秦刑律，商鞅使中国古代法更前进了一步。秦统一中国后的立法是前一个时期立法的继续，秦始皇 34 年，又在丞相李斯主持下“明法度，定律令”^②，凡事“皆有法式”，莫不“建立法度”^③。

① 《唐律疏议·名例》：“周衰刑重，战国异制。魏文侯师于李悝，集诸国刑典，造《法经》六篇，……商鞅相秦，改法为律”。

② 《史记·李斯列传》。

③ 《史记·秦始皇本记》。

秦始皇死后，秦二世采纳赵高建议“更为法律”^①，使秦法更加严苛，走上超法统治。

秦朝法律原始材料，除《史记》、《汉书》、《战国策》等著作及战国、秦汉学者的其他著述中保存了一部分外，其他的都早已散佚。明朝中董说著《七国考》时，虽列有《秦刑考》，但搜集到的律文极有限。近人程树德作《九朝律考》对秦则是避而不谈，从汉起笔。因此，以前只能根据十分零星的史料对“法治”的秦作不甚完整、不甚准确的了解和推测。这一憾事直到1975年神奇的考古发掘才得以弥补。

1975年12月，我国考古工作者在湖北省云梦县城睡虎地十一号秦墓中发掘出大批保存完好的竹简。经整理，竹简共有1155支，另有残简88片，其中大部分是秦律条文和法律文书。简的长度在23cm到27.8cm间，用细绳分上中下三道顺序编组成册。简文是用毛笔书写的秦代隶书，字迹工整清晰，共约四万余字。这些竹简是曾作过秦地方司法官的墓主喜（死于公元前217年）生前抄录下的随葬品，记载了从商鞅变法到统一全国后（公元前359年—公元前217年）一百多年间秦律的部分内容，主要是战国末期的律书。墓主人抄录这些律书就说明它们是当时通行的法律；它们虽不是秦律的全部，但是我国迄今为止所发现的最早、也是最为系统的秦律，是我们了解秦朝统一前后法制发展情况的第一手材料。这些竹简已由整理小组编成《睡虎地秦墓竹简》一书（文物出版社1978年出版），简称《秦简》或称《云梦秦简》。

《秦简》可以分为十个部分。

① 《史记·秦始皇本纪》。

第一，《秦简》中的律分为三部分：《秦律十八种》、《秦律杂抄》和《效律》，涉及到三十多种秦法规，其中有商鞅颁布的《刑律》、《军爵律》。《秦律十八种》共有竹简 201 支，这是墓主人从 18 种秦律中抄录的法律条文；《效律》共有竹简 60 支，是关于检验帐目、物资及度量衡方面的法律，抄录的内容最为全面（效律的内容在《秦律十八种》中也有部分）；《秦律杂抄》共有竹简 42 支，全是杂抄的秦律条文，主要内容为官吏任免、军战、采矿等方面的法律规定。上述三个部分抄录的都是秦单行法规的原文，多是残缺的，有的仅存一、两条律文，有的只是律名而无律文。

第二、《法律答问》，共有竹简 210 支，问答 187 条。这是秦官方以问答的形式对法律条文（主要是刑律）所作的有效解释。这部分内容说明了商鞅参照李悝《法经》制定的秦律，也分为盗、贼、囚、捕、杂、具六篇，并且较全面地解释了商鞅刑律六篇的各种具体问题，其中有关于犯罪、刑罚、刑罚适用原则和诉讼制度的规定及说明，如：甲盗窃不满一钱，前往乙家，乙没有察觉，问：对乙如何处置。答：对乙不应论罪；但如果乙知道甲盗窃而不捉拿，就应对乙处以罚一盾的刑罚。秦国在商鞅时就有官吏统一解释法律的制度，形成了“以吏为师”的风气；朝廷设置主管法律令的官吏，由他们负责教导人们知法、守法。其他官吏和百姓有权向主管法律令的官吏询问有关法律条文，而主管官吏须依法对此给以明确的答复。并且还要将所问及解答内容写在一块一尺六寸长的“符”片上，注明年、月、日、时，符的左边交给询问者，右边封藏。如主管法律令的官吏不肯回答，一旦询问者后来犯了正是他所询问的那条罪，此时就要依照该条律的