



全国高等学校应用型法学人才培养系列规划精品教材

总主编 / 谈萧

中国法制史

Chinese Legal History

主
编
◎
管
伟



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

- 广东省高等学校教学质量与教学改革工程本科类项目“法学专业综合改革试点”（粤教高函〔2012〕204号）建设成果
- 广东省本科高校教学质量与教学改革工程建设项目“法学专业系列特色教材”（粤教高函〔2014〕97号）建设成果
- 广东教育教学成果奖（高等教育）培育项目“应用型法学人才培养系列精品教材”（粤教高函〔2015〕72号）成果



全国高等学校应用型法学人才培养系列规划精品教材

总主编 / 谈萧

中国法制史

Chinese Legal History

主 编 管 伟

副主编 苗金春

编 者 管 伟

蔡淑燕

刘吉涛

支 强

陈长征

苗金春

王爱清

刘艳丽

李 博

刘吉涛

张 继

陈长征

程 方

许世英



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

中国·武汉

内 容 提 要

本书系全国高等学校应用型法学人才培养系列规划精品教材,并立足应用型本科院校法学教育的现实需求。本书在内容编写上,既注重阐释中国法制史中所涉及的基本概念、基本史实、基本制度,又注重剖析法律制度产生的历史演进过程及该制度在实践中的运用效果和对后世的影响等。在编写体例上,采用以通史为主,并结合专门史来进行的体例安排,既注重介绍每一朝代的法制建设成就,又强调对具体制度的变迁的系统阐释。

本书契合了当今应用型法学高等教育的培养目标,既可作为高等学校法学专业本专科生、研究生学习中国法制史的教材,同时也可作为参加法硕、国家司法考试备考复习教材以及广大法学爱好者学习中国法制史的参考用书。

图书在版编目(CIP)数据

中国法制史/管伟主编. —武汉:华中科技大学出版社,2014.11
全国高等学校应用型法学人才培养系列精品规划教材
ISBN 978-7-5680-0505-0

I. ①中… II. ①管… 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(2014)第 257315 号

中国法制史

管 伟 主 编

策划编辑:周小方

责任编辑:殷 茵

封面设计:刘 卉

责任校对:张会军

责任监印:周治超

出版发行:华中科技大学出版社(中国·武汉)

武昌喻家山 邮编:430074 电话:(027)81321913

录 排:华中科技大学惠友文印中心

印 刷:武汉科源印刷设计有限公司

开 本:787mm×1092mm 1/16

印 张:21.25 插页:2

字 数:516千字

版 次:2015年9月第1版第1次印刷

定 价:39.80元



本书若有印装质量问题,请向出版社营销中心调换
全国免费服务热线:400-6679-118 竭诚为您服务
版权所有 侵权必究

|| 总序 ||

Introduction

近年来,随着法治事业的不断推进,我国各个层次的法学教育蓬勃发展。法学教材建设是法学教育的一个重要环节,当前我国法律实践日益丰富多彩,法学教育的内容更新、方法变化,以及交叉学科的涌现,都对法学教材的建设提出了新要求。

我国法制建设历经 30 余年,各个法律领域的大规模立法活动已基本完成,法制建设已开始向司法角度转型。在此背景下,法学教育也应实现面向司法实践的转型。自 2002 年开始实施国家统一司法考试,我国已建立起严格的司法职业准入制度。面向法律职业培养应用型法学专业人才,是我国绝大部分高校法学院系的核心任务,进入司法实践领域工作,也是绝大部分法学专业毕业生的首要选择。

针对法制建设和法学教育的转型,法学教材必须在理论与实践相结合方面做出更大的努力,以适应司法职业准入和司法实践的需要。为此,我利用我本人所承担的省级法学专业综合改革项目和省级系列法学精品教材建设项目的支持,组织了全国近 50 所高校 100 余名法学教师以及部分律师、法官、检察官,编写了这套“全国高等学校应用型法学人才培养系列规划精品教材”。全套教材约 40 部,包括法学专业主干课程和部分模块课程,统一编写体例,分批推进出版。

本套教材定位于法律职业教育,以法律思维训练和法律事务处理能力培养为导向,通过案例引导、法庭模拟、司考真题、技能训练、纠纷解决等模块和环节设计,配合系统法理和法律知识讲授,致力于打造最有影响力的法律职业教育教材品牌。总结来看,本套教材具有如下六个特点:

1. 注重应用性和时代性

本套教材从编写体例上要求有较强的解决实务问题的针对性,以法律技能培养为主旨。在编写过程中,各教材力争对当今社会生活中的主要法律现象有所反映,并引导学生



用成熟、具有通说性的法学理论加以理解和解释,使教材更贴近现实法律生活,体现时代性,也便于学生理解与掌握。

2. 教学形式的多样化

当前,法学教学方式方法已呈现多样化的趋势,有案例教学法、模拟现场教学法、情景教学法、讲座式教学法等。本套教材在编写过程中充分融入这些教学方法,摒弃了传统教材较死板的叙述讲授式的教学方法。为了配合教师教学和学生自主学习的需要,本套教材还制作了电子课件(PPT)供教学者利用。

3. 教材体例的新颖性

本套教材内容以基本法律概念、法律程序和法律方法等体现实操性的知识、技能为主。教材中穿插体例新颖的多个栏目,如知识目标、能力目标、案例引导、典型判例、情景模拟、背景材料、文化长廊、技能训练、实践活动、练习思考等内容。

4. 教学内容的科学性

本套教材在知识内容编写方面特别注意科学性,概念表述严谨,选取无争议的法律概念和定义阐述相关知识点。每章节教学内容以目标任务为导向,目标任务以项目组或角色扮演的方式加以设计,引导学生完成。

5. 学理上的适当拓展

本套教材的教学内容除了严谨性要求外,在学理上也希冀能有所拓展。按法学理论和法律制度的逻辑顺序展开教材知识内容,同时也利用到其他学科知识、理论与方法作为分析工具,如社会学的田野调查方法,经济学的成本收益分析方法,心理学的需求、动机与行为分析方法等,但它们从属于教材整体法律科学逻辑的需要,避免大量分析性、研究性内容。

6. 适应法律职业资格考试和法律实务技能培养的需要

全套教材充分考虑国家统一司法考试及其他重要法律职业资格考试(如企业法律顾问资格考试)的要求,强调法律实务处理过程,强化技能培养与训练,侧重实操知识介绍,并强调技能与方法介绍的系统性、完整性与模块化。

高校教材及学术著作由于其专业性和学术性,一般很难通过销售来实现收支平衡。除了少量的政府资助项目,高校教材及学术著作在现行体制下缺乏充分的出版服务平台支持。而高校教材及学术著作的作者、读者和使用群体又具备较高的个人素质和良好的发展潜力,为此,我本人一直希望搭建一个高校教材及学术著作写作与民间出版资助的合作平台。希望在此平台上,将民间力量与高校及科研机构的智力资源有效地嫁接在一起,建立一个高校教材及学术著作的自助出版维持机制,改变目前学者及科研人员尤其是人文社会科学学者出版著作完全依赖政府资助的局面,同时利用优秀人文社会科学成果在“全民阅读计划”中的传媒价值,充分回馈民间支持者。

在上述愿景之下,利用我本人主持的有关教学改革项目经费的前期支持,近两年我花

费了很多精力来搭建上述平台。本套教材的出版就是上述平台搭建的一个初步成果。

在我的出版平台思想的鼓舞下,全国近 50 所高校 100 余名法学教授、博士、讲师以及部分律师、法官、检察官,以自己宝贵的智力资源和对法学教育事业的热爱,加入了本套教材的编写团队;华中科技大学出版社和武汉大学出版社,不计一时的市场得失,为本套教材的出版提供了优质的出版服务;指南针、众合、万国等司法考试培训机构及部分教育服务机构,热心教育事业,为本套教材的出版提供了支援。

组织编写和搭建平台工作,其中辛苦与顿挫,自不待言。然而,正是有了前面同仁及机构的鼎力支持,让我感到这个事业是值得坚持下去的。在这里,我要深深感谢他们的付出,并向他们的热忱表达敬意!

谌 莉

2014 年 12 月 15 日于广州工作室

|| 前言 ||

Preface

中国法制史是法学和史学相结合而形成的一门交叉学科,是一门以中国历史上各种类型法律制度的产生、发展变化规律及其法律制度的本质、特点为研究对象的法学基础理论学科。由于中国法制史在整个法学知识结构中的基础作用,以及它在法学教育体系中不可或缺的基础地位,为大学本科学生及其他法学爱好者提供一本能够适应本科阶段学习的实用教材,帮助大家更好地掌握本学科基本知识、基本理论和基本观点就显得尤为重要。从教材建设的角度而言,自恢复法学教育以来,30多年来,中国法制史学科的教材建设可谓是成绩斐然。据不完全统计,自20世纪80年代初至今,仅我国大陆出版的中国法制史教材就有几十种之多。当然,随着研究的深入、学科自身的发展以及时代的进步,特别是当今依法治国的时代主题之下,对于中国法制史的教学内容和要求也不断变化。因此,在紧密配合教育部和中央政法委联合实施的“卓越法律人才教育培养计划”的基础上,从既注重对本学科一般基础知识介绍,又培养学生的创新能力和解决实际问题的能力的角度出发,我们编写了这本教材。现就编写本教材的相关问题说明如下:

一、中国法制史的研究对象

从公元前21世纪夏代起至1949年新中国成立时止,中国法律制度的发展历史绵延不绝,自成体系,这就决定了中国法制史学科研究范围的广泛性。

从横向上讲,从中国四千多年的国家历史发展中,经历了数十个不同国家政权的存在,不同历史时期的王朝在国家政权和法律制度的建设方面也各具特色,因此,中国法制史的研究对象首先应是不同历史时期内不同国家政权所制定的各种类型的法律制度,包括不同历史时期内各种类型政权的立法活动以及立法成果,以及由此而建立的各种法律制度,如行政法律制度、刑事法律制度、民事经济法律制度等。这些静态的法律规范和具体的法律制度,是研究中国历史上法律制度发展线索的基本依据。同时,不同历史时期的司法状况,包括不同国家政权设立的司法机关、诉讼制度和诉讼原则、司法活动以及相关的司法设施,如监狱及其运行状况,以及对法律制度产生过重要影响的法制指导思想等,



也应当成为中国法制史探讨的问题。

从纵向说,在中国四千多年的法制发展史上,中国传统法制的发展经历了三次大规模的转型时期。第一次发生于春秋战国时期。在经过夏商时期中国古代法制的形成和发展时期之后,到西周时期则达到了中国古代奴隶制法制的鼎盛期,确立了礼治的治国方式。至春秋时期,随着生产力的发展和社会的进步,中国古代奴隶制的社会形态开始向封建社会社会形态转型,与此同时,中国古代法也开始了由“秘密法”状态到成文法转变的进程。至秦汉初期,中国古代成文法法律体系得以初步建立,并确立了法治的治国方式。第二次发生于汉代中期。由于儒家思想取代法家思想成为国家治理的指导思想,中国古代法制则开始了它的封建法律儒家化的历史过程。这一过程始自汉武帝时期的“春秋决狱”,历经东汉时期的“引经注律”到魏晋之后的“引经入律”,最终至唐代“一准乎礼”的唐律的出现,标志着封建法律儒家化的完成。同时,这一过程也是中华法系的形成、发展过程,唐律则成为中华法系的典型代表。第三次发生于清末时期。在西力东侵的压力下,从挽救其摇摇欲坠的政权出发,清政权不得已开始了以“预备立宪”为主导的变法修律运动,开启了中国传统法律走向近代化的第一步。在以西方法制为蓝本构建具有近代化色彩的法律体系的同时,盛行几千年的中华法系也宣告解体。从清末迈出法律近代化的第一步开始,并历经南京临时政府、北洋政府和南京国民政府,近代化的法律体系在形式上得以建立。可以说,不同历史时期的法制建设并非是孤立的存在,而总是在继承前期法制建设的基础之上有所创新、有所发展,从而形成了上下四千多年绵延不断的法制发展进程。因此,不同历史时期的法制指导思想的变迁和承上启下的法制变迁状况,也是中国法制史理所当然的研究对象。

二、本教材的编写体例

综观当今中国法制史教材的编写,大多采用历史分期的方式,即以历史存在的主要朝代或一定的历史分期为纲,然后分别介绍不同朝代或不同历史时期的立法状况以及不同类型的法律制度的建设情况。这种编写体例显然是有利于学生掌握不同历史时期法制建设的基本状况,具有一定的合理性和有效性,但也存在着不利于学生宏观上把握中国法制发展历史的纵向变迁、演进脉络的缺点。同时,由于中国法制史知识点众多,而且现有的教材也多以静态的法律制度为阐释重点,对一些法律制度的产生和发展,既缺乏必要的背景知识介绍,更缺乏动态的法律制度运行状况的简介。在有限的学习和教学时数内,难以使学习者建立起对于中国传统法制的立体认识,也使一些应用型本科院校学生无法马上理解,重点难以掌握,达不到立竿见影的教学效果。

基于以上考虑,在编写过程中,本教材在宏观上采用朝代或一定的历史分期为纲的编写体例,在注重阐释中国法制史中所涉及的基本概念、基本史实、基本制度的基础之上,亦注重对于中国法制发展历史的纵向变迁、演进脉络的阐释。全书共分十四章,设章的着眼点在于每一章大约是一个相对独立、完整的知识单元。同时,各章之间又以法制指导思想的演变和法律制度的变迁作为连接,承上启下,前后呼应,形成一个整体。具体而言:第一章为中国古代法律的起源与夏商法律制度,其内容主要从考察中国古代国家的形成特点

来寻找中国古代法律的形成线索及其特点,以及对国家法律制度初建时期的夏、商两朝的影响。自第二章始,主要采取断代史的形式,包括西周法律制度、春秋战国时期法律制度、秦代法律制度、汉代法律制度、三国两晋南北朝法律制度、隋唐法律制度、宋代法律制度、元代法律制度、明代法律制度、清代法律制度,以及中华民国和革命根据地时期法律制度。在每章的具体内容设计上,除了介绍每一时期具体的法制建设成就,比如每一朝代的行政体制建设,立法形式,刑事、民事及司法制度以及立法指导思想及其变迁外,还将重点阐释不同时期之间纵向的制度沿袭与变迁,比如中华法系的形成过程、封建法律儒家化的历史过程、行政体制的变迁过程、十恶大罪等典型的罪名制度、保辜制度、八议制度、五刑制度、会审制度等重要制度的演变与定型以及中国传统法律的近代化变迁等。同时,对于每一朝代新创建的法律制度,如汉之亲亲得相首匿、春秋决狱,宋代出现的折杖法,元代之四等人制度,明新设立的奸党罪等内容,在配之以必要的历史背景知识的基础上予以重点介绍。

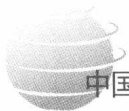
同时,为突出对法律职业能力的培养,强化学生运用知识分析问题能力的训练,本教材在讲述中国法制史中所涉及的基本概念、基本史实、基本制度时,注重结合一定的典型案例的介绍,以求动态地展现中国法制史的全貌。因此,在章节的设计上,在每一章节前均按内容设计有“案例引导”,在每一章节中所涉及的重要的知识点也设有“案例分析”栏目,拓展学生学习视野,引导学生深入思考。

三、学习中国法制史的意义

历史学,包括法律史学,是智慧之学,“欲知大道,必先知史”,即使在社会主义法治建设的今天,同样也离不开对优秀传统法律文化的继承和借鉴。中华民族几千年之所以傲然屹立于世界民族之林,关键就在于中华民族几千年来所形成的适用于本民族的文化和历史传统的支撑。从法制发展史的角度而言,中国古代曾经创立过独特的、符合自己文化环境和社会基础的号称“中华法系”的法律制度和法学体系,形成了独特的法律文化和法律传统,这是我们的一份宝贵精神遗产,其优秀的部分值得我们继承、借鉴和弘扬。因此,研究和学习中国法制史无论对社会主义法治建设,还是了解中国法制发展的历史、拓宽自己的知识结构,都具有非常重要的意义。

首先,我们研究和学习中国法制史的重要意义在于认识中国法律制度的发展规律,总结中国法制历史的经验教训,借鉴、吸收中国历史上法律文化的优秀的、积极的成分,从而为社会主义法治建设服务。

习近平总书记在2014年2月17日省部级主要领导干部学习贯彻十八届三中全会精神全面深化改革专题研讨班开班式上的讲话中指出:“一个国家选择什么样的治理体系,是由这个国家的历史传承、文化传统、经济社会发展水平决定的,是由这个国家的人民决定的。我国今天的国家治理体系,是在我国历史传承、文化传统、经济社会发展的基础上长期发展、渐进改进、内生性演化的结果。”可以说,社会主义法治建设固然离不开对于国外先进的法律制度及理论的借鉴和吸收,但更离不开对中国传统法律资源的整理和总结。不了解历史,就无法把握现实。只有建立在对中国传统法律的演化进程及其影响进行全



面系统的研究和总结的基础上,引导人们对于现行法治建设的种种问题进行深层次的思考,理性地看待和分析当前法治建设中的“本土化”与“国际化”的问题,“依法治国,建设社会主义法治国家”才有可能实现。因此,在打开国门、走向世界的今天,如果只是一味地跟在西方人后面鹦鹉学舌,就只能把自己变成长着东方人面孔的西方人,你只有在了解并认识了自己的法的历史和传统以后,才能与现代的、西方的法加以比较,也只有在进行了一种比较之后,才能真正把握建设具有中国特色的社会主义法治的真谛。所以,学习法的历史使人清醒,使人理智,使人更加理解现实和贴近现实,从而符合马列主义的“实事求是”这一最高标准。

其次,学习法律史学,包括法律思想史和法律制度史,可以完善法学知识结构。

当前,伴随着社会转型时期必然出现的浮躁、急功近利的思想情绪,也影响到法学研究中,其产生的直接后果就是,重部门法学而轻理论法学,重实体法学而轻程序法学,法律史学更被视为“离得太远”,“没有实际用处”而被放置一边。现在正在学习法学的同学大多把毕业后进入司法界工作作为学习的目标,因此,他们认为只要掌握了部门法学也就能成为从事法律工作的专门人才,而有的院系受这种情绪的影响把法律史学的课时一减再减,甚至有的在课程设置时就直接砍掉。这是一种极为短视、缺乏深思熟虑的做法。我们认为,部门法学对于学习法学固然重要,但是,部门法学掌握运用得再熟练,只不过是一个熟练的“工匠”而已,不可能成为职业的法律人,更不可能成为法学家。因为他不具有在法学理论指导下的法思维能力。如果说只掌握了部门法学知识的法学知识结构只能是平面的,那么,同时掌握了法律史学知识的法学知识结构就是立体的。具有这种知识结构的人也就有了一双“透视眼”,他在观察和思考法律现象时,就能够透过现象表面看到隐藏在背后的东西。当前我国的整个司法界缺乏的不是法律的“操盘手”,而是具有深厚理论底蕴的法律人。因为谁都无法否认法学理论对法治建设的指导作用。而法律史学的理论意义,恰恰在于它的深刻的认识价值,即深刻的洞察力。认识过去,把握现在,清醒地预测未来,只能从了解历史开始,别无他途。

目录

Contents

第一章 中国古代法律的起源与夏商法律制度 / 1

第一节 中国古代法律的起源 / 2

第二节 夏代国家及法律制度的形成 / 6

第三节 商代法制概况 / 9

第二章 西周法律制度 / 17

第一节 西周时期的法制指导思想和法制建设 / 18

第二节 宗法制度与西周的国家行政体制 / 23

第三节 西周时期刑事法律制度 / 25

第四节 西周时期民事婚姻法律制度 / 29

第五节 西周时期司法及诉讼法律制度 / 32

第三章 春秋战国时期法律制度 / 39

第一节 春秋时期法律制度的初步转型 / 40

第二节 战国时期法律制度 / 45

第四章 秦代法律制度 / 52

第一节 法家法治理论与秦代法制建设 / 53

第二节 秦代刑律的主要内容和特点 / 58



- 第三节 秦代民事经济立法 / 66
- 第四节 秦代行政法律制度 / 68
- 第五节 秦代司法制度 / 72

第五章 汉代法律制度 / 78

- 第一节 汉代法律指导思想的变迁与立法概况 / 79
- 第二节 汉代刑法制度及刑罚改革 / 83
- 第三节 汉代行政法律制度 / 89
- 第四节 汉代民事、经济法律制度 / 92
- 第五节 汉代司法制度 / 95

第六章 三国两晋南北朝法律制度 / 102

- 第一节 三国两晋南北朝时期法律制度的立法 / 103
- 第二节 三国两晋南北朝时期的律学及立法成就 / 108
- 第三节 行政体制的演变及士族门阀制度的形成 / 114
- 第四节 三国两晋南北朝时期的司法诉讼制度 / 118

第七章 隋唐法律制度 / 123

- 第一节 隋代《开皇律》的制定及其特点 / 124
- 第二节 唐代法制指导思想与立法活动 / 127
- 第三节 唐代行政法律制度 / 133
- 第四节 唐代主要刑事法律制度 / 137
- 第五节 唐代主要民事法律制度 / 148
- 第六节 唐代诉讼审判制度 / 155

第八章 宋代法律制度 / 164

- 第一节 宋代法制指导思想及立法概况 / 166
- 第二节 宋代刑事法律 / 169
- 第三节 宋代民事经济法律 / 171
- 第四节 宋代行政法律制度 / 175
- 第五节 宋代司法制度 / 178

第九章 元代法律制度 / 184

- 第一节 元代立法思想及立法活动 / 185

- 第二节 元代民族分治的行政管理体制 / 189
- 第三节 元代刑事立法的特色 / 192
- 第四节 元代司法机关设置及诉讼制度的特色 / 194

第十章 明代法律制度 / 200

- 第一节 明代法制指导思想与立法概况 / 201
- 第二节 明代行政体制的发展及创新 / 205
- 第三节 明代刑事立法 / 209
- 第四节 明代民事立法 / 213
- 第五节 明代司法制度的发展变化 / 215

第十一章 清代法律制度 / 220

- 第一节 清代法制思想及立法概况 / 221
- 第二节 清代刑事立法的特色与主要内容 / 225
- 第三节 清代民事经济立法概况 / 228
- 第四节 清代行政法律制度 / 231
- 第五节 清代司法制度 / 235

第十二章 清末修律与法律制度的变革 / 242

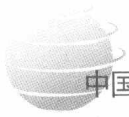
- 第一节 清末“预备立宪” / 244
- 第二节 清末法律制度的修订 / 249
- 第三节 清末司法体制的变化 / 256

第十三章 中华民国法律制度 / 263

- 第一节 中华民国南京临时政府法律制度 / 264
- 第二节 中华民国北洋政府法律制度 / 270
- 第三节 中华民国南京国民政府法律制度 / 276

第十四章 新民主主义时期革命根据地法律制度 / 293

- 第一节 革命根据地宪法性文件的制定活动 / 295
- 第二节 人民民主政权的土地立法 / 298
- 第三节 革命根据地政权的其他立法 / 301
- 第四节 革命根据地政权的司法制度 / 306



各章习题部分参考答案 / 315

参考文献 / 321

后记 / 323

第一章

中国古代法律的起源 与夏商法律制度

【学习目标】



■ 知识目标:

理解中国古代国家和法律的形成线索;
了解中国古代法律起源的特点;
了解夏商时期的神权法思想;
掌握禹刑与商刑的内容及特点;
了解夏商时期的司法制度;
掌握商朝继承制度的发展变化。

■ 能力目标:

能够正确区分夏商神权法思想的异同;
能够在掌握中国古代法律起源特点的基础上分析其对整个古代法律发展的影响作用;
能够在掌握本章内容的基础上对提供的材料进行相应的法律分析。

【案例引导】



《甘誓》与中国第一个王朝——夏王朝的建立

大战于甘,乃召六卿。王曰:“嗟!六事之人,予誓告汝:有扈氏侮五行,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。”

《甘誓》是禹的儿子启在攻伐有扈氏之前所发布的一条军令,也被认为是中国最早的法律形式。《甘誓》颁布的背景是禹的儿子启在禹死后,企图打破上古时期

传统的禅让制而自己世袭即位,这遭到了候任继承人东夷族首领伯益和有扈氏的武装反对,于是双方在甘展开了一场生死大战。为了鼓舞士气和严明军纪,启便颁布了这样一条军令。从《甘誓》内容透露出的诸多信息值得我们进一步思考:其一,启与有扈氏之间的战争并非是简单的一场氏族部落之战,而是代表原始民主制的力量与企图建立王权专制和世袭制力量的历史对决,启战胜了有扈氏则表明,氏族民主制向着国家制度发展符合历史发展的潮流,因而是不可逆转的。其二,《甘誓》以“有扈氏威侮五行,怠弃三正,天用剿绝其命”作为自己师出有名的证据,则表明了未来国家构建指导思想的神权法基调。其三,《甘誓》所提出的“用命,赏于祖。弗用命,戮于社,予则孥戮汝”的赏罚方式则表明,即将建立的国家政治制度必然与氏族父系家长制的宗法制度紧密结合,并使王权与族权在家国一体的社会结构中得到统一。其四,《甘誓》也展现了中国古代法律起源的途径——刑起于兵,战争不仅加强了各级军事领袖的权力和世袭贵族的基础,也促进了法律的形成。

公元前 21 世纪前后,以夏启破坏上古时期传统的禅让制而世袭为王为标志,形成了中国古代最早的国家形式——夏王朝,氏族习惯也相应地被以国家强制力作保障的习惯法所取代,古代中国不但由此迈入了阶级社会,也开始了由习惯法到成文法过渡的漫长历史进程。

第一节 | 中国古代法律的起源

一、中国国家与法律的起源

(一) 国家的产生

国家与法不是从来就有的,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,经历了漫长的历史过程。中国古代国家与法最初萌芽于原始社会末期,是伴随着这一时期人们之间社会关系的日益复杂和社会矛盾的不断尖锐的漫长历史过程而逐渐发展形成的。

根据近年来的考古发现及相关史料的传述,早在五千年前的黄帝时期即已进入到原始社会的末期,中国古代国家即发端于这一时期。这一时期的贫富已经开始分化,社会不仅进入父系氏族社会,而且伴随着频繁的部落战争而开始其历史发展进程。《史记·五帝本纪》中说:“天下有不顺者,黄帝从而征之,平者去之,披山通道,未尝宁居。”这充分表明,自黄帝之时开始的战争已不再是单纯的血族复仇,战争的目的在于掠夺与征服。因此,频繁而残酷的掠夺战争使氏族和部落首领的权力不断得以加强的同时,氏族社会形态也在一步步地向

国家形态转变。主要表现在：

第一，氏族或部落首领的权威开始绝对化。

频繁的部族战争需要法令与绝对服从，从而使部落或氏族军事首长在战争中获得了在和平时期无法获得的权威，战争中的分工，使他们与氏族其他成员平等的关系变成了指挥与被指挥、命令与服从的关系。这种原本暂时的变化随着旷日持久的部落战争而日趋稳定。战时的命令也逐渐演变成平日的行为规范，而这种规范的遵守不再依赖于氏族成员的自觉，而是以军事首长的权威和外在的强制力作为后盾，不遵从者则将受到惩罚，这也正是黄帝被诸侯尊之为“天子”，“天下有不顺者，黄帝从而征之”的原因所在。《国语·鲁语》也有“昔禹致会群神于会稽之山，防风氏后至，禹杀而戮之”的记载。如此种种充分说明了，在这一时期，氏族或部落首领的权威开始绝对化。

第二，开始初步设置公共权力机构治理社会。

部族之间以及后期部落联盟与部落联盟之间频繁的战争，必然需要部族和部落联盟能够为战争提供稳定的支持，因此，在原始社会末期剩余财产已然出现、社会矛盾开始对立的前提下，构建常设的机构对于氏族社会进行管理以为战争提供稳定的后方则成为必然。因此，黄帝“置左右大监，监于万国”，“举风后、力牧、常先、大鸿以治民”，开始有了行政性的官吏。舜时，“举八恺，使主后土……举八元，使布五教于四方”，并明确分职，如令禹为司空、弃为后稷、契为司徒、皋陶作士，行政官员已大致具备。尧时，据《尚书·尧典》记载，已有了掌管四方的官员“四岳”，《尚书·舜典》记载已设立了“十二牧”管理地方，这说明已按地域进行治理。《史记·夏本纪》甚至有“自虞、夏时，贡赋备矣”的记载。

因此，在经历五代上古“帝王”（黄帝、颛顼、帝喾、尧、舜）的发展，至禹治理时期，古代中国社会所经历的由部落战争到国家形成的条件已经初步形成，或言之已经逼近了国家形成的门槛，最后由禹的儿子启通过战争完成了这一转变，建立了中国历史上第一个国家形态——夏王朝。

【案例分析】

防风氏被杀之因

昔禹致会群神于会稽之山，防风氏后至，禹杀而戮之。

——《国语》

自虞、夏时，贡赋备矣。或言禹会诸侯江南，计功而崩，因葬焉，命曰会稽。会稽者，会计也。

——《史记》

上述第一条史料记载了作为部落联盟首领的禹召集各部落首领到会稽山开会，而防风氏较其他首领后到，禹便杀了他并且戮其尸体。禹杀防风氏之因似乎只是其晚到，但对于一部落首领仅因晚至而被杀似乎过于严厉。《史记·夏本纪》的记载则可能透露出其被杀的实质原因，即禹召集各部落首领于会稽之山，目的是考查他们的政绩，即相关的贡赋是否完成，如未完成则杀之，并葬于此处。会稽就是