



薛梅卿 叶峰 著

高等教育出版社

# 中国法制史稿

# 中国法制史稿

張友漁

中国法制史稿

薛梅卿 叶峰 著

\*

高等教育出版社出版

高等教育出版社照排中心照排

新华书店北京科技发行所发行

国防工业出版社印刷厂印刷

\*

开本 850×1168 1/32 印张 16.5 字数 420 000

1990 年 5 月第 1 版 1990 年 5 月第 1 次印刷

印数 0001— 2 7 20

ISBN7-04-002805-0 / C · 12

定价 4.35 元

## 前 言

我们的祖国是一个具有悠久历史和灿烂文化的文明古国。与中华民族社会发展的历史相适应，中国的法律制度曾以其丰富的内容、完整的体系、清晰的脉胳，为世界文物典章宝库增添了珍藏，为人类进步历史作出了贡献，产生了中华民族引以自豪的影响。

法制的发生是人类社会走向文明的重要标志。从神农之世的“无制令”，到三代的“命有司，修法制”，到春秋战国确定：“法者，编著之图籍，设之于官府，而布之于百姓者也。”无须更多的列举，这已足以说明法制的出现和发展是与时代前进的步伐相一致的，而且与国家、官僚机构的形成和发展也是密切相关的。中国法制发展的历史源远流长，自公元前 21 世纪夏朝建立，揭开中国法制史的帷幕，迄于公元 20 世纪新中国社会主义法制的繁荣，历经 4000 多年，因革演变，绵延不断。从宏观上看，中国历史上的法律制度正是沿着国家、政治发展的轨迹，受着社会经济、阶级关系客观存在的制约，而逐步成长的。它先后经历了奴隶制法律制度、封建制法律制度、半殖民地半封建制法律制度和社会主义法律制度四个时期，揭示出法律制度作为上层建筑领域组成部分的普遍规律性。以微观而论，由于受中国国情、民族特性、地理环境以及历史条件的影响，随着国家的统一或分裂，政权的更替或存亡长短、民族的融合或隔阂、政治的开明或专制、立法思想的先进或保守、律学的兴衰以及律学水平之高低等等诸多因素的迥异，使得中国法制历史又自成体系、独具特点，展示出个别发展的特殊规律性，凝成了东方古国法制的典型标本。

新中国建立以后创始的中国法制史，是以马克思主义为指导

的、研究中国法律制度发生、发展过程及其规律性的专门学科。它所包含的内容十分广泛，以断代大法为主线，纵向研究立法、司法制度的系统演变；以刑事、民事、经济、诉讼、监狱诸种法规制度以及宪法等方面，横向展开法制的发展轮廓和特点。所以，它既是历史学中的一门专史，又是法学中的一门通史。

《中国法制史稿》就是阐述中国历史上法律的起源，不同类型、不同时期法律制度发展演变的过程、特点、作用及其规律的浓缩本。它力图运用历史唯物主义的观点、方法阐明和分析法制历史，以史料为依据，着重于纪实。希冀通过法制史这一重要方面，揭示我们国家以往所经历的社会面貌和所走过的漫长道路。

中国法制史是法学体系中一门独立的学科，是法律专业的基础课程。了解、认识自己民族的法律制度发展的历史，对于更好地把握今天、大踏步地迈向新纪元，健全社会主义法制是极为必要的。

在中国历史的长河中，各种政权运用法律手段调整社会关系、治国平天下，有其成功的经验，也有失败的教训；有顺时代而进的作为，也有逆潮流而动的劣举，有建树法制的光辉，也有桎梏新生力量的灰暗，是值得炎黄子孙代代总结的。

要了解法制发展的真实面目，就必须认真地寻根，正确地反思它的历程，而对于它的内容则需要取其精华、去其糟粕、努力革新。历史会赐给我们以民族的智慧、有益的启迪，这对于我们建立中国特色的社会主义法制，促进社会主义法学的发展，都具有理论和实践的意义。

《中国法制史稿》从体例到内容，难免诸多不妥，我们期待着法学界、史学界专家和广大读者的指教！

本书承蒙我国法学界的泰斗——中国法学会名誉会长张友渔教授题名，在此向张老表示深切的谢忱。

作者

1988年10月

# 目 录

## 第一章 我国法律的起源和早期奴隶制法制的发展

|                 |      |
|-----------------|------|
| ——夏朝和商朝的法律制度    | (1)  |
| 第一节 从原始习俗到法律的嬗变 | (2)  |
| 一 我国古代法律的称谓和涵义  | (2)  |
| 二 法律产生前的过渡形态    | (3)  |
| 三 法律产生的途径举隅     | (5)  |
| 第二节 奴隶制法律的产生    | (9)  |
| 一 夏朝奴隶制国家的形成    | (9)  |
| 二 法律的萌芽上升为习惯法   | (10) |
| 三 禹刑及其阶级本质      | (11) |
| 第三节 奴隶制法制的初步发展  | (14) |
| 一 汤刑的制作         | (14) |
| 二 刑名从商          | (15) |
| 三 民事法律规范的初现     | (17) |
| 四 “神判”与“天罚”     | (18) |
| 五 “圜土”和“圜墙”     | (19) |

## 第二章 奴隶制法制的完备和变革

|                      |      |
|----------------------|------|
| ——西周和春秋时期的法律制度       | (21) |
| 第一节 “明德慎罚”与西周立法      | (21) |
| 一 “明德慎罚”和“刑兹无赦”的立法思想 | (21) |
| 二 周公制礼与吕侯作刑          | (22) |
| 第二节 西周的礼和刑的关系        | (24) |
| 一 周礼的内容和基本精神         | (24) |
| 二 礼和刑的关系             | (26) |

|                         |      |
|-------------------------|------|
| 第三节 奴隶制法律体系的形成 .....    | (28) |
| 一 刑事法律规范的发展 .....       | (28) |
| 二 民事法律规范的发达 .....       | (35) |
| 第四节 奴隶制司法制度的完备 .....    | (43) |
| 一 司法机关形成体系 .....        | (43) |
| 二 诉讼审判逐步规范 .....        | (44) |
| 三 行刑制度初步建立 .....        | (47) |
| 第五节 春秋时期成文刑法的公布 .....   | (49) |
| <b>第三章 封建法律制度的形成</b>    |      |
| ——战国和秦朝的法律制度 .....      | (52) |
| 第一节 战国时期各诸侯国的法制改革 ..... | (52) |
| 一 由“礼治”到“法治”的变革 .....   | (52) |
| 二 《法经》的制定及其历史意义 .....   | (54) |
| 第二节 《秦简》与秦律 .....       | (57) |
| 一 《秦简》和秦的法律形式 .....     | (57) |
| 二 秦朝的刑事法律规范 .....       | (61) |
| 三 秦朝的民事和经济管理法规 .....    | (74) |
| 四 秦律的时代特点 .....         | (82) |
| 第三节 统一的封建司法制度的建立 .....  | (84) |
| 一 从皇帝到县令的司法审判权 .....    | (84) |
| 二 案件的受理和审判 .....        | (86) |
| 三 廷尉狱、郡县狱及其管理 .....     | (90) |
| <b>第四章 封建法律制度的确立</b>    |      |
| ——汉朝的法律制度 .....         | (93) |
| 第一节 封建法典规范化 .....       | (93) |
| 一 封建正统法律思想的确立 .....     | (93) |
| 二 基本法律及其地位的确立 .....     | (94) |
| 第二节 封建制度法律化 .....       | (99) |
| 一 关于巩固经济基础方面的法律规定 ..... | (99) |

|                           |       |
|---------------------------|-------|
| 二 关于维护专制中央集权方面的法律规定 ..... | (107) |
| 三 关于维护封建伦理纲常方面的法律规定 ..... | (114) |
| 第三节 封建刑制的初步改革 .....       | (118) |
| 一 文景时期的刑制改革 .....         | (118) |
| 二 改革后的主要刑罚 .....          | (120) |
| 三 刑罚适用的主要原则 .....         | (122) |
| 第四节 汉代的司法制度及其初步儒家化 .....  | (125) |
| 一 皇帝司法权的进一步巩固 .....       | (125) |
| 二 司法权力分散与司法组织的扩大 .....    | (126) |
| 三 基本诉讼程序 .....            | (129) |
| 四 春秋决狱 .....              | (130) |
| 五 天下狱二千余所 .....           | (132) |
| 第五章 封建法律制度的初步发展           |       |
| ——三国两晋南北朝的法律制度 .....      | (134) |
| 第一节 频繁的立法活动 .....         | (134) |
| 一 沿用汉律与制定新律 .....         | (134) |
| 二 晋朝律令的制定及其改革 .....       | (136) |
| 三 承袭晋律的南朝立法 .....         | (137) |
| 四 北朝的立法优于南朝 .....         | (138) |
| 第二节 封建法律的发展变化 .....       | (141) |
| 一 法律形式的进步 .....           | (141) |
| 二 法律内容的发展 .....           | (144) |
| 三 律学的发达 .....             | (150) |
| 第三节 司法制度的演变 .....         | (153) |
| 一 司法机构进一步扩大 .....         | (153) |
| 二 司法审判的变化 .....           | (154) |
| 第六章 封建法律制度的完备             |       |
| ——隋朝和唐朝的法律制度 .....        | (158) |
| 第一节 封建律典的定型化——隋律 .....    | (158) |



|                          |       |
|--------------------------|-------|
| 一 《开皇律》的制定 .....         | (158) |
| 二 封建法典的定型——《开皇律》 .....   | (159) |
| 三 《开皇律》与“开皇之治” .....     | (162) |
| 四 《开皇律》的破坏 .....         | (164) |
| 第二节 封建律典的集大成者——唐律 .....  | (166) |
| 一 唐律与《唐律疏议》 .....        | (166) |
| 二 《唐律疏议》的基本内容 .....      | (172) |
| 三 唐律的历史地位 .....          | (203) |
| 四 唐律“一准乎礼”、“得古今之平” ..... | (204) |
| <b>第七章 封建法律制度的再建与多元化</b> |       |
| ——五代宋辽金元的法律制度 .....      | (213) |
| 第一节 封建法律制度的倒退 .....      | (213) |
| 一 律的地位下降 .....           | (213) |
| 二 法网严密 刑罚残刻 .....        | (215) |
| 三 司法混乱 州镇专杀 .....        | (216) |
| 第二节 统一的封建法制的重建 .....     | (217) |
| 一 《宋刑统》及其特点与地位 .....     | (217) |
| 二 集权令、编敕与编例 .....        | (233) |
| 三 高度中央集权化的司法制度 .....     | (239) |
| 第三节 封建法律制度的多元化 .....     | (246) |
| 一 契丹法和汉法的融合 .....        | (246) |
| 二 女真法与汉法的融合 .....        | (250) |
| 三 蒙古法与汉法的融合 .....        | (255) |
| <b>第八章 封建法律制度的进一步发展</b>  |       |
| ——明朝的法律制度 .....          | (270) |
| 第一节 律、诰、例、典的编纂 .....     | (270) |
| 一 确立重典治国的立法思想 .....      | (270) |
| 二 制定《大明律》 .....          | (271) |
| 三 编辑《明大诰》 .....          | (275) |

|     |                                             |       |
|-----|---------------------------------------------|-------|
| 四   | 删修条例 .....                                  | (277) |
| 五   | 汇编《大明会典》 .....                              | (278) |
| 第二节 | 封建君主专制法律的强化 .....                           | (279) |
| 一   | 增设五刑之外的酷刑 .....                             | (279) |
| 二   | 加重惩罚危害封建政权的行为 .....                         | (281) |
| 三   | 严法整肃吏治 .....                                | (284) |
| 四   | 加强经济法律规范 .....                              | (290) |
| 第三节 | 封建司法制度的完备与畸型发展 .....                        | (294) |
| 一   | 司法制度进一步发展和严密 .....                          | (294) |
| 二   | 皇帝法外用刑 .....                                | (303) |
| 三   | 宦官特务司法 .....                                | (307) |
| 第九章 | 封建法律制度的终结与半殖民地半封建法律制度<br>的开始——清朝的法律制度 ..... | (312) |
| 第一节 | 鸦片战争前清朝的法律制度 .....                          | (312) |
| 一   | 律例和会典的编纂 .....                              | (312) |
| 二   | 封建法律内容的最后演变 .....                           | (318) |
| 三   | 封建司法制度的发展变化 .....                           | (330) |
| 第二节 | 鸦片战争后清朝的法律制度 .....                          | (336) |
| 一   | 独立的部门法的制定 .....                             | (336) |
| 二   | 清末立法的主要特点 .....                             | (350) |
| 三   | 清末司法制度的变化 .....                             | (357) |
| 第十章 | 半殖民地半封建法律制度的发展和完备<br>——中华民国的法律制度 .....      | (366) |
| 第一节 | 资产阶级民主法制的尝试 .....                           | (367) |
| 一   | 南京临时政府的立法概况 .....                           | (367) |
| 二   | 《中华民国临时约法》 .....                            | (369) |
| 三   | 南京临时政府的主要法令 .....                           | (374) |
| 第二节 | 半殖民地半封建法律制度的发展 .....                        | (380) |
| 一   | 北洋军阀政府的制宪活动 .....                           | (380) |

|                          |       |
|--------------------------|-------|
| 二 清末法律的援用和删修 .....       | (385) |
| 三 半殖民地半封建司法制度的发展 .....   | (393) |
| 第三节 半殖民地半封建法律制度的完备 ..... | (397) |
| 一 国民党政府“法统”的形成 .....     | (397) |
| 二 《六法全书》的基本内容及其特点 .....  | (404) |
| 三 半殖民地半封建司法制度的完备 .....   | (425) |

## 第十一章 社会主义法律制度的诞生和发展

|                              |       |
|------------------------------|-------|
| ——中华人民共和国的法律制度 .....         | (438) |
| 第一节 社会主义法律制度的萌芽 .....        | (439) |
| 一 革命根据地的宪法性文件 .....          | (439) |
| 二 革命根据地的法规 .....             | (445) |
| 三 革命根据地的司法 .....             | (451) |
| 第二节 中华人民共和国初期法制建设概况 .....    | (454) |
| 一 法制建设的主要成就 .....            | (454) |
| 二 社会主义法制建设的发展阶段 .....        | (458) |
| 三 中华人民共和国初期法制建设的经验教训 .....   | (460) |
| 第三节 中华人民共和国初期的主要立法 .....     | (468) |
| 一 宪法 .....                   | (468) |
| 二 刑法 .....                   | (475) |
| 三 民法 .....                   | (484) |
| 第四节 社会主义司法制度 .....           | (496) |
| 一 有关司法制度的立法及司法组织的建立与发展 ..... | (496) |
| 二 审判、检察制度的建立与发展 .....        | (502) |
| 三 监狱和劳动改造制度的建立与发展 .....      | (511) |
| 四 律师公证制度的建立与发展 .....         | (514) |

# 第一章 我国法律的起源和早期奴隶制法制的发展——夏朝和商朝的法律制度 (公元前 21 世纪—11 世纪)

在现代汉语中，“法律”一词有广狭两种含义，狭义的法律仅指国家立法机关制定的规范性文件，如宪法、刑法、民法等。广义的法律则泛指国家制定或认可的各种行为规范，包括法律、法令、条例、章程、规则等。中国法制史上所说的法律，就兼具广狭两种意义。

就法律的本质属性和特征而言，所谓法律，通常是指由国家制定或认可，体现统治阶级意志，以国家强制力保证实施的行为规范的总和。因此，这种意义上的法律是随着国家的产生而产生的。公元前 21 世纪建立的夏王朝，是我国历史上第一个奴隶制国家，我国的法律也肇始于夏。经过殷商、西周至春秋时期，完成了我国奴隶制法律的发展过程。其中代夏而起的商朝，奴隶制的政治、经济已有所进步，奴隶制的法制也得到一定的发展。由于时代古远，原始史料缺乏，我们仅能通过古文献和考古资料中的有关记载进行分析，对我国法律的起源和奴隶制法制的初步发展勾勒出一个基本轮廓。

## 第一节 从原始习俗到法律的嬗变

### 一 我国古代法律的称谓和涵义

在我国古代，“法”和“律”是分开使用的。古籍中有很多表示法律名称的字、词，据《尔雅·释诂》所载有典、彝、法、刑、范、矩、恒、律、秩、宪、辟等等<sup>①</sup>，都指的是法律。然而，关于古代的基本法或重要法律，在每个历史时期又都有一个比较一致的称谓，夏、商、西周叫“刑”，春秋、战国交替时期称“法”，秦商鞅改法为律以后谓“律”。这些名称有时也泛指该历史时期的所有法律，并可通用。

刑，最早有两种意义。一是单纯的杀戮。《说文》刀部：“刑，剉也。”一是刑罚犯罪。《说文》井部：“荆，罚罪也。”后来，刑和荆演变为一个“刑”字，表示惩罚犯罪的法规，泛指国家的全部法律。如宋陈彭年《玉篇》载：“刑，法也，罚总名也。”<sup>②</sup>《左传·昭公六年》：“夏有乱政，而作禹刑；商有乱政，而作汤刑；周有乱政，而作九刑。”可见，“刑”是三代刑法的总称。

法，最初写作“金”<sup>③</sup>，表示规范人们言行的准则。《尔雅·释诂》：“法，常也。”<sup>④</sup>后来，为了适应司法实践的需要以及反映当时司法的实际和特征，创造了另一个象形的法字，写作“灋”。一方面与刑相通，另一方面突出法律和司法的公正性，即不偏不倚的法律，由正直化身的神兽来帮助实施。《说文》：“灋，刑也，平之如水，从水；廌所以触不直者去之，从去。”<sup>⑤</sup>廌，即獬豸，

①④《尔雅》卷一《释诂·上》。

②《大广益会玉篇》卷十七，刀部。

③《说文》，十上，A部。

⑤“灋”字由三个部分组成：水，意即执法公平如水；廌（音稚），据传古代审判时，用以裁决胜败、有罪无罪的一种独角神兽；去，对于廌角所触及的一方，裁断为不正直、不合理而弃去。

也作𧈧𧈧，一种独角兽，实际上是犀牛。《论衡·是应篇》就有以麋断狱的记载，“𧈧𧈧者，一角之羊，性知有罪，皋陶治狱，其罪疑者，令羊触之，有罪则触，无罪则不触，斯盖天生一角圣兽，助狱为验。”春秋战国之际，法已被广泛运用，如晋国有“夷搜之法”<sup>①</sup>，魏国有《法经》。<sup>②</sup>

律，最初是指调整乐器音调的工具。《说文》：“律，均布也。”<sup>③</sup>后来，借作法律，比喻如调音律一样均平调整人们的行为归于一统，普遍适用。《正韵》：“律吕万法所出，故法令谓之律。”《释名》：“律，累也，累人心使不放肆也。”律与法也可通用。《唐律疏议》就说：“律者，训铨，训法也。”<sup>④</sup>《尚书大传》注也说“法亦律也。”自商鞅将《法经》的篇名从法改为律以后，历代封建王朝的基本法律多以律相称，只有宋、元例外。

## 二 法律产生前的过渡形态

法律不是在某一天早上突然产生的，从无法律的原始社会到奴隶制法律的产生，经历了一个漫长的孕育法律的过渡时期。在我国历史上，这个时期可以追溯到传说中的黄帝时代，经尧、舜直到夏禹，中间持续了数百年之久。在这个过渡时期中所出现的既非纯粹的原始习俗也非奴隶制的法律规范，就是法律产生前的过渡形态，我们称之为奴隶制法律的胚胎或萌芽。

早在一百万年以前，我们远古的祖先就开始劳动、生息、繁衍在祖国辽阔富饶的土地上，过着没有国家也不用法律的原始社会生活。这个社会“没有军队、宪兵和警察，没有贵族、国王、

---

①《左传·文公六年》。

②董说：《七国考》，中华书局，1956年版，第366—367页。

③《说文》，二下，彳部。

④《唐律疏议》卷一《名例》。

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”<sup>①</sup>。据古代文献记载，当时“刑政不用而治，甲兵不起而王”<sup>②</sup>；“厚赏不行，重罚不用而民自治”<sup>③</sup>；“无制令而民从”<sup>④</sup>，即不用刑罚，无须制令，众民相安，社会就得以治理。“是故，谋闭而不兴，盗窃乱贼而不作”<sup>⑤</sup>。这种没有国家和法律强制力而治理有序的“大同”之世，随着私有制和阶级的产生而逐步解体了，国家和法律则随之孕育而生。这个孕育过程表明，氏族社会成员在长期共同劳动和生活中形成的制约人们行为的传统习俗逐渐在发生着重大的变化。

历史上的传说反映了这种状况。《淮南子·览冥训》说：“昔者皇帝治天下……法令明而不闇。”《慎子·学内》和《尹文子·大道》还说，仁、义、礼、乐、名、法、刑、赏，是当时的“治术之术”。《汉书·胡建传》记载：“《黄帝李法》曰：‘壁垒已定，穿窬不由路，是谓奸人，奸人者杀’。”据颜师古注说：“李者，法官之号也，总主征伐刑戮之事也，故称其书曰《李法》。”<sup>⑥</sup>认为黄帝时不仅有“法律”，而且有“法官”。

唐尧时代已有“刑”和“法”，《礼记·祭法》和《国语·鲁语》就说尧能“均刑法”。当时的蚩尤也有“刑”或“法”，《尚书·吕刑》说：苗族首领蚩尤“制以刑”，作劓、刵、殛、黥，即割鼻、割耳、去势和脸上刺字等，“五虐之刑曰法”。

到了虞舜时代，这类传说更为具体。首先，统一“法律”，《尚书·舜典》说，舜“同律度量衡”，马融注说：“律者，法也。”

---

①恩格斯：《家庭、私有制和国家的起源》，《马克思恩格斯选集》第四卷上册，人民出版社，1975年版，第92页。

②《商君书》卷四《画策》。

③《韩非子》卷十九《五蠹》。

④《淮南子》卷十三《汜论训》。

⑤《礼记》卷九《礼运》。

⑥《汉书》卷六十七《胡建传》。

《舜典》又说，舜“修五礼”，即使原始习俗规范化。《舜典》还记载，舜“象以典刑”。一种说法，象，有铭刻、刻画之意；典刑，即常刑、五刑。“象以典刑”即在器物上刻录法律规定和各种刑罚手段的内容，公布于众。另一说法，凡处五刑者，都用衣冠色质的不同表示象征性的惩罚。其次，设立刑罚。《舜典》说：“流宥五刑，鞭作官刑，扑作教刑，金作赎刑。”即用流刑宽宥五刑的罪犯，用鞭刑惩治官吏的过错，用扑刑处罚学生徒弟不勤道业的行为，并允许以罚金赎罪。舜还对共工、欢兜、三苗、鲧实施过流放刑。第三，形成了区分犯罪的故意与过失的原则、惯犯与偶犯的原则以及同罪不同罚的原则。《舜典》说：“眚灾肆赦，怙终贼刑。”（眚，音省，过失；灾，害；肆，缓刑；怙终，一贯；贼，杀）意即如果是因为过失或偶然犯罪的，可以缓刑或赦免，如果是故意或一贯犯罪的，则当刑杀或严厉惩罚。《舜典》还说，对于死刑犯，罪大恶极者在郊野行刑；大夫和士则分别在朝、市内行刑，即所谓“五服三就”。第四，设置司法机关。《舜典》记载，舜任命皋陶充当司法官，对皋陶说：“汝作士”。士，亦称理、大理，即司法机关和司法官的名称。《淮南子·主术训》：“皋陶瘠而为大理，天下无虐刑。”第五，创立了监狱。史游《急就篇》说：“皋陶造狱法律存。”不仅反映了虞舜时代有法有狱，而且把立法官、司法官、造狱者三位一体，集中于皋陶一身。

上述传说虽系推测之辞，不免有后人附会、宣染和臆度的成分，但在某种程度上反映了法律产生前的状态。这种现象已为夏朝奴隶制法律的形成作了重要准备，也是奴隶制法律产生和演变的重要基础。

### 三 法律产生的途径举例

#### 1、刑始于兵

史载，我国古代的法律最先是在军事领域里出现的，即所谓的“刑始于兵”说。《辽史·刑法志》明确地提到：“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。”追根溯源，在理论上最早提出这种说法的，当推东汉应劭注《汉书》时所说的“兵狱同制”<sup>①</sup>，近现代的一些史学家和法学家也承继其说<sup>②</sup>。

“兵狱同制”、“刑始于兵”，可以认为是有其史实依据的。相传我国最早的法律——《黄帝李法》，就是军法；最早的法官士或理，也是军官的名称，传说皋陶就兼负职掌兵、刑的双重任务，如《尚书·舜典》记载，舜任命皋陶兼负制裁“蛮夷猾夏”和“寇贼奸宄”的职责，而且首先是服务于对外族的战争；据传，刑罚的创制者之一——蚩尤，就是最高军事指挥者，《尚书·吕刑》把五刑的创制就上溯到蚩尤；按史籍所载，最早的刑，本是军事行动，最初刑罚的目的——“报虐以威”，就是军事镇压，《国语·鲁语》说“大刑用甲兵。”《通典》说：“黄帝以兵定天下，此刑之大者。”《汉书·刑法志》说，唐虞之际流放四凶，即军事行动。

历史经验也证明，许多经济、政治制度和规则的创立，都源于军事斗争的需要。马克思说过：“一般说来，军队在经济的发展中起着重要的作用，例如，薪金最初就完全是在古代军队中发展起来的。同样，罗马人的军营里的财产是承认非家长的动产的第一种法律形式。”<sup>③</sup>原始社会末期，由于原始公有制形式与生产力发展的矛盾日益加深，生产和生活资料分配方面的矛盾也逐渐扩大，于是氏族部落之间的掠夺性的战争发生了，而且随着社会分化成对抗的阶级和部分氏族首领的权势增强，“战争成为经常的

---

① 《汉书》卷二十三《刑法志》注。

② 陆绍明：《兵成为法之源论》，载《国粹学报》16期；章炳麟：《古官制发源于法史说》，见章氏丛书《文录·官制索引》；顾颉刚《古代兵刑无别》，收在其《史林杂记》（初编）中；张警，其作见高等学校法学试用教材《中国法制史》第一章。

③ 《马克思恩格斯全集》第29卷，人民出版社，1965年版，第183页。