

总主编 ▽ 张晋藩

# 中国法制通史

本卷主编 ▽ 蒲坚

第一卷

夏 商 周

法 律 出 版 社

社

版

出

律

法

总主编 ▼ 张晋藩

# 中国法制通史

第一卷

夏商周

本卷主编 ▼ 蒲坚

副主编 ▼ 马小红

李力

## 图书在版编目(CIP)数据

中国法制通史/张晋藩主编. - 北京:法律出版社, 1998. 12

ISBN 7-5036-2373-X

I. 中… II. 张… III. 法制史-中国 IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 04301 号

---

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/深圳当纳利旭日印刷有限公司

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/220.875 字数/5099 千

---

版本/1999 年 1 月第 1 版 1999 年 1 月第 1 次印刷

印数/0,001-3,000 册

---

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有, 侵权必究。

---

书号: ISBN7-5036-2373-X/D·1991

定价: 780.00 元(全十卷)

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

## 撰稿人(以撰写章节为序):

- **蒲 坚** 绪言, 第二章第二、五节, 第三章第二、五节, 第四章第二、七节, 第五章第四、六节
- **李明德** 第一章第一节至第四节
- **李 力** 第一章第五节, 第二章第一、三、四节, 第三章第一、三、四节, 第四章第一、三、四节, 第五章第一、二、三、五节
- **苏彭年** 第二章第六节, 第三章第六节, 第四章第八节, 第五章第七节
- **胡留元、冯卓慧** 第四章第五、六节
- **马小红** 第二章第七节, 第三章第七节, 第五章第八节
- **马小红、杜 鹏** 第四章第九节

## 总 序

中国是世界上著名的文明古国，中国法制的历史至少是公元前 21 世纪的夏代揭开序幕的，而且经过四千多年没有中断的发展过程，以沿革清晰、内容丰富、影响深广、特点突出而被公认为世界五大法系之一——中华法系。在中国漫长的封建社会，虽然囿于专制主义的束缚，但研究法制的律学家仍代有人出。至 20 世纪初期，清朝政府在推行“新政”的同时，下令修订法律。当时担任修订法律大臣的沈家本，根据“参古酌今，会通中西”的方针，一方面积极引进资产阶级国家的法律，另一方面也注意总结中国法制的历史经验。在这以后，出现了一批研究中国法制史的学者。也就是在这一段时期，日本学者浅井虎夫编写了《中国法典编纂沿革史》、东川德治编写了《中国法制史研究》等著作。综观陈顾远、杨鸿烈等人撰著的中国法制史，虽然搜集了丰富的资料，取得了一定的成就，但还未能科学地分析中国法制的历史现象，得出应有的规律性认识。

中华人民共和国成立以后，创建了以马克思主义的世界观和

方法论为指导的中国法制史学，成为社会主义法学体系中的重要组成部分，也是高等政法院校必修的一门基础课，它的任务就是揭示中国各种类型的法律制度的产生、发展、演变的规律，总结历史的经验为社会主义法制建设服务。

史无前例的“文化大革命”使得初创的中国法制史学也遭受了巨大顿挫。如果说30年代汉学的中心一度在德国，那么60—70年代研究中国法制历史最活跃的并不是中国。

粉碎“四人帮”之后，中国知识界迎来了学术研究的春天，法学战线也开始了新的进军。1979年9月在长春成立了中国法律史学会，我向学会提出了编写中国法制通史（多卷本）专著的设计。当时深深感觉到以中国为摇篮的中国法制史学的研究却落后于其他国家和地区。外国学者热心研究中国法制史是值得欢迎的，对他们的成果应予以重视。但我们自己更应感到肩上担子的份量，激起奋发图强的雄心。30年代我国爱国的历史学家为了夺回汉学中心，曾经付出了极大的努力，取得了辉煌的成就，造就了一代卓越的史学家。今天面对尖锐的挑战，如果我们只满足于前人的成果，甚至让我们的后代向外国学者学习中国法制史，岂不是一种罪过！因此，编写中国法制通史（多卷本），是时代的需要，法制建设的需要，是义不容辞的历史责任！

不仅如此，在悠久的中国法制历史中，凝聚着治国理政的丰富经验和智慧，集中体现了中华民族的精神。尽管时移势易，沧桑变换，但其中依然蕴藏着产生新智慧、创造新经验的深厚的文化底蕴。历史不容割断，也不能割断，研究历史的目的，归根结底是为现实提供借鉴。以马克思主义为指导思想的中国法制史学，不仅要科学地说明中国历史上各种类型的法制的性质，揭示其固

有的规律，而且要批判地吸取前人的经验，为健全和完善社会主义的法制服务。

为了编写中国法制通史（多卷本），我在会上提出了以下几点设想：

首先，要解决与建立科学体系有关的一些问题。

（一）严格审定研究的对象和研究的范围，改变过去存在的对象不清、内容庞杂的倾向。中国法制史的研究对象决定了它不应泛论国家制度的各个方面，而应着重研究各种类型的法律制度的本质、特点及其司法活动。

（二）把法律的内容、法制的变迁与同一时代的经济基础、阶级结构的变化有机地揉合在一起，借以阐明其内在联系和相互关系，作出符合历史真实的科学评价。

（三）不仅要从典章文献入手研究法制史，而且还要从国家活动中去把握法制的本质与规律。

（四）研究法制史也要见人物、见思想，这不仅有助于了解法制本身，还可以从中看到法制发展的思想动因、时代的特征和阶级的意向。

其次，要以坚实的专题研究为基础。

编写中国法制通史（多卷本）是一项艰巨的科学研究工作，它的完成不仅会赢得国内法学界、史学界的重视，也将为世界法史学者所瞩目。因此，它应该代表我国对中国法制史研究的水平，反映出国内外的最新的研究成果。因此，编写中国法制通史（多卷本），需要在全面规划、统筹安排之下，积极开展专题研究。我针对中国法制史在漫长的发展过程中所形成的特点，提出研究以下十个问题：（1）中国国家和法起源的具体途径；（2）封建专制主

义的政治制度二千多年来螺旋上升的基础、历史作用与深远影响；(3) 儒家（包括宋明理学家）提倡的纲常名教对于立法与司法的影响；(4) 以保障家长统治权为中心的家法、族规在整个法律体系中的地位；(5) 民刑不分、诸法合体的成因与它所反映的社会关系；(6) 法治、人治、礼治、德治的相互为用；(7) 中央政府对少数民族地区司法管辖的深入，对巩固统一多民族国家的作用；(8) 明清刑名书吏对诉讼的操纵；(9) 西方资产阶级法制的影响及其在中国的变异；(10) 社会主义法制发展的道路和特点；等等。

再次，要大力发掘、整理、编纂中国法制史料，包括地下文物、社会习惯调查、历史档案、私家笔记、檄文、告示、口号、规约、教义、军律等等。在浩瀚的中国法制史料中，有些需要辨伪、审定，有些需要酌加注释，因而也是一项不可等闲视之的科研工作。如果从甲骨文中有关法律问题编起，可以想见其卷帙的浩繁。因此，必须组织力量，通盘规划，分工合作，积极落实。这项工作对于编写中国法制通史（多卷本）具有极其重要的意义。

最后，建议中国法制通史（多卷本）的规模，从中国法制起源到新中国成立止，共十卷，五百万字。

以上设想得到与会同志一致赞同，并切盼尽快落实。1980年1月，我主持召开了第一次编写会议，出席二十余人，这二十余人也就是当时从事中国法制史教学研究的全部人数，经过三天讨论，明确了编写中的许多细节问题，但同时也认识到无论人力、财力、研究的基础、资料的状况，都不具备立即开展这一浩大工程的条件，只能推迟，以俟条件成熟。

1985年春召开了第二次编写会议，时隔五年，情况有了显著改善。编写中国法制通史多卷本被列入国家七五科研规划并得到



了资助，研究力量也已有了迅速地充实。在这次会议上确定了总主编和各分卷主编，明确了计划要求和出版事宜。

由于这是一项艰巨的科研工程，难度很大，七五规划期内未能完成，经过有关机关审定再次纳入八五规划，这期间又面临学术著作“出版难”的问题，直至1995年仅出版了两卷。现在，中国法制通史（多卷本）共十卷，已经全部问世。其中体现了中国古代法律体系诸法并存、民刑有分的认识，各卷分别撰写了行政法律、民事法律、经济法律、刑事法律、诉讼法律等。同时也根据中华法系在文化上的多源头和少数民族的贡献，加强了有关的论述。

十几年来有些编委已经退休，有些由于某种原因已无暇从事这项工作，有一位主编已经谢世，但是这套宏篇巨著毕竟问世了。一大批年青的研究者成长成熟了，他们成为重要的撰写力量。在这里，特别需要感谢法律出版社的领导同志，他们以极大的魄力，将这十卷书一并推向社会，这是为发展中国法制史学、弘扬传统的法律文化、繁荣社会主义的法苑，作出的巨大贡献。我谨代表全书撰稿人表示深挚的谢忱。

十卷本的中国法制通史出版了，了却同志们一桩心愿，但研究工作正未有穷期，我们要在听取读者的批评建议之后，思考着如何在再版中改进提高，我们要持之以恒地为中国法制史学的兴旺发达而夙兴夜寐，极尽绵薄。

张晋藩

1998年12月

## 绪 言

夏商周法制史包括夏、商、西周和春秋的法律制度。公元前770年周平王迁都雒邑，西周灭亡，东周建立。从此以后到公元前475年，人们习惯地根据鲁国史书《春秋》把这段时间称之为春秋时期。然而这一时期周天子名义上还处于天下“共主”的地位，所以本卷定为“夏商周”卷。

本卷首先碰到的是中国法律起源问题。这里说的法律是指阶级社会作为上升为法律的统治阶级的意志，并由国家强制执行的法律。那末，中国又是何时进入阶级社会产生国家的？学术界有不同意见，绝大多数学者认为中国从夏朝开始进入阶级社会，建立第一个奴隶制国家。但也有的学者根据大汶口的考古发掘发现在陶器上刻有不同的符号，认为这是“已经很进步的文字”<sup>①</sup>，这种“颇

---

<sup>①</sup> 唐兰：《从大汶口文化的陶器文字看我国最早文化的年代》，《光明日报》1977年7月14日。

为进步的文字，就是这时已经是奴隶制国家的一个重要证据。”<sup>①</sup>据此，中国奴隶社会的上限，应该远在五、六千年以前。

我们认为，同其他事物发展规律一样，社会发展从原始社会到奴隶社会的发展，也有一个由量变到质变的过程，在这期间有一个过渡阶段，这个阶段是从父系原始公社后期开始的。在我国，从考古发掘来看，我国父系氏族公社所代表的文化层，在中原地区主要是龙山文化和大汶口文化。在山东泰安大汶口基地发掘中，发现有些墓穴里，都有不同数量的猪下颚骨，这表明牲畜已成为私有财产，因而以此作为衡量私有财产多寡的标志。有的随葬陶器在二、三十件以上，最多的达一百八十多件，在少数墓穴里还有随葬的玉铲、骨牙雕等精致的贵重物品。但有的墓穴里则只有少量甚至没有任何随葬品。值得注意的是，在那些随葬品较多的墓穴里，大都有几件生产工具，说明当时尽管贫富分化已经很悬殊，但富有者仍然没有完全脱离劳动。

随着私有财产的发展，在一些富有者的意识里，逐渐产生了私有观念。这时，带有掠夺性的战争开始发生了。《史记·五帝本纪》有这样一段记载：“轩辕之时，神农氏世衰，诸侯相侵伐，暴虐百姓，而神农氏弗能征。于是轩辕乃习用干戈，以征不享，诸侯咸来宾从。”黄帝号轩辕氏，与其他部落发生的较大的战争有两次，第一次是“与炎帝战于阪泉之野，三战，然后得其志。”第二次是与蚩尤战于涿鹿之野，蚩尤战败，被黄帝擒杀。黄帝接连打了胜仗。在这种情况下，一些氏族或部落为了在战争中取胜或保存自己，往往结成

---

<sup>①</sup> 唐兰：《再论大汶口文化的社会性质和大汶口陶器文字》，《光明日报》1978年2月23日。

部落联盟,据说共工氏为了与蚩尤作战,曾与有熊氏结成部落联盟。应该看到,尽管当时战争的发生与私有财产的出现分不开,但从整体来说,财富还属于氏族或部落公共所有。《国语·鲁语上》说:黄帝能“明民共财”,就是说当时还实行原始共产制。同时,也还没有出现由于战争的胜负,胜利者对战败者奴役的现象。氏族部落中的一些重大事务,都要大家共同商议,这种制度在黄帝以后的尧、舜时期仍然如此。当时作为部落联盟首领的尧、舜,对于一些重大事务,如氏族部落首领人选和领导治理洪水的人选问题等,都要与四岳共同商议。可见,四岳具有恩格斯所说的军事民主制的氏族社会的联盟议事会议的性质。这个议事会,是原始氏族社会的最高权力机关,在处理氏族社会的重大事务中起着重要作用,反映了原始社会的民主制。但是,随着氏族部落首领所拥有的财富的增多,他们的权势也不断扩大,有些重大问题往往不通过议事会而擅自决定,这种情况在舜的后期已经表露出来。《史记·夏本纪》说:“帝舜荐禹于天,为嗣”,说明舜未同四岳商议,便直接推举禹为自己的继承人。又说,禹死后,“以天下授益”。也未同四岳商议。禹在世时,在一次部落首领大会上,“防风氏后至,禹杀而戮之。”<sup>①</sup>说明禹已有擅杀的权威。所有这些,预示着这个曾经在原始社会起过重要作用的联盟议事会,已完成它的历史任务,我国社会即将跨入阶级社会的门槛。正如有的学者所说:“在大汶口文化陶器上所发现的原始文字,寥寥数字,虽不是作为文明时代到来的标志,但它至少

<sup>①</sup> 《国语·鲁语下》。

是一个文明时代即将到来的信息。”<sup>①</sup>

从目前所掌握的资料来看,我们认为,夏朝开始建立我国第一个奴隶制国家,“启”是这个国家的开创者。也就是说,从“启”开始,我国便正式进入阶级社会。这个阶级社会最重要的标志是建立了凌驾于社会之上的暴力机构——奴隶主阶级专政的国家。

在“启”之前,“禹”作为部落联盟的首领,虽然发展到具有氏族显贵的地位,据说还亲自手持工具,“沐甚雨,栉疾风”,“身执耒耜,以为民先”,<sup>②</sup> 仍然没有完全脱离劳动,没有完全脱离人民大众。更由于传统习惯,“以天下授益”。但是禹死后,他的儿子启却凭借他的威望和既得的权力,联合“友党攻益而夺之天下。”<sup>③</sup> “益干启位,启杀之。”<sup>④</sup> 通过暴力手段夺取了政权。正如马克思在《摩尔根〈古代社会〉一书摘要》中所说的:“世袭继承制在凡是最初出现的地方,都是暴力(篡夺)的结果,而不是人民的自动许可。”<sup>⑤</sup> 可见,从启开始,“大人世及以为礼”,“天下为公”的“大同”社会,便进入“天下为家”的“小康”社会。而这一过程是通过暴力实现的。

启是我国奴隶社会的第一个帝王。我国古书上虽然把尧、舜、禹等部落联盟的首领,按照后世阶级社会的名称称为“帝”或“王”,但在记述他们的生活情况时,则说他们是亲自耕稼,“以为民先”的

---

① 黎家芬、高广仁:《典型龙山文化的探源、发展及社会性质初探》,《文物》1979年第11期。

② 《庄子·天下》篇、《朝非子·五蠹》篇。

③ 《战国策·燕策一》。

④ 《晋书·束皙传》引《竹书纪年》。

⑤ 《摩尔根〈古代社会〉一书摘要》,人民出版社1965年版,第123页。

“社会公仆”。而对启生活的记述,则说“启乃淫逸康乐”<sup>①</sup>“启九辩与九哥兮,夏康娱以自纵。”<sup>②</sup>这都是对启过着荒淫无耻生活的指责。反映了启已是凌驾于社会之上,“变为社会的主人”,真正成为阶级社会的帝王了。说明从启开始,作为阶级专政的工具——国家产生了。这时,奴隶主阶级首先把符合本阶级利益的某些原始习惯,赋予阶级内容,通过国家的认可,变为国家的意志,强迫人们——主要是奴隶和平民遵守。从此,人与人之间再无平等可言,在奴隶主不仅占有生产资料,而且把奴隶也作为私有财产的情况下,有的只是压迫和反压迫的斗争,这样,法也同国家一样,在阶级矛盾不可调和的情况下产生了,夏启及其后继者,便依靠“这种法律,他们就享有特殊神圣和不可侵犯的地位了。”<sup>③</sup>

其次,资料问题。夏、商、周三代的资料不仅分散,而且存在着真伪的问题。这一时期的资料主要来源于三个方面。第一,考古发掘的资料即甲骨文、青铜器铭文。这些资料基本可以作为信史而征引。尤其青铜器的铭文,为我们提供了较为丰富的研究西周社会与法律的第一手资料。使我们可以通过细致的研究而初步掌握西周时期行政法、刑法、民法、经济法、军法、诉讼法等有关状况。如反映契约关系的“三年卫盂”、“九年卫鼎”、“格伯簋”、“大簋”等铭文;反映诉讼制度的“师旂鼎”、“召鼎”、“傲匝”、“鬲从盃”等铭文。由于史料相对丰富,所以我们将西周这一时期的法律制度作为重点来写。但值得注意的是,考古所发掘整理的资料虽为信史,但在解释上却

① 《墨子·非乐上》。

② 《楚辞·离骚》。

③ 《马克思恩格斯全集》21卷,第192页。

有各家之见。对此,我们按一般惯例,在读解原文及参照各家之言的基础上,或从一家之言,或提出自己的见解。另外,近年来考古在有关文明起源的地域与时间上多有发现,我们在论证中国法律制度的起源时对近年来发现的资料多有征引,并希望通过对中国法律起源的研究,能寻找出中国法律的发展有别于西方的原因。夏、商与春秋时期的考古资料,尤其是有关法律方面的资料相对西周而言,确实有些匮乏。有些极有价值却又仅是只言片语的资料尚有待于作进一步的深入研究。本着实事求是的态度,我们采取了有则写,无则阙的方法。因此,有些部分,如夏、商、春秋时的民法便只有付之阙如了。对春秋时代的法律,我们注意到成文法的颁行与军事法规的发达,并用了较多的笔墨,以此期望能反映出春秋的时代特色。第二,文献资料。记述三代(夏、商、周)时期的文字资料大多为后人的追述和附会。自宋代起便有学者对诸如《尚书》、《礼记》、《仪礼》、《周礼》、《诗经》等文献的真实性提出过质疑。清代有洋洋几千万言对经书的真伪及内容进行考证。“皓首穷经”,决不是一句戏言。本世纪初、中叶,疑古学派崛起,对夏的存在与否及夏、商、西周的文字资料皆持怀疑态度。许多历史著作都将商作为文明史的第一个朝代。疑古学派的严谨论证推动了学术的发展。人们对三代资料再也不简单地征引,盲目的相信。例如,就《尚书》而论,有的学者说:“我们今天所见到的《尚书》中的文献资料并不完全是真正可靠的原始史料,其中只有一部分是直接的档案文献。另一部分是后代人所追叙的古史传说,还有一部分是时代更晚的人故意伪造的作品。”<sup>①</sup>各家对史料内容的理解也是仁者见仁,智者见智。但近年

<sup>①</sup> 马雍《尚书史话》中华书局1982年版,第2页。

来,随着考古发掘的进展,人们对三代文字或文献资料又有了新的认识。因为,许多考古资料印证了文献资料的真实性。就法制方面而言,甲骨文中还讲到‘律’是用之于‘师’(军队)的,军队中的‘律’,即军法。卜辞云:‘师为律用’。意为军队只有严明的纪律,才能‘用’,即具有战斗力。此辞正与《易·师·初六》的卦爻辞“师出以律”,相同。<sup>①</sup>又如智鼎铭文记原告智与被告效父、限皆有代理人,本人不亲自出庭,证实了《周礼·秋官·小司寇》“凡命夫命妇,不躬坐狱讼”的记载。因此,许多学者主张对三代文献资料不能轻易否定。对此,我们本着严谨、务实的原则,对三代文献资料的运用采取这样的方法:凡与考古资料相吻合者作为信史引用。尚无考古资料印证,但其所记与三代的社会发展状况大致相吻合者则谨慎地加以征引。其实这个问题清人皮锡瑞早就说过:“三礼皆周时之礼,不必聚讼,当观其通。”<sup>②</sup>对有些明显为后人附会篡入的,则弃而不取。第三,传说资料与民族学资料。在研究法律起源与夏、商、周法律制度时,我们发现许多传说资料带有神话的色彩。如《尚书·洪范》记大禹治水时得到神授之法则。《山海经》、《水经注》及《路史》中也有许多关于三代的传说。有些传说可以与民族学调查的资料相印证,但用民族学资料与传说资料相对照研究上古历史的工作绝非一朝一夕之功。它需要投入大量的人力、物力,同时还需要研究者有十分深厚的历史功底。由于时间及功力的限制,对这方面的资料我们只好暂不触及。这确实也是我们的一个遗憾。

<sup>①</sup> 刘海年、杨一凡主编:《中国珍稀法律典籍集成·甲编·第一册》科学出版社1994年版,第21页。

<sup>②</sup> 《经学通论·三·三礼》。



再次,本卷还牵涉到社会历史分期问题。本卷所包括的整个时期,就社会性质而言,学术界有不同的意见,有的认为西周已进入封建社会,掌握国家政权的是封建领主阶级,当时的法律是封建领主阶级的意志反映。但是也有许多学者认为西周仍然是奴隶社会,认为我国进入封建社会是在春秋战国之交,即从战国开始,中国进入封建社会。本卷的历史分期是采用后者的意见。我们认为,抛开其它因素不论,从当时各诸侯国在经济、政治、法律等各项典章制度变革来看,正好反映当时是封建制取代奴隶制,封建法制取代奴隶制法制这一史实。春秋时期正是奴隶制瓦解时期。三代的法律无论是从内容、形式上说,还是从性质、特征上说都与后代有很大的区别。这是一个不争的事实。如三代“议事以制,不唯刑辟”<sup>①</sup>而春秋时刑书开始公之于众,到战国时,公布成文法已成定制。再如三代法律地区特色十分突出,而自战国中期后,法律便开始走向统一。三代法律维护的是“溥天之下,莫非王土”的井田制,战国之后,法律则以“王者之政莫急于盗、贼”<sup>②</sup>为由,主要维护的是封建土地私有制。

最后,我们再说明一下本卷体例及内容的安排。本卷以历史发展的线索为“经”,分为五章,即“中国古代法律的起源”、“夏朝的法律制度”、“商朝的法律制度”、“西周的法律制度”、“春秋的法律制度”。将法律起源单列一章,原因在于根据目前所掌握的资料来看,学界对这一问题的研究有了长足的进展,而对这一问题探讨的深入,有利于法学理论研究的发展。为了较为全面地反映在有关法律

① 《左传·昭公六年》。

② 《晋书·刑法志》。