

中国法制史

张国安 白晓东 林伟明◎编著



中国检察出版社

本书获华侨大学出版基金资助

中国法制史

张国安 白晓东 林伟明 编著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法制史/张国安, 白晓东, 林伟明编著. —北京: 中国检察出版社, 2007. 7

ISBN 978 - 7 - 80185 - 802 - 3

I. 中… II. ①张…②白…③林… III. 法制史 - 中国 IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 114631 号

中国法制史

张国安 白晓东 林伟明 编著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010) 68682164 (编辑) 68650015 (发行) 68650029 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: 720mm × 960mm 16 开

印 张: 30.25 印张

字 数: 588 千字

版 次: 2007 年 8 月第一版 2007 年 8 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 802 - 3/D · 1778

定 价: 46.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

作者简介

张国安 华侨大学法学院副教授，硕士研究生导师，中南财经政法大学法学院博士研究生。主要著作有《中国法制史》（副主编）、《外国法制史》（副主编）、《中国古代文官制度史略》、《中国近代文官制度史》等，发表了《列宁法制反腐败思想初探》、《论列宁党法关系理论》、《列宁宪政思想初探》等数十篇论文，并有多项成果获奖。

白晓东 华侨大学法学院副教授，硕士研究生导师，法学硕士。主要著作有《从历史走向未来》等，发表有《论证据法上的诚信》、《竞合过失概念之提倡》、《华侨华人问题法学角度研究》、《浅论我国的侨务立法》等二十余篇论文。

林伟明 华侨大学法学院讲师，法学硕士。主要著作有《中国法制史》（参编）等，并曾在《中国法学》、《河北法学》等法学杂志上发表过多篇论文。

目 录

绪 论	(1)
第一章 中国法律的起源及其早期发展	(9)
第一节 中国法律的起源	(9)
第二节 夏朝法律制度的形成	(21)
第三节 商朝法律制度的发展	(31)
第二章 西周时期的法律制度	(43)
第一节 西周时期的社会结构和法律思想	(44)
第二节 西周时期的法律概况	(54)
第三节 西周时期的刑事法律制度	(63)
第四节 西周时期的民事法律制度	(73)
第五节 西周时期的经济法律制度	(82)
第六节 西周时期的司法制度	(85)
第三章 春秋战国时期的法律制度	(92)
第一节 春秋时期的社会变迁与宗法体制的崩溃	(92)
第二节 法律思想的争鸣与法家思想主导政治实践	(96)
第三节 春秋时期各国立法活动与成文法的产生	(107)
第四节 战国时期封建法制的形成	(111)
第五节 春秋战国封建政府的建立和司法组织的形成	(120)
第四章 秦朝的法律制度	(125)
第一节 秦朝的法制发展概况	(125)
第二节 秦朝的民事法律制度	(132)
第三节 秦朝的经济法律制度	(139)
第四节 秦朝的行政法律制度	(143)
第五节 秦朝的刑事法律制度	(146)

第六节 秦朝的司法制度	(158)
第五章 汉朝的法律制度	(164)
第一节 汉朝的立法指导思想	(164)
第二节 汉朝的立法概况	(167)
第三节 汉朝的刑事法律制度	(170)
第四节 汉朝的民事与经济法律制度	(176)
第五节 汉朝的行政法律制度	(181)
第六节 汉朝的司法制度	(185)
第六章 三国两晋南北朝的法律制度	(191)
第一节 立法概况	(191)
第二节 刑事法律制度	(198)
第三节 民事与经济法律制度	(203)
第四节 行政法律制度	(206)
第五节 司法制度	(211)
第七章 隋唐的法律制度	(215)
第一节 隋朝的法律制度	(215)
第二节 唐朝的立法概况	(218)
第三节 唐朝的刑事法律制度	(227)
第四节 唐朝的民事与经济法律制度	(247)
第五节 唐朝的行政法律制度	(256)
第六节 唐朝的司法制度	(259)
第八章 宋元的法律制度	(266)
第一节 宋朝的立法概况	(266)
第二节 宋朝的刑事法律制度	(271)
第三节 宋朝的民事与经济法律制度	(274)
第四节 宋朝的行政法律制度	(283)
第五节 宋朝的司法制度	(287)
第六节 元朝的法律制度	(291)
第九章 明朝的法律制度	(302)
第一节 明朝的立法概况	(302)

第二节	明朝的刑事法律制度	(308)
第三节	明朝的民事法律制度	(315)
第四节	明朝的行政法律制度	(318)
第五节	明朝的司法制度	(324)
第十章	鸦片战争前清朝的法律制度 (1644 - 1840 年)	(330)
第一节	立法概况	(330)
第二节	行政法律制度	(334)
第三节	刑事法律制度	(339)
第四节	民事法律制度	(343)
第五节	经济法律制度	(346)
第六节	司法制度	(348)
第十一章	鸦片战争后清朝的法律制度 (1840 - 1911 年)	(353)
第一节	太平天国的法律制度	(353)
第二节	清末法律制度的变革	(361)
第十二章	中华民国的法律制度 (1912 - 1949 年)	(380)
第一节	中华民国的立法概况	(381)
第二节	中华民国的宪法及宪法性文件	(387)
第三节	中华民国的刑法	(403)
第四节	中华民国的民法	(409)
第五节	中华民国的行政法	(418)
第六节	中华民国的司法制度	(426)
第十三章	革命根据地的法律制度 (1927 - 1949 年)	(437)
第一节	革命根据地的法制建设概况	(437)
第二节	革命根据地的宪法性文件	(439)
第三节	革命根据地的刑事立法	(445)
第四节	革命根据地的民事与经济立法	(450)
第五节	革命根据地的司法制度	(464)
后记		(474)

绪 论

中国法制史是法学学科的一门重要基础课程,也是国家教育部确定的法学学科本科学生 14 门必修的核心课程之一。在学习这门课程之前,有必要了解以下问题。

一、中国法制史的概念与研究范围

(一) 中国法制史的概念

中国法制史是一门研究中国历史上各种类型法律制度的本质、特点、作用及其起源、发展和演变规律的学科。在法学体系中,中国法制史是法律史学的一个分支学科,它与中国法律思想史、外国法制史、西方法律思想史等分支学科共同构成法律史学。就学科的特点来说,中国法制史是一门法学与史学的交叉学科,它既是法学领域中的一门独立的基础学科,也是史学领域中的一门专史。但其主要内容、研究目的和基本方法更具法学特色,法学属性占据主导地位。

(二) 中国法制史的研究范围

中国法制的历史源远流长,始于公元前 21 世纪的夏朝,终于研究者所处的年代,时间跨度可谓上下 4000 余年;中国法制史的范围立足于中华民族繁衍、生息的中华辽阔国土,地域跨度可谓方圆千万里。中国法制史的资料浩如烟海、详尽细密,内容可谓博大精深。

那么,如何来确定中国法制史的研究范围呢?我们可以从“纵”、“横”两个方面来认识和研究中国法制史。从纵的方面看,中国法制史要研究中国历史上四大类型的法律制度,即从夏代至春秋时期的奴隶制类型的法律制度、从战国至 1840 年鸦片战争之前的封建制类型的法律制度、从 1840 年鸦片战争之后至中华民国南京国民政府的半殖民地半封建类型的法律制度以及从中华人民共和国成立后开始的社会主义类型的法律制度。其中在中国近代,与半殖民地半封建类型的法律制度并存的法律制度还有太平天国农民革命类型的法律制度、中华民国南京临时政府资产阶级革命类型的法律制度、中华民国广州武汉国民政府国共合作的法律制度和中国共产党领导的人民民主政权新民主主义类型的法律制度。同时,鉴于中国法制史教科书的通例,本教科书亦将中国法制史研究的下限定于公元 1949 年。从横的方面看,中国法制史要研究中国历代法律制度的不同层面,即立法思想、立法活动、立法成果、司法制度、执法概况、法制特点及历史地位和

影响等。

二、中国法制的历史沿革与传统法制的主要特点

(一) 中国法制的历史沿革

公元前 21 世纪,“禹传子启”,标志着中国国家与法的正式形成,从而揭开了中国法制发展的新篇章,启动了中国法制文明的进程。在从公元前 21 世纪至公元 1949 年的 4000 余年历史长河里,中国法制的历史发展,大致经历了以下几个时期:

1. 奴隶制法制时期

中国奴隶社会始于公元前 21 世纪的夏朝,历经商朝、西周,终结于公元前 476 年的春秋战国之际。奴隶社会的法制是中国法制的开创时期,其主要特点是国家法律以习惯法为基本形态,保持着秘密状态,并为奴隶主阶级所垄断,神权思想对国家的法律活动具有重要影响。

夏朝是我国国家的形成和早期法制萌芽时期,以神权政治为指导,借天意发布王命。“夏有乱政,而作禹刑”。^①“禹刑”是对氏族社会习惯法的改造,也可以看做夏代法律的总称。夏代已有大辟、剕、宫、劓、墨五刑和“昏、墨、贼”三罪。但习惯法仍占有重要地位。

殷商取代夏朝之后,进一步发展了夏代神权政治,“率民以事神”。^②“商有乱政,而作汤刑”。^③“汤刑”也可以看做是殷商法律制度的总称。20 世纪初出土的甲骨文资料证明,商代在罪名、刑罚以及司法诉讼制度等方面都取得了长足的进展。除墨、剕、剕、宫、大辟“五刑”之外,还出现了惩治百官“三风十愆”行为的官刑。

西周奴隶制法制趋于完备。立法指导思想从夏商的神权法观念进化到“以德配天”、“明德慎罚”的法律思想。“周有乱政,而作九刑”,^④即五刑之外另加鞭、扑、流、赎四刑。已有“故意与过失”、“惯犯与偶犯”、“老幼犯罪减免刑罚”等刑法适用原则和“刑罚世轻世重”的刑事政策。“周公制礼”使“礼”成为最具权威的社会规范,调整着西周社会各方面的社会关系。同时,还有“同姓不婚”、“六礼”、“七出”等婚姻家庭的规定。

及至春秋时期,随着奴隶制的逐步瓦解,法制领域发生了空前巨变。公元前 536 年,郑国子产率先“铸刑书于鼎,以为国之常法”,^⑤拉开了公布成文法运

① 《尚书·伊训》。

② 《礼记·表记》。

③ 《左传·昭公六年》。

④ 《左传·昭公六年》。

⑤ 《左传·昭公六年》。

动的序幕,晋国、楚国等竞相仿效。成文法的公布,宣告了奴隶制法制的终结,促进了封建法制的形成。

2. 封建制法制时期

(1) 战国秦汉时期是中国封建法制的奠基时期

战国时期的法制继承并弘扬了春秋时期公布成文法的成果。以李悝制定的《法经》为标志,封建法制法典化的传统开始形成。思想界的“百家争鸣”极大丰富了具有中国文化特征的政治法律学说,奠定了封建正统法律思想的基础。公元前221年,秦始皇统一中国,确立了中央集权的封建君主专制制度,全面实践了法家的政治法律理论,成为“天下之事无大小皆决于上”的皇权思想的奠基者,及“事皆决于法”、以法治国方略的执著推行者。然而严刑峻罚非但没能达到法家所设想的“以刑去刑”的目的,反而激起了大规模的农民起义,导致秦朝二世而亡。“汉承秦制”,但汉代统治者总结秦朝速亡的教训,注重儒家合流在法制上的重要意义,尤其是董仲舒提出“罢黜百家,独尊儒术”并被汉武帝接纳之后,儒家法律观取代法家法律观而成为正统,深刻地影响了此后2000年中国古代法制的发展,原本法家化的法律开始朝着儒家化的方向转变,汉律六十篇也就成为中国古代法制的一项巨大的奠基工程。

(2) 三国两晋南北朝时期是中国封建法制的发展时期

三国、两晋、南北朝时期是“变秦汉而启隋唐”。这一时期承继了汉代法制的成果,进一步确认和巩固了儒家思想的指导地位,无论是立法技术、法典体例、法律形式,还是法律的主体内容、司法制度都有所变化和创新,并且朝着体系化、规范化的方向演进。法典的编纂在体例上更加科学,至《北齐律》最终确定了12篇的基本体例。法律形式有较大变化,律、令、格、式皆已出现,成为隋唐以降律令格式并行的渊源。法律的儒家化进入一个新的阶段,“准五服以制罪”、“重罪十条”以及“八议”、“官当”等体现儒家“尊尊”、“亲亲”基本原则和精神的制度已经确立,并直接为隋唐所师承。

(3) 隋唐时期是中国封建法制的成熟、定型时期

隋、唐两代全面继承了以往立法的成果,制定了反映和记载中华法系基本内涵的代表性法典,建构了完备而发达的封建法律秩序和司法体系。隋朝的《开皇律》以《北齐律》为蓝本,汲取南北之长,在立法上取得了很高的成就。而唐朝的《唐律疏议》则“一准乎礼,以为出入得古今之平”,^①无论从内容上还是从形式上都称得上是中国传统法律的典范之作,是中国封建法典的成熟形态。它不仅为后世所效法,而且也对周边的高丽、日本等国家的法律产生了深刻影响,在中国和世界法制上都占有重要地位。《唐律疏议》的制定,标志着中华法

^① (清)纪昀:《四库全书总目》卷八十二之《史部·政书类二·唐律疏议》评语。

系的正式形成。

(4) 宋元明清时期是中国封建法制的后期发展时期

由宋至清,中国的法律制度在隋唐时期确立的基本框架内仍得到了很大发展。宋明理学的出现,使得封建正统法律思想得到了修补,道德伦常进一步渗透于法律精神之中。法律形式上除了国家法典外,还出现了敕、例,甚至以敕破律,以敕代律。从宋朝的敕律并行,到明朝的删修条例,再到清朝的律例合编,反映了封建社会后期立法的新特点。法律内容上对君主专制政权的维护进一步加强,对危及君主专制政权的行为的处罚较前代法律更加苛酷,而对“事关典礼及风俗教化”的违法行为的打击相对放宽。同时,对经济关系的调整也进一步加强。除此之外,元代和清代带有民族歧视的和适用于少数民族地区的法律,也是这一时期法律制度的重要特点。

3. 近代法制时期

(1) 清末法律制度的嬗变

1840年的鸦片战争标志着中国近代史的开端。伴随着西方列强的政治、军事和文化的入侵,民族危机日益加剧,中国社会发生了深刻的变化。19世纪末20世纪初,在内忧外患的双重压力下,清朝政府为了对外应付帝国主义的威逼,对内缓和革命风暴的冲击,被迫打出了“民主宪政”的旗号,开始了“预备立宪”等所谓立宪活动;与此同时,任命沈家本为修律大臣,对清律进行修订。清末的变法修律是一次空前规模的法律移植运动,它在大量引进西方法律学说与法律制度的同时,也宣告了以唐律为代表的中华法系的解体,迈出了中国法制近代化的第一步。

(2) 中华民国时期法律制度的转型

1911年的辛亥革命推翻了满清王朝的统治,也宣告了封建君主专制制度的破产。1912年1月1日宣告成立的中华民国南京临时政府在其存在的短短3个月内,制定和颁布了一系列具有资本主义性质的法律、法规,是整个中华民国法制建设的先声。在从1912年到1928年的16年中,由北洋军阀控制的中华民国北京政府在宪政体制方面进行了探索和变革,并取得了引人注目的成果。而南京国民政府建立后则迅速地展开了大规模的基本法律的制定、完善活动,并最终形成了较为完整的“六法体系”,中国法制初步实现了向近代化的转型。仅就立法而言,中国法制近代化的成就还是应该肯定的,但是,法制的近代化不仅仅在于法律条文的近代化,而在于法律的适用及其所产生的社会效果。而中华民国的法制在空间上和时间上得到实施的情况相当有限,在很大程度上停留在“书面法”上。法律条文的近代化并没有对社会产生应有的积极作用。

(3) 革命根据地的法律制度

从1921年开始,中国共产党领导中国人民进行了新民主主义革命,并在革

命根据地进行了一系列的法制建设，创立了人民民主法制。它以马克思主义国家观和法律观为指导，集中体现了人民的意志和利益，是中国近代的一种全新的法制类型。尽管这种法律制度的体系还不完整、立法技术尚显粗糙，但它不仅有力地保障和推动了新民主主义革命的胜利进行，而且为新中国的社会主义法制建设奠定了坚实的基础，提供了许多宝贵的经验与教训。

（二）中国传统法制的主要特点

中国传统法制，是指自夏朝建立开始至清末改制之前的中国奴隶制类型法制和封建制类型法制。它不仅历史悠久、沿革清晰，而且内容丰富、特色鲜明，形成独树一帜的中华法系，并对周边国家产生过深刻的影响。中国传统法制的主要特点概略表述如下：

1. 法律以礼教为指导思想和理论基础

与世界上大部分古代国家的法律不同，中国古代法律几乎不受任何宗教的影响，而强调遵循礼教，维护纲纪伦常。“礼”原本是氏族社会末期祭祀祖先神灵的习惯，后来逐渐演变成为阶级社会确定人们血缘关系亲疏尊卑和社会等级的规范。经过汉儒的改造，“礼”融进了诸子中的可取成分，发展为“礼教”，成为指导立法、司法的原则和理论依据。其要旨是“三纲”——“君为臣纲、父为子纲、夫为妻纲”，以及由此而衍生的“亲亲”、“尊尊”的政治和伦理原则。在这种原则下，“礼教”的许多内容被直接定为法律，“七出三不去”、“八议”以及丧服制度等相继入律，并为后世法典所沿用。同时，“礼教”还成为评价和解释法律的最高权威和最重要的依据。如对于唐律的最高评价就是“一准乎礼”（完全按照了“礼教”的准则），而唐律的立法解释《唐律疏议》，也主要是以“礼教”和儒家的经典为依据。除此，在法律没有明文规定或者法律规定被认为是不合乎“礼教”原则的情况下，“礼教”还往往可以“经义决狱”的形式直接成为裁判的依据。

2. 法律内容以君主意志为转移

无论是中国奴隶制政权还是封建制政权，都采取以王或皇帝为主宰的专制主义政体。专制政体的核心是君权，而维护君权则是中国传统法制的核心内容。君主不仅始终掌握着国家的最高立法权，所谓“法自君出”、“言出法随”，君主的意志是法律的基本渊源，一切法典、法规皆以君主的名义颁布，而且还拥有最高的司法权，一切重案、要案、疑案，以及一切死刑案件（隋唐以后）均须经由君主的裁决批准。君主既可以法外用刑，亦可法外施恩，赦免任何罪犯。作为国家的象征、统治阶级的总代表，君主的人身和权威受到法律的严密保护，不论有意无意，稍有触犯，即是重罪。而君主则不受任何法律的约束，不承担任何法律义务，历史上从无“治君之法”。相反，法律一直被认为是君主治理臣民的工具。

3. 法律形式是诸法合体，以刑为主

中国传统的法律形式虽然多种多样，但主要包括成文法典、习惯法和判例三大类别。其中最突出的类别是成文法典。成文法典在夏、商、西周时期主要称做“刑”，在春秋至战国初期主要称做“法”，在战国中期至清末主要称做“律”。在古代，“刑”与“法”、“律”往往通用。历代成文法典的编纂结构形式是诸法合体，以刑为主。中国古代的法典没有现代部门法的划分，是各种法律部门的综合体，有实体法，也有程序法；既包含刑法、民法、经济法，也包含行政法。社会生活各个领域各类违法犯罪行为，统统规定于此。但历代成文法典基本上都是以刑事法律为主，兼有民法、行政法、经济法、诉讼法等方面的内容，而且民事纠纷、行政处罚往往采用刑罚的手段解决，有关诉讼程序方面的法律规定也主要是以追究犯罪为主的刑事诉讼程序。

4. 法律体系中家族本位的伦理法占有重要地位

中国传统社会是一个农业社会，社会结构以家族为基础。这就决定了中国传统法制的家族本位特色。自秦汉至清末的历代封建法典，无不以严格的规定调整家族内部成员间的权利义务关系，确认父权制家族本位的伦理法的重要地位。其表现有：在家庭制度上，确认家长的特殊地位，拥有财产权、教诫子女权和对子女婚姻的决定权；在刑法上，无辜者可能因家族关系受牵连而获罪，有罪者亦可能以家族原因而减免刑事责任（如留养承祀之制、同居相为隐原则等），家族内部亲属之间互相侵犯的犯罪行为，可能因伦常关系而加重（如亲属间相殴、相奸等侵犯人身的行为）或减轻（如亲属间相盗）。明清律还将丧服图载于律首，作为亲属之间相互犯罪时判断亲疏关系、据以定罪量刑的准则。此外，流行于社会上的具有伦理性性质的“家法”、“族规”、“家训”等，不仅得到国家的认可，而且成为国家法的重要补充，起着严重束缚家族成员的重要作用。

5. 法律运行上司法从属于行政

既然法律被认为是君主施行统治的主要工具，因此法律也就必须服从于君主专制中央集权统治的需要。由此，各级司法机关也就必须服从或混同于各级行政统治机构。虽然历代均设有专门的中央司法机关，设有专职的法官，但其活动须听命于皇帝，皇帝可以委派中央众多行政机关的官员参与甚至决定重大案件的审理，而司法长官一般无权过问行政。如隋唐以后中央均设有大理寺、刑部、御史台（明清为都察院），分掌各项司法事务，但其职权的划分仍以维护皇帝对司法权的控制为依归。明清时期的九卿会审制度的确立，更是表现了行政对司法的全面干预。至于地方司法机关体系则始终是行政机关兼理司法事务，各级的行政长官就是各级的司法长官，直接主持地方审判。司法权与行政权合为一体，而且不断受到行政机关的侵袭。这种趋势表现了封建专制制度的不断强化。

三、学习中国法制史的意义与方法

(一) 学习中国法制史的意义

古人云：“以铜为镜，可以正衣冠；以古为镜，可以知兴替；以人为镜，可以明得失。”^① 中国法制发展的历史，从一个极重要的方面展示了人类社会走过的漫长道路，精华与糟粕并存。学习和研究中国法制史，总结其经验教训，揭示出其发展规律，具有重要的现实意义。

1. 可以深化我们对中华文明的认识，提高民族自信心，增强民族自豪感。中国法制史是中华文明的重要组成部分，源远流长，内涵丰富。中国法制的发展，无论是法律文化还是法律制度，都曾经走在世界的前列。学习中国法制史，可以帮助我们深刻了解和认识我国法制发展的昨天和前天，让我们感受到中华民族法制文化的悠久与发达，进而加深对中华文明的认识。

2. 可以为今天的法治建设提供历史借鉴。现实的中国是历史的中国的发展。中国目前正在建设社会主义法治国家，需要借鉴古今中外的法治经验与教训，尤其是中国前人的经验与教训。诸如中国传统法制在立法方面的德主刑辅，罪行相称、因时制法，重视法律在治国中的作用；在内容上强调法律的严肃性、统一性和稳定性，加强吏治、严法惩贪，重视道德教化，重视犯罪预防；在司法方面的区别对待、慎重处刑的原则，以及各司法机关互相配合并互相制约的制度等，均有一定的借鉴意义。特别是新民主主义革命中人民民主政权的法治建设，是我国社会主义法治建设的源头，我们更要加以继承和发展。

3. 可以帮助我们夯实专业基础，完善知识结构。法学专业课分为基础法学和部门法学两大部分，是一个相互通融的整体。中国法制史是法律专业的基础理论课之一，不仅在学习法学基础理论和宪法知识中需要法制史方面的知识，就是在学习刑法、民法、诉讼法、婚姻法等部门法中也要涉及许多法制史的知识。因此，要真正掌握和理解一些法律规范的含义，要在法学理论和部门法学研究方面有所深入和成就，就必须学好法制史知识。

(二) 学习中国法制史的方法

中国法制史是一门兼有法学与史学的交叉学科，又由于其历时久远、内容广博、资料繁多、文字艰深，而成为法学中难度较大的一门学科。因此，要学好中国法制史，就必须把握好正确的学习方法。

1. 必须以历史唯物主义为指导，特别是用历史唯物主义的立场、观点和方法分析问题和解决问题，力求做到阶级分析与历史分析的统一、观点与材料的统一，理论联系实际地对中国法制史的发展做出科学而正确的论述和评价，正确区

^① 吴兢：《贞观政要》卷二《任贤》，葛景春、张弦生注译，中州古籍出版社2005年版。

分中国法制史的精华与糟粕，既不能盲目地否定一切，也不能毫无批判地肯定一切。如果脱离实际就法论法，把研究建立在抽象的推理上，就不可能辩证地认识中国法制史中的问题，更不可能准确地把握其中的发展规律。

2. 必须采用比较鉴别的方法。有比较才能鉴别。只有把不同时期不同类型的法律制度加以比较，才能认清中国历史上各种类型法律制度的特点，明确每个时期的法律制度是建立在什么样的经济基础之上，分别代表哪个阶级和集团的利益。在此基础上，理解和把握这一时期法律制度的阶级本质。只有把不同时期不同类型的法律制度进行比较，才能鉴别其优与劣、进步与落后，进而取其精华，去其糟粕，“古为今用”，服务现实。

3. 必须有合理的知识结构。中国法制史是具有双重属性的学科，这就要求我们在掌握法学基础理论，特别是相邻学科（如中国法律思想史等）知识的基础上，还要具有中国通史知识。有了法学基础知识，有利于理解历史上法律制度的内涵以便于对其批判地继承和借鉴；有了通史知识，有利于掌握每个朝代法律制度发展变化的原因，并把这一时期的法律制度放在当时的历史条件下，结合政治、经济、文化的差异进行考察，从而加深我们对某一时期法律制度的阶级本质、法制变革及其任务的理解。只有具备合理的知识结构和深厚的知识积累，才能将法制史的研究引向深入，有所成就。

第一章 中国法律的起源及其早期发展

众所周知,中国是世界著名的文明古国之一,中华法系是古代世界首屈一指的法律文化体系。那么,中华法系是如何孕育的?中华法系的特质与中国古代文明又有何关系?中华法系起源于何种特定契机?这些问题,自古以来一直困扰着中外历史学家、法律思想家。我们认为,法律制度是一个民族、一定社会基本价值观念的集中反映,标示了该民族和社会对于自然、社会和人相互关系的理解和认识。在人类历史上,不同时代、不同地域、不同民族以及不同的国家、政权,都自觉或者不自觉地将各自民族的价值观念注入法律制度中,形成了各具特质的法律文化体系,这些法律文化体系成为人类文明成果中最耀眼的精神创造。可以说,一定的人类文明孕育了一定的法律制度,而该法律制度又极大地影响了该民族的文明发展路径。本章中,我们将介绍中国法律的起源,以及中国上古时期法律制度形成的特定模式,这些介绍有助于认识中国古代法律制度的特质。

第一节 中国法律的起源

中国的法律文化在世界上是独一无二的,从20世纪初直到现在,中外学者对于这种法律文化典型性的探索和研究,一直都没有停止过。在中国古代法律的起源问题上,学说纷纭:

1. 起源于黄帝时代说

战国时期,法家学派持此种观点。如《商君书·画策》云:“神农既没,以强胜弱,以众暴寡,故黄帝作为君臣上下之义,父子兄弟之礼,夫妇妃匹之合,内行刀锯,外用甲兵。”^①又如《管子·任法》有:“黄帝之治天下也,其民不引而来,不推而往,不使而成,不禁而止,故黄帝之治也,置法而不变,使民安其法者也。”司马迁在《史记·五帝本纪》中也持相同看法:“诸侯咸尊轩辕为天子,代神农氏,是为皇帝。天下有不顺者,黄帝从而征之,平者去之。”^②《淮南子·览冥训》更明确指出:“黄帝治天下,法令明而不暗。”如果联系古代

^① 《商君书·画策》。

^② 《史记·五帝本纪》。

“刑起于兵”的理论和实际，则黄帝时代法律起源说，似乎不无根据。

2. 起源于尧舜时代说

法律起源于尧舜时代的观点，在古代文献中有不少记载。舜命皋陶造律之说更屡见于典籍。在这些古籍中，多以皋陶为法的创始人。如先秦文献《尚书·吕刑》说：“伯夷降典，折民惟刑。”《竹书纪年》载：“帝舜三年，命皋陶造律。”《图书集成·祥刑典》曰：“帝尧命舜居摄，制五刑及流宥鞭扑赎赦之法，流共工于幽州，放驩兜于崇山，窜三苗于三危，殛鲧于羽山，四罪而天下咸服”。《通鉴前编》载：“帝尧七十有六载制五刑。”《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。”《左传·昭公十四年》：“夏书曰昏、墨、贼、杀，皋陶之刑也。”《急就篇》载：“皋陶造狱，法律存也”。《后汉书·张敏传》载：“孔子垂经典，皋陶造法律，原其本意皆禁民为非。”

3. 起源于夏朝说

该种观点认为法律起源于夏朝。其主要的根据也是有关的文献记载。例如，《尚书·大传》有“夏刑三千条”。《左传·昭公六年》曰：“夏有乱政，而作禹刑。”《汉书·刑法志》载：“禹承尧舜之后，自以德衰，始制肉刑。”《隋书·艺文志》曰：“夏后氏正刑有五，科条三千^①”等。

此种观点认为法律是公共权力出现之后，是统治者以国家权力为后盾的特殊强迫手段；认为法律是随着国家的产生而产生的，法与国家组织机构体系相辅相成、不可分离；提出原始习惯既没有体现统治阶级的意志，也不是由国家强制实施，因此不具备法律的基本特征。其结论便是：原始社会不存在法律。

我们认为，法律的起源不能设定先验的逻辑，当人类开始具有作为社会的基本秩序时，每个社会个体、个体的社会聚合体，都渴求秩序。而秩序的存在和维持，其诉求的是一定群体中人们共同的行为标准，以及人们对这种行为标准的遵守，这便是社会规范。因此，即便是最简单的初民社会也会有传统、习惯、业经确立的惯例、文化模式等社会规范。可见，欲探寻中国古代法的起源，深化对中华法律文化的典型性认识，就应当深入到法律规范所存在的整个文化背景中去。要在整个社会结构中找到法律的位置，必须对社会和文化有一个广泛的考察，要在当时当地的自然地理环境、人际交往因素、土地权力分配状况、经济发展水平等因素上去理解法律的起源。

一、中华文明的起源

中华民族起源于何时？我国自古就有盘古的传说：“天地浑沌，盘古生其

^① 《尚书·舜典》。