

高 等 院 校 法 学 专 业 系 列 教 材

●总主审 李昌麒 许明月 ●总主编 黄锡生 熊志海

LAW

中国法制史

●主 编 李希昆 张树兴 ●副主编 施蔚然 黄 艳 ●主 审 罗德银

重 庆 大 学 出 版 社

0929
L35

中国法制史

主 编 李希昆 张树兴
副主编 施蔚然 黄 艳
主 审 罗德银

重庆大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国法制史/李希昆,张树兴主编. —重庆:重庆
大学出版社,2002. 11
高等院校法学专业系列教材

ISBN 7-5624-2741-0

I. 中... II. ①李...②张... III. 法制史—中国—
高等学校—教材 IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 075045 号

中国法制史

主 编 李希昆 张树兴

副主编 旌蔚然 黄 艳

责任编辑:周 晓 姚正坤 版式设计:周 晓

责任校对:廖应碧 责任印制:张永洋

*

重庆大学出版社出版发行

出版人:张鸽盛

社址:重庆市沙坪坝正街174号重庆大学(A区)内

邮编:400044

电话:(023) 65102378 65105781

传真:(023) 65103686 65105565

网址:<http://www.cqup.com.cn>

邮箱:fxk@cqup.com.cn(市场营销部)

全国新华书店经销

重庆科情印务有限公司印刷

*

开本:787×1092 1/16 印张:14.5 字数:264千

2002年11月第1版 2003年2月第2次印刷

印数:3 001—6 000

ISBN 7-5624-2741-0/D·178

定价:20.00元

本书如有印刷、装订等质量问题,本社负责调换

版权所有 翻印必究

出版说明

市场经济就是法治经济。为适应 21 世纪市场经济新要求,迎接“入世”的新挑战,培养高素质的法学专业人才,根据国家教育部关于普通高等院校法学专业开设课程的要求,我们组织了十多所院校法学专业的教师编写这套系列教材,以供法学专业本、专科学生使用。本教材具有以下特点:

1. 反映法学理论发展的新成果和立法执法的新情况。本套教材力求吸收法学理论研究的新成果和前沿理论观点,采用新颁布的法律法规,特别是加入 WTO 后我国颁布或修订的法律法规。

2. 注重编排体例的科学性。本套教材作为一个整体,我们在编写时,一是注意每一本书内部体例的科学性和逻辑性,二是注意处理好学科与学科之间的交叉和衔接关系,避免重复和疏漏。

3. 注重基础教材,合理把握内容难度。本套教材按照法学专业本科教育的要求和全国统一司法考试的要求来设计内容的深度和广度,做到既反映一定的学术前瞻性又注重法学的基本框架、基础知识和基本理论,力求使本科学生易于掌握并达到应有的要求。

4. 简明实用、通俗易懂。本套教材针对本科学生的特点和各课程的学时安排,力求简明扼要,注重实用,写作符合规范,语言通俗易懂,便于学生自学。

《中国法制史》是本系列教材之一,由李希昆、张树兴任主编并统稿、定稿。施蔚然、黄艳任副主编。法学家、云南省高级人民法院审判员罗德银担任本书主审。

本书撰稿分工如下:李希昆(昆明理工大学),绪论、第四章;张树兴(昆明理工大学),第一、二章;李春光(西南林学院),第三、九章;杨明(昆明理工大学),第五、六章;徐梅(昆明理工大学),第七、八章;张淑岚(昆明理工大学),第十、十三章;黄艳(重庆大学),第十一、十二章;施蔚然(昆明理工大学),第十四、十五章。

法学专业系列教材编委会
2002 年 8 月

目 录

绪 论	1
第一章 夏、商的法律制度	7
第一节 中国法律的起源	7
第二节 夏商的法律制度	10
第三节 商朝的法律制度	12
第二章 西周的法律制度	16
第一节 西周法制的指导思想	16
第二节 周礼及其与刑的关系	17
第三节 西周法律制度的主要内容	19
第四节 司法制度	23
第三章 春秋战国时期的法律制度	25
第一节 春秋时期法律制度的变革	25
第二节 战国时期的法律制度	28
第四章 秦朝的法律制度	33
第一节 秦朝法制的指导思想	33
第二节 秦朝的立法概况与法律形式	35
第三节 秦朝法律的主要内容	37
第四节 秦朝的司法制度	48
第五章 汉朝的法律制度	52
第一节 汉朝法律制度的指导思想	52
第二节 汉朝的立法概况与法律形式	54
第三节 汉朝法律的主要内容	57
第四节 汉朝的司法制度	69

第六章 三国两晋南北朝的法律制度	73
第一节 三国两晋南北朝法制的时代特色	73
第二节 三国两晋南北朝的立法概况	74
第三节 三国两晋南北朝法律制度的发展	80
第四节 三国两晋南北朝的司法制度	86
第七章 隋唐的法律制度	88
第一节 隋朝的法制概况	88
第二节 唐朝的立法概况	90
第三节 唐律的基本内容和特点	95
第四节 唐朝的司法制度	106
第八章 两宋辽金的法律制度	110
第一节 宋朝的立法概况	110
第二节 宋朝法律制度的基本内容和特点	112
第三节 宋朝的司法制度	116
第四节 辽金法律制度	118
第九章 元朝的法律制度	120
第一节 元朝的立法概况	120
第二节 元朝法律制度的基本内容和特点	122
第三节 元朝的司法制度	129
第十章 明朝的法律制度	132
第一节 明朝的法律概况	132
第二节 明朝法律制度的基本内容和特点	136
第三节 明朝的司法制度	145
第十一章 鸦片战争前清朝的法律制度	149
第一节 清朝的立法概况	149
第二节 清朝法律制度的基本内容和特点	151
第三节 清朝的司法制度	161
第十二章 鸦片战争后清朝的法律制度	164
第一节 清末的预备立宪	164
第二节 清末的修律	169
第三节 清末司法制度的变化	174

第十三章	太平天国的法律制度 ·····	177
第一节	太平天国的法律概况·····	177
第二节	太平天国的刑法和诉讼审判制度·····	179
第三节	太平天国法制的两重性·····	180
第十四章	中华民国政府的法律制度 ·····	182
第一节	南京临时政府的法律制度·····	182
第二节	北洋政府的法律制度·····	189
第三节	南京国民政府的法律制度·····	195
第十五章	新民主主义革命时期人民民主政权的法律制度 ·····	204
第一节	新民主主义革命时期人民民主政权法制概述·····	204
第二节	新民主主义革命时期人民民主政权的宪法性文件·····	206
第三节	新民主主义革命时期人民民主政权土地法规及 其他经济立法·····	210
第四节	新民主主义革命时期人民民主政权的刑事立法 ·····	212
第五节	新民主主义革命时期人民民主政权的婚姻家庭立法 ·····	213
第六节	新民主主义革命时期人民民主政权的司法制度·····	215
参考文献 ·····		219

绪 论

中国法制史是法律专业的基础课程之一。开设这门课程对于了解中国自古以来法律制度的沿革和变化,加强我们当前的法治建设,都具有重大意义。在学习这门课程之前,不仅要了解课程的研究对象,而且还必须明确学习的目的和掌握正确的学习方法。

一 中国法制史及其研究对象

中国法制史,就是研究中国自奴隶社会之后历代统治阶级如何制定、变革和运用法律制度(作为工具),来治国治民,发展经济,以巩固维护其政权这样的一门学科。它研究的对象,就是研究中国法律制度的发生、发展及其规律的历史。学习中国法制史的主要目的,是明确中国历代法制的基本内容、主要特点和历史作用,从而探求其规律性,做到古为今用,取长补短,为依法治国、建设社会主义法治国家服务。

我们知道,中国法制的历史源远流长。公元前 21 世纪建立夏朝,标志着专制国家的形成,法制的雏形也随之出现,后历经商、周,逐步定型为宗法思想的法律制度。西周确立的“亲亲”、“尊尊”原则及有关制度,对后世封建法制有深远的影响。春秋战国时期,社会巨变,各大诸侯国相继实行法制变革,公布了第一批成文法,并为此发生儒、法、墨、道等学派关于如何治国的学术论争。战国时编撰的《法经》,是中国历史上第一部比较系统的封建成文法典。商鞅变法,改法为律,建立并厉行旨在富国强兵且卓有成效的法制,它对以后秦国扫平六国起了重要作用,并在统一之后推行于全国。

秦始皇统一中国,确立了中央集权的封建君主专制制度,一直延续到清末。维护和巩固这种君主专制制度,成为两千多年来传统法制的出发点和中心任务。汉初新的统治者总结秦朝二世迅速灭亡的教训,以黄老之道休养生息,并注重儒法合流在法制上的重要作用。三国两晋南北朝逐步引礼入律,礼律结合,为唐律“一准乎礼”、礼法交融作了长期准备。封建制度至唐而鼎盛,封建法制也臻于成熟、完备。唐律不但为后世王朝奉为立法楷模,且被引进至东亚诸国。此后,封建社会进入后期,君主专制制度不断强化,商品经济虽受重重抑制,但在宋、明、清各朝仍有不同程度的发展,封建法制也愈益缜密,经济立法和民事立法均颇有进展。

1840年鸦片战争后,中国逐步沦为半殖民地半封建社会。从20世纪初清政府“变法修律”,到30年代南京国民政府陆续公布《六法全书》,标志着中国法制从典型的封建法制向半殖民地、半封建法制的过渡。这一时期的法制仿照德、日等资本主义国家的法制,尤其是大陆法系国家的法制,大量吸收其法律的内容,但仍掺杂了不少封建传统法律意识。清政府、北洋政府、南京国民政府更是推行独裁专制,实行秘密的非法镇压和军事统治。

一百多年来,中国人民的革命斗争不断创造新型的法制。太平天国农民革命政权进行了首次尝试。辛亥革命后建立的南京临时政府颁布了中国历史上惟一的一系列资产阶级民主革命性质的法律。在中国共产党的领导下,革命根据地建立的人民民主政权创设了人民民主法制,历经曲折艰辛,逐步走向成熟,并成为中华人民共和国社会主义法制的前驱和渊源。

从《法经》到《大清律》,中国封建法典具有明晰的沿革关系,长期自成体系,独具特色,很少受外来影响,并自唐朝起对东亚发生重大影响,素有中华法系之称,为世界五大法系之一。

中华法系的主要特征概略表述如下:

1. 法律以君主意志为转移

中国古代“法自君出”,君主始终掌握国家最高立法权。一切法典、法规皆以君主名义颁行。皇帝的诏谕往往直接成为法律,皇帝可修改、废止任何法律。作为国家的象征、统治阶级总代表的皇帝的人身和权威皆受法律严密保护,不论有意无意,稍有触犯,即是重罪。皇帝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”,同时皇帝又拥有最高的司法权,一切大案、要案,以及一切死刑案件均须皇帝裁决和批准。法律一直是皇帝治理臣民的工具。

2. 法律以礼教为指导原则和理论基础

中国古代法律不受宗教影响,而强调礼教,强调维护纲纪伦常。“礼”原是氏族社会中祭祀祖先神灵的习惯,后来逐渐演化为阶级社会确定人们血缘关系亲疏尊卑和社会等级的行为规范。经过汉儒改造,“礼”融进了诸子中的可取成分,又成为“礼教”,成为指导立法、司法的原则和理论依据。其要旨即是“三纲”——“君为臣纲、父为子纲、夫为妻纲”,以及由此衍生的“亲亲、尊尊”的政治和伦理原则。在这种原则下,礼的许多内容被直接定为法律,“七弃”及丧服制度等,相继入律,并为后世法典所沿用。同样的行为不一定同罪,同样的罪名不一定处刑。礼教提倡“无讼”、“息讼”,也导致人们的权利意识非常淡漠。

3. 法律以刑法为主

中国古字“法”写作“灋”,《说文解字》:“刑也。平之如水,从水;廌,所以触不直者去之,从去。”夏、商、周文献中的“刑”即是法。春秋时一

些著名的成文法还称为《刑鼎》、《刑书》、《竹刑》。大约在春秋战国之际,“法”才具有法律的涵义,而“律”也作为成文法的主要形式出现,并逐渐被普遍采用。承传下来,则是战国中期以后的事,古人刑、法、律三字往往通用。

4. 司法从属于行政

皇帝“口含天宪”,握有国家最高司法权,已如前述。历代中央虽设司法机构,但辅佐皇帝的重臣,如宰相、内阁大臣等,完全可以过问司法。中央某些行政机构长官也可干预或参与司法,而司法长官一般无权过问行政。在地方,一些行政长官即兼理同级司法审判。宋、元、明、清对地方路、省一级虽专设司法机构,但司法权仍处于地方行政长官控制之下。

二 学习中国法制史的目的

学习中国法制史的目的概括说来有以下三点:

第一,批判地吸收和借鉴我国历代法制中一切有益的东西,取其精华,去其糟粕,为建设具有中国特色社会主义法制提供历史依据。我国是一个文化历史悠久的国家,又是一个法律文化没有中断的国家,法学遗产丰富,史料浩如烟海,其中不仅保存了大量的历代律令等法律文书,而且在甲骨、金文以及经、史、子、集中也保存了大量的法制史资料,这些都是中华民族文化宝库中珍贵财富的一部分,其中有许多东西可资借鉴于社会主义法制建设。比如“因时立法”,对犯罪者区分故意与过失,偶犯与惯犯,“怀保小民”、杜绝冤枉、“与其杀不辜,宁失不经”,官吏利用职权“监守自盗”从重,买卖田宅财物要“立券”,订立契约,出售商品要明码标价,不准往街巷倾倒污秽物等等规定,仍不失其现实意义。

第二,提高对社会主义法制优越性的认识,增强自觉守法观念。通过对中国法制史的学习,使大家具体了解我国进入阶级社会以后历代统治者是如何利用法律来维护专制政权、镇压和剥削广大劳动人民的。在奴隶社会,法律允许奴隶主可以随意杀害奴隶,西周法律规定奴隶可以买卖,而且价格非常低廉,五个奴隶才抵“匹马束丝”。在封建社会,地主阶级利用法律把农民束缚在土地上进行超经济的剥削,农民稍微有所反抗,就被诬为“盗”、“贼”,遭到残酷镇压。在半殖民地半封建社会,法律是大地主官僚买办阶级用来对广大人民进行专政的工具。尽管他们效仿西方资产阶级,在法典里也写进了一些标榜“法律面前人人平等”的条款,但事实上,统治者与被统治者,富人和穷人之间根本无平等可言。新中国成立前,人们常说:在国民党政府的法院里“有条(金条)有理,无法(法币)无天”。一针见血地戳穿了国民党政府法律的虚伪性。在我国历史上,农民阶级在反剥削反压迫的斗争中,也曾建立过

自己的政权和法制,其中包括太平天国农民革命,但是最终都随着革命的失败而化为泡影。中国民族资产阶级亦曾经进行过建立资产阶级民主共和国和资产阶级法制的尝试,但是这个民主共和国,犹如初生的婴儿,很快被帝国主义、封建主义扼杀在摇篮里,他们所建立的法制也只是昙花一现,很快化为乌有。中国人民正是在中国无产阶级先锋队中国共产党的领导下,经过浴血奋战,通过农村包围城市的道路,开辟革命根据地,建立民主政权和革命法制,最后夺取了全国政权,并开创了法制建设的新纪元。我国社会主义法制是与以往任何剥削阶级的法制有着本质区别的崭新的法制,它是以工人阶级为代表的广大人民意志的反映,是代表广大人民利益的。立法、执法、司法、守法的统一性,是我国社会主义法制的特点之一。在我国,立法是根据广大人民的根本利益,反映人们的意志和要求;执法是人民意志得以实现的保证;司法是人民权利的根本保障;守法是每个公民的美德。所有这些都反映了我国社会主义法制的优越性。通过中国法制史的学习,使我们了解到社会主义法制来之不易。因此,我们要自觉地维护它,并增强自己的守法观念。

第三,加深对马克思主义法学基础理论的理解,为学好部门法学奠定历史知识的基础。法学基础理论是高等政法院校的基础课,是学习法学专业理论的基础。它是从法学的基本原理出发阐述法学普遍规律的。法学基础理论正是在古今中外各种类型的法律制度和法学进行广泛研究的基础上抽象、概括和总结出来的。由此可见,学习中国法制史,了解中国历史上各种类型的法律制度,有助于加深对法学基础理论的理解。同时,学习中国法制史,为学好各部门法学打下历史知识的基础。多年来司法实践和法学教育实践证明,学习中国法制史有助于加深对我国现行法律的理解,无论从事司法实际工作,还是从事法学理论研究工作,都应该具备这方面的知识,了解各部门法甚至其中某些名词概念等各方面的历史源流,这样,温故而知新,将会开阔我们的思路,从中得到启迪,对我们更好地理解现行法搞好本职工作,无疑是有很大帮助的。总之,学习中国法制史的目的不是为了向后看,而是为了理解现实,面向未来,在法制建设中“察古知今”、“鉴往知来”,因为历代统治阶级所以制定法律,其目的都是为了治理国家,其中有成功的,也有失败的,有精华,也有糟粕,我们要运用马克思主义的历史观从先人们给我们留下的法律文化遗产中,总结经验教训,去粗取精,为建设具有中国特色社会主义法制和法学提供历史依据。应该指出,任何拒绝吸取历史经验教训都是不对的,甚至可以说是愚昧的。当然,对于历史经验采取生搬硬套的做法也是不对的,是不顺应历史潮流的。

三 学习中国法制史的方法

中国法制史这门课程,涉及上下几千年的历史,内容相当广泛。在

较短的时间内,要学好这门课,并掌握这方面的知识,就应当注意以下几点:

第一,要掌握中国法制史发展的几个阶段。中国法制史的发展,经历了奴隶制时期、封建制时期、半殖民地半封建时期和社会主义时期。这是学习中国法制史首先要掌握的。然后,抓住这些大的历史阶段中,每一阶段又包括哪几个主要朝代和不同类型的法制。比如我国从夏朝开始进入奴隶社会,历经夏、商、西周、春秋四个时期。到战国,开始进入封建社会。自从秦始皇统一全国以后,直到鸦片战争以前的清朝,经过了延续两千多年的封建社会,这一时期各封建王朝所建立的法制,都是封建法制。1840年鸦片战争以后,中国社会逐渐沦为半殖民地半封建社会,在这一时期,又出现了代表不同阶级利益的不同类型的法制。1949年随着中国人民革命的伟大胜利,建立了中华人民共和国,从而开始建立了社会主义法制。大家抓住这个历史线索,就便于掌握我国法制发展的脉络,了解不同时期存在不同类型的法律制度。

第二,要掌握每个历史时期不同类型法律制度的特点。首先要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,是代表哪个阶级利益的,只有这样,才能够了解这一时期法律制度的阶级本质。例如,1840年以后清末王朝的法律制度,是半殖民地半封建经济基础的上层建筑,代表地主官僚买办阶级和帝国主义利益,因此,其法律制度既保存了封建制的因素,同时又吸收了西方资本主义国家法律的形式和内容,从而构成了半殖民地半封建法律制度的特点。

第三,要掌握法律制度本身的历史沿革关系。法律制度产生以后有它自身的发展历史,这种发展变化的原因主要是由于经济基础的变革与发展。敌对阶级之间的矛盾与斗争,统治阶级内部矛盾与斗争,以及统治阶级立法经验的积累等等,都会影响法律制度的变化。这些变化,有时并不是由于经济基础的变革而发生的,而是由于上面所谈到的其他种种原因,对法制的本质并无影响,只是在内容和体例上做些调整,就是在书上说的“有所损益”。所谓“损”就是去掉过时的、无用的;所谓益,就是增加现实需要的新内容。同时,内容的变化,相应地引起体例的变化。以封建社会的汉律而言,它是从战国时魏国的《法经》发展来的,商鞅在秦国变法时制定的新法,就是以《法经》为蓝本,仅把名称改了一下,改“法”为“律”叫秦律,共6篇,汉律又在此基础上增加了3篇,共9篇。同时,刑罚制度也发生了变化,把过去的墨刑、劓刑,逐渐由笞刑所代替,而其他刑罚仍然保留。到三国时,曹魏在汉律九篇的基础上又增加了9篇,共18篇,并把“八议”正式写入律文,在体例上又做了调整,即不仅增加了9篇,而且把带有“总则”性的《具律》,改为《刑名》列入篇首。这一调整使法典在体例上更加合理,因而为历代封建法典所承袭。大家在学习时要抓住每一时期法律历史的事实及其发展过

程,然后认真思考和比较,找出不同时期法律发展的特点。

第四,在掌握了一些部门法(如民法、刑法、婚姻法等)知识的基础上,还要学中国通史,这两点都是学好中国法制史不可缺少的。有了部门法的基础知识,就有利于理解历史上法律制度的内涵及其名词术语,以便于对其批判地继承和借鉴;有了通史知识,就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,就能够帮助我们加深理解某一时期法律制度的阶级本质、法制变革及其任务。

本书大纲及内容的组织,是根据我们在多年的法制史讲授中取得的一些体会,借鉴了国内多部相关教材内容的基础上编写的。在编写中力求做到忠于历史,观点正确,材料翔实,便于阅读,但是由于水平有限,可能也有不妥之处,希望给予指正。

第一章 夏、商的法律制度

(约公元前 21 世纪至公元前 11 世纪)

第一节 中国法律的起源

一 夏国家的建立

在我国,国家是什么时候产生的呢? 历来众说纷纭,但目前学术界比较普遍的看法是认为夏朝是我国的第一个奴隶制国家,“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,他还亲自“手持工具,沐甚雨,栉疾风”,“以为民先”,仍然没有完全脱离劳动,没有完全脱离人民大众。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”。“益干启位,启杀之”。通过暴力手段夺取了政权。从“启”开始,便把原来“大人世及以为礼”,“天下为公”的“大同”社会,演变成“天下为家”的社会。这就是中国奴隶制国家形成的标志,并表示中国已由原始社会进入了奴隶制社会。

大量史料表明,从“启”开始,作为阶级专政的工具——国家就产生了。恩格斯指出,国家跟旧氏族组织不同的第一个特征“就是它按地区来划分它的国民”。《左传》襄公四年引述周太史辛甲的话:“茫茫禹迹,划为九州”。说明“禹”时已开始突破依血缘关系为基础的部落界限,按照地理情况划分为 9 个行政区域,以便统治居民。恩格斯说的第二个特征“是公共权力的设立。……构成这种权力的,不仅有武装的人,而且还有物质的附属物,如监狱和各种强制机关,这些东西都是以前的氏族社会所没有的”。这个“公共权力”在夏代也具备了。所谓“夏后氏官百”中的“百”字并不是指数目,而是代表多的意思,由于史料缺乏,无从详细介绍。但可以考证,在中央设有掌管畜牧的“牧正”,掌管造车的“车正”,掌管王族膳食的“庖正”等;在地方则有管理九州居民的“州牧”。作为这种“公共权力”重要组成部分的武装力量,不仅具备,而且

在启与有扈氏大战于甘时,曾“乃召六卿”,所谓“六卿”,孔安国云:“天子六军,其将皆命卿也。”可见其数量之多。此外,为了维持这种“公共权力”,养活大批官吏,就需要居民缴纳捐税,可谓:“自虞夏时,贡赋备矣”。滕文公也说:“夏后氏五十而贡。”这些记载都说明在夏朝已经有了阶级社会统治者作为剥削手段的贡赋制度。恩格斯说:“捐税是以前的氏族社会完全没有的。”总之,恩格斯所说的关于国家与旧氏族组织的不同特点,在“启”以后都具备了,因此我们可以这样说:“启”开创了夏朝,成为中国历史上奴隶制国家的第一个帝王。

二 法律的起源

原始社会没有法律,调整社会成员之间的相互关系,主要靠人们在长期共同劳动、共同生活中形成的行为准则,这些准则就是不成文的习惯。这种习惯包括社会生活的各个方面,诸如祭祀祖先,崇拜图腾,共同劳动,平均分配,选举氏族或部落首领,以及防御外部侵袭,保护氏族和氏族成员的利益不受侵害等等,都是依靠各方面的习惯来调整。

“原始社会的习惯,对每个社会成员都具有普遍的约束力,虽然没有法律,但一切都是有条有理的。……一切问题,都由当事人自己解决。在通常情况下,历来的习俗就把一切调整好了”。这也正如我国古书上记载的,“神农无制令而民从”。这里所说的“制令”,就是指后世阶级社会的法律。当时虽然没有法律,但人们都严格地遵从着习惯。因为这种习惯反映了全体氏族成员的共同利益和要求,假如有人破坏或不遵从这种习惯,就要受到社会舆论的谴责。这种舆论的谴责,不是凭某个人的主观意志,而是具有社会性,形成一种社会力量,因而威力是很大的。正因为如此,所以原始社会的习惯才得以维持。

“除了舆论以外,它没有任何强制手段”。随着社会生产力的发展,私有制和阶级的出现,特别是调整对抗性的阶级矛盾,光靠社会舆论已无法维持了。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”。

在中国法制史中,国家与法的形成具有明显的中国特色,表现为:

1. 氏族血缘关系随着国家的形成而更加牢固

以血缘关系联结起来进行生产和生活,是人们摆脱原始群后最早的自然形成的组织形式,即氏族组织。先是母系氏族,人们“知母不知父,无亲戚、兄弟、夫妻、男女之别”。随着生产力的提高和男子在

生产中逐渐处于主导地位,中国由母系氏族社会进入了父系氏族社会,农业必须以土地为基本生产资料。以血缘关系联结起来的人们被固定在土地上,非迫不得已,不愿流动。因而无论是从母系氏族向父系氏族过渡所形成的父权家长制,还是此后逐步联结各氏族、部落、部落联盟以至形成国家,人们的血缘关系不但没有松动、解体,而是恰恰相反,逐渐被打上阶级烙印,越来越牢固,并且这种家国一体的格局,因国家的形成而越来越明确。在国家形成之后,国家组织的发展,不过是统治者贵族的血缘关系亲疏尊卑的日益制度化、法律化的反映。这个过程开始于夏,经历殷商,至西周趋于完备,西周宗法制即是这种历史必然的产物。

2. 部落联盟首领的权威在向国家过渡的过程中日益加强

从尧到舜再到禹,“帝”的权威在加速度地膨胀。但此时的“帝”毕竟还是相当松散的部落联盟的君主,直到西周的天子也不过是众诸侯国的首领,他在全国的实际权力,与秦始皇以后的专制君主根本不能相比,非不为也,实不能也。但是,既然没有统治阶级内部的民主,那么遇事动辄循“予一人”的路子走向君主专制,便是历史的必然。

3. 原始的礼由习惯演化为法

礼原来是祭神灵和祭人鬼的器具,盛有两块玉。后来供祭的酒也叫礼,再后凡是进行祭祀的一切活动统统叫礼。有这类活动就有一定的仪式,因而礼的最早涵义是为祭祀而举行的仪式,是人们自觉自愿遵循的习惯。出于对共同祖先的尊重和敬畏,能不能参加氏族祭祖的仪式,乃是区别人们是否属于这个氏族的基本条件,因为祖先是不享用外族人的祭祀的。氏族晚期,成员之间权力和财富的差别日益显著,富贵贫贱的分化日益突出,掌握权位者同时也占有财富,逐渐形成了氏族的贵族。贵族垄断了祭祀的主祭权,同时也控制了萌芽状态中的政治权利。在这个转变过程中,政权与神权逐渐合而为一。原始状态的礼也逐渐由氏族的习惯演化而具有法的性质和作用,原来用以区别血缘关系亲疏尊卑的礼,同时成了确定人们在国家组织中等级地位的法。

4. 刑起于兵,兵至于法

古人经常兵刑并提,兵即是战争。刑起于兵,说的是刑与战争分不开。所谓“大刑用甲兵”,指最重的刑罚是实行军事讨伐,有兴师问罪之意。如作为部落联盟首领的尧、舜、禹所进行的战争;国家形成之后,夏启对有扈氏的战争等等,均属动用“大刑”。“其次用斧钺,中刑用刀锯,其次用钻凿,薄刑用鞭扑”,则是惩治族内人们的轻重不同的刑罚。刑起于兵,兵刑同制,还表现为司法与兵政的掌管者一身二任。司法官称“士”或“士师”、“司寇”、“廷尉”等,原来都是军职。最后,为了取得战争的胜利,必须有严格的军纪即军法,严惩违纪者,因而战争中的军法就是中国法最早的一个主要形式。

综上所述,中国法的起源是由中国所处的具体历史条件决定的。在生产力提高,私有财产出现,社会逐渐划分阶级,以至形成国家的全过程中,氏族血缘纽带的顽强存在和加固,对祖先崇拜的礼逐渐具有阶级性,频繁的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。这些因素在中国法的形成中交互作用,并决定了中国古代法以君主意为转移,强调礼的指导意义,强调维护宗法伦常,以及偏重刑法、行政兼理司法等特点。

第二节 夏朝的法律制度

夏朝国家形成伊始,法制尚处草创阶段,古籍的有关记载虽然很多,却全是后人的追忆和传说,其中不乏可信的资料,但很难确切说明究竟。这里仅据有关文献作一简述。

一 夏朝的法律指导思想——“天讨、天罚”的神权政治法律观

氏族社会信奉天地鬼神的观念,对于夏朝法制具有极深的影响,是夏朝解释和论证罪与刑的基本根据,假借天意发布的王命是夏朝法的主要形式。禹不传贤而传其子,破坏了“禅让”制,曾经作为继承者候选人的益对此不服,起兵反对,为启所杀。当时有些氏族首领(如有扈氏)也反对启,实行武装夺权。启与有扈氏“大战于甘”,在誓师大会上发表《甘誓》:“嗟!六事之人,予誓告汝。有扈氏侮五行,怠弃三正,天用剿其命。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。”在《甘誓》中宣布有扈氏的罪状有两条:其一为“侮五行”;其二为“怠弃三正”,所以“天用剿其命”,而启与有扈氏的战争,则是为了“恭行天之罚”。“五行”这里指的是金、木、水、火、土五星,泛称天象,“侮五行”即不敬上天,算是最严重的犯罪,必须加以最严厉的惩罚。“三正”则指的是“车正、庖正、牧正”等,泛指文武百官,“怠弃三正”就是怠慢、放弃文武百官。启对作战人员的赏罚,也充分体现了鬼神崇拜的观念,在“祖”前行赏,在“社”前行罚。“祖”是供奉启的祖先神位之处,“社”是土地之神。在鬼神面前施行赏罚,以示秉承天命行事。启发表的讲话,充分说明了政权与神权的密切结合。同时“大刑用甲兵”作为中国法形成的一个重要特点,在此也可得到鲜明的印证。