

中国法律思想史
通史
①

国家“七五”社科重点课题 国家“八五”重点出版物

国家「七五」社科重点课题 国家「八五」重点出版物

中国法律思想通史

总主编

李光灿

张国华

山西人民出版社

责 编：王二贵 宋富盛

复 审：白小平

终 审：张彦彬

中国法律思想通史(一)

总主编 李光灿 张国华

*

山西人民出版社出版发行

030012 太原市建设南路15号 0351-4922102

<http://www.sxep.com.cn> E-mail: sxep@sx.cei.gov.cn

新华书店经销 山西人民印刷厂印刷

*

开本: 787×1092 1/16 印张: 53.75 字数: 1230千字

2001年3月第1版 2001年3月太原第1次印刷

印数: 1-1500册

*

ISBN 7-203-03199-3
D. 747 定价: 99.00元

前 言

自1985年以来,李光灿同志一再邀我合编一部多卷本的《中国法律思想通史》。兹事体大,而我又忙于教学和行政事务,无暇兼顾,实难胜任,多次要求推迟数年,俟准备就绪再说,无奈光灿同志壮志凌云,几番晓以弘扬中华民族法律文华之大义,并详细分析了我们的有利、不利条件和先后得失,权衡轻重,仍然认为不但可以上马,而且迟上不如早上。在他的鼓励和敦促下,只好承诺,表示愿附骥尾,共同主编。

概据分析,我们的有利条件主要有三:其一是,有马克思主义毛泽东思想的指导;其二是有一只有相当水平和较高科研能力的法律史队伍,包括建国以后脱颖而出的大批“青出于兰而胜于兰”的新秀;其三是,近百年来特别是解放后考古工作硕果累累,出土了大量前人见所未见、闻所未闻的法律文物和文献,而且已有不少同仁对其作过比较认真和深入的整理与研究。

当然,我们也有不少困难和问题最大的困难就是经费难以筹措,要组织起一支来自全国各地、四方八方的编写队伍,谈何容易。其次,我国历史悠久,上下数千年从未中断,涉及法律思想的人物为数众多,粗略估算,即使是知名人士也不下上百数十人;有关法律思想的典籍更不胜枚举;此外,还有不少尚未开垦、甚至尚待发现的处女地。工程如此浩大,必须充分发挥社会主义制度的优越性,组织起来,集思广益,联合攻关。经过半年多的反复磋商,终于组成了一个比较适当的写作班子,成立了编委会、拟定了大纲和计划,遴选了各分卷的正副主编,而光灿同志和我总其成。

所幸的是,我们的工作得到得了组织上的大力支持。从1986年开始,我们的编写方针、计划,经过社科基金有关领导的认可和核准,得以作国家重点科研项目正式列入“七五”规划,拨给了最必须的经费,立即投入了战斗。

遗憾的是,上马不久,作为本书的倡议者和总编之一的光灿同志竟积劳成疾,卧床不起。弥留之际,他紧握我的双手,嘱意排除万难,争取如期完成其未竟之业!

应当感谢全体编写成员对国家科研事业的忠诚和奋斗五年的不懈努力,也应当感谢

山西人民出版社在出版事业尚不景气的情况下慨允出版全书。还应当提到的是山西人民出版社的王二贵同志，他是一位有远见、有胆识而又熟悉业务的能够承担高层次大型图书编审工作的高级编辑。为了《通史》的出版，他长期反复努力奔波，认真审阅书稿、校样，做出了积极的贡献，才得以使这部五百多万言的《中国法律思想通史》终于能如期得以问世。誌此缘起，聊以告慰李老。

本书的编写总方针是：在坚持四项基本原则的前提下，坚决贯彻实事求是的思想路线和繁荣学术的双百方针；政治上必须和中央保持一致；学术上可以各抒己见，求同存异，服从真理，修正错误；组织上实行民主集中制，在民主讨论的基础上，由主编统一负责。

本书的编委会由总编、常务编委和各分卷正副主编组成。常务编委负责日常事务和最后审稿。为了便于工作，常务编委不得不从北京和邻近的天津成员中推选。限于水平，本书的缺点和错误一定不少，敬请读者指正并提出宝贵意见，以便今后修改。

张国华 1991年3月

MAH74/01

总 论

“路漫漫其修远兮，吾将上下而求索！”

《离骚》

一、中华法律文化源远流长

（一）五千年文明古国屹立东方

早在一百多万年前的旧石器时代，亚洲东部的黄河流域自西而东已生息、繁衍着中华各族人民的远古祖先。经历漫长岁月，大约在公元前三千年开始由原始公社过渡到阶级社会。

最早的阶级社会，一般只能是奴隶社会。原始社会末期，随着生产力的发展，私有财产的出现，父系制的取代母系制，阶级斗争日益尖锐，阶级压迫日益加剧，国家与法律随之也就登上历史舞台。正如恩格斯指出的：

“在历史上出现的最初阶级对立，是同个体婚制下的夫妻间的对抗的发展同时发生的，而最初的阶级压迫是同男性对女性的奴役同时发生的。个体婚制是一个伟大的历史的新进步，但同时它同奴隶制和私有财产一起，却开避了一个一直继续到今天的时代。在这一时代中，任何进步同时也是相对的退步，一些人的幸福和发展是通过另一些人的痛苦和受压抑而实现的。”^①

在中国，作为奴隶社会的开端和国家的诞生具体起于何时？史学界和考古学界的意见并不一致或不完全一致。

^① 恩格斯：《家庭、私有制和国家的起源》，《马克思恩格斯选集》第4卷第61页，人民出版社，1972年。

最早一种是距今五、六千年左右，相当于传说中的神农、黄帝时代。持此说者以唐兰先生主张最力。在七十年代讨论山东大汶口文化时期的社会性质问题时，他发表了好几篇论文如《大汶口文化的陶器文字看我国最早文化的年代》^①《再论大汶口文化的社会性质和陶器文字》^②《中国奴隶社会上限的远在五、六千年前》^③等。他认为“大汶口文化是从氏族社会进入奴隶制社会初期建立的奴隶制国家”；“中国历史还是应该从黄帝开始，中国有六千年左右的文明史”。他的论据主要有二：一是在大汶口的陶器上发现有六个“文字”，一个定在陶壶背上、五个刻在陶缸口上，而摩尔根在《古代社会》一书中是以文字的出现作为区别野蛮社会与文明社会的分野的；二是从大汶口墓葬有180多件，包比较贵重的象牙雕，有的则一无所有。此说当然甚合“炎黄子孙”的称谓，但论据尚嫌不足，“陶器文字”究竟是图画、符号或文字雏形，亦有争议，而且为数太少。

目前史学界根据考古资料、史籍记载和大量传说综合考察，比较普遍地倾向夏代世袭王朝的建立已进入奴隶社会、产生了国家。

恩格斯有一句名言：“国家是文明社会的概括”^④他在《家庭、私有制和国家的起源》一书中写道：“氏族制度已经过时了。它被分工及其后果即社会之分裂为阶级所炸毁。它被国家代替”^⑤夏王朝的建立标志着原始公社已由国家所代替，不但有大量考古资料可供参考，它有大量史籍（包括在传说）作了某些天才般的描述，特别是对夏以前和夏以后的比较更不能不令人折服，尽管这些作者并没有关于社会形态发展变化的科学认识。如《庄子·天下篇》假托一位“有道之士”伯成子高的话说：

“尧治天下、伯成子高立为诸侯。尧授舜、舜授禹，伯成子高辞为诸侯而耕。禹往见之，则耕在野。禹趋就下风，立而问焉，曰：‘昔尧治天下，吾子立为诸侯。尧授舜、舜授禹，而吾子辞为诸侯则耕，敢问：其故何也？’子高曰：‘昔尧治天下，不赏而民勤，不罚而民畏，今子赏罚而民且不仁，德自此衰，刑自此立，后世之乱自此始矣。夫子闾行邪！无落吾事。’俛俛乎耕而不顾”。

伯成了高可算是个忠诚的原始公社主义者，爱憎分明。这类传说从先秦到秦汉比比皆是。最具典型意义的当推《礼记·礼运篇》的论述：

①《光明日报》1977年7月14日。②《光明日报》1978年2月13日。③《大汶口文化讨论文集》齐鲁书社1981年。④《马克思恩格斯选集》第四卷第172页人民出版社1972年。⑤《马克思恩格斯选集》第四卷第165页人民出版社1972年。

“大道之行也，天下为公，选贤与能，讲信修睦。故人不独亲其亲，不独子其子，使老有所终，壮有所用，鰥、寡、孤、独、废疾者皆有所养；男有分，女有归，货恶其弃于地也，不必藏于己；力恶其不出于身也，不必为己。是故谋闭而不兴，盗窃乱贼而不作，外户而不闭，是谓大同”。

这是一幅多么美妙的原始公社蓝图！扣人心弦的赞歌！不禁令人陶醉，令人心向往之。

夏以后的情况又怎样呢？却完全是另一番景象，《礼运》接着写道：

“今大道既隐，天下为家，各亲其亲，各子其子，货力为己，大人世及以为礼，以正君臣，以笃父子，以睦兄弟，以和夫妇，以设制度，以立田里，以贤勇知，以功为己，故谋用是作而兵由此起。禹、汤、文、武、成王、周公由其选也。……是谓小康”。

这不正是夏以后的阶级社会，产生了国家与法律等等的写照吗？无论原始公社的终结，还是阶级社会的开端，都是以夏王朝（国家）的建立作为分水岭的。

中国的历史即以夏王朝的建立作为进入文明社会的开端，也足以列入世界文明古国之林，可与古埃及、巴比伦、印度媲美。而“源远流长、从未中断”，则只此一家。无论汉族主政或其他兄弟民族主政，都是整个中华民族这一大家庭的成员。

有了国家，也就自然会有体现“国家意志”的法律和相应的法律文化。从夏代开始的中华法律文化，象整个中华文化一样，源远流长，经历了奴隶社会、封建社会、半封建半殖民地社会，直到1949年中华人民共和国成立并过渡到社会主义初级阶段。这之中，除沦为半封建半殖民地的近代以外，可以自豪地说，中国并不落后。

必须指出：“源远流长、从未中断”，并不只是一个简单的时间长短问题，而有其能够承受长期历史考验的深邃的内在因素。这就是中华各族人民以其辛勤劳动的生产斗争、不屈不挠的革命的斗争和聪明才智，创造了举世瞩目的灿烂文化，博大精深，自然而然地具有持久的生命力、凝聚力、向心力；产生了广大人民皆以“炎黄子孙”为荣的民族自豪感和爱国精神。与此同时，中华民族又素有爱好和平、不畏强暴，敢于反抗、敢于变革的坚强意志。除少数败类外，“威武不能屈、贫贱不能移、富贵不能淫”，始终是中华民族的主流。

(二) 中华法律文化根深叶茂

在整个中华文化中,中华法律文化可算是一朵根深叶茂的奇葩。它对于偌大一个多民族大国之所以能“统一安定时多、分裂动乱时少”,实起着不容忽视的重大作用。特别值得提出的是,中华法律文化的历史地位和价值不是随着时间的推移逐渐减色,而是随着考古学和古文字学的发展,日增光采。

解放后由于考古工作进展神速,大量长眠地下的文物不断出土,其中有关法律的铜器铭文、竹简、帛书、木牍等等为数众多,不但证实和澄清了一些古籍的真伪,平反了其中一些冤假错案,而且屡有新的发现,充实和丰富了古代法律文化。

前者,比较突出的例证就是记载西周的政典、官判、礼仪的《周礼》(一名《周官》),曾长期被贬为“伪作”,打入冷宫,并殃及池鱼,有关夏、商、周的古籍很多都在怀疑之列。现经一些学者对照金文加以比较,可以确定《周礼》虽非周公本人所作,但其内容基本符合西周实况,称之为古代最早而又系统的“行政法典”亦不为过。《周礼》的性质类似古印度的《摩奴法论》(旧译《摩奴法典》)和较其更早的其他《法论》。

依近代学者考证,“战国前无私家著作”^①。章学诚在《文史通义》中也曾说过:“六经皆史也。古人不著书,古人当离事而言理。六经皆先王之政典也”^②有人以此为根据,从而推断中国古代文化贫乏。但即使如此,至少法律文化亦应排除在外。恰恰相反,所谓“政典”也就是王室之诰、誓、典、则、礼、刑法之属,都同法律有关,适足以证明古代法律文化之盛,只是出自官府而非民间。与此相应,联系到周初的大政治家、思想家周公的地位也当上升。他总结殷、周先人的经验和习惯,“制礼作乐”;首倡“以德配天”的君权神授说,促使中国法律史由神权时代转入“礼治”时代;在刑法方面,他要求区分故意和过失,累犯和偶犯;反对族株,主张“父子兄弟罪不相及”;提倡“明德慎罚”,等等,连英、美的一些刑法学家也认为远超西方,不能不为之叹服。概而言之,周公其人堪称中国法律史学的先驱和开拓者。春秋末年的孔子及其所创立的儒家,基本上继承和发展了周公的思想。作为孔子本人,最大的贡献主要在于他提出了“仁者爱人”的伟大命题,和“礼下庶人”,“有教无类”等主张,反对奴隶制,维护封建制;主张统一全中国,反对分裂割据。从他和他所创立的先秦儒家开始,逐渐使奴隶制的“礼”转化为封建制的“礼”的孔子之所以被封建统治者奉为“圣人”,绝非偶然,其影响之至大且巨,古代西方实难找到能与其匹敌者。

^①《古史辨》第4册第8页上海古籍出版社。^②《文史通义》第一册易教上第一页万有文库本,商务印书馆发行。

再如 1975 年湖北云梦睡虎地《秦律》之出土，更使人耳目为之一新。从战国初年李悝在魏国变法，撰次诸国法制《法经》开始到商鞅携之入秦在秦变法，改“法”为“律”，直至秦始皇统一六国。《秦律》较之《法经》，其发展迅速和完备程度，如无出土文物加以证实，实难以令人置信。嗣后，汉承秦制，历代封建王朝都纷纷仿效，制定了各自的成文律典，作为开国奠基的“定制”和“常法”，并辅之以适时应变的判例。特别是从西汉中期开始，采纳了当时一些饱读诗书以董仲舒为代表的儒生们的建议，“罢黜百家，独尊儒术”，选择了先秦素以善于继承、吸收、融合著称的儒家为主干形成了统治中国长达两千年之久的封建正统思想，以之作为行政、立法、司法的指导，并着手改造原由法家思想指导下制定的法律政令。

应当指出的是，这种封建正统思想虽然名为儒家，实际上已非先秦儒家。它在思想上是以儒为主、儒法结合的产物，并吸收了先秦道、墨、阴阳五行家以及夏、商以来的天命神权各种有利于维护封建统治的思想因素；在政治法律制度上则以礼为主、礼法统一，并治制定法、习惯法、判例法于一炉。

从西汉中期开始，历经东汉、三国、魏、晋、南北朝直到隋唐以儒家经典注释法律、讲解法律著称的“律学”之所以盛极一时，实即适应将原由法思想指导下制定的法律使其儒家化的需要而产生的。其办法就是通过各种渠道和形式“纳礼入律”。这一过程延续了六、七百年，它的结晶即《唐律疏议》。就维护封建统治的封建法典来说，《唐律疏议》之精微缜密，在世界范围内无论东方、西方都无与伦比，因而得以成为中华法系的主要支柱，独领风骚上千年，上源西周，下迄清末，甚至延续到解放前，旁及日本、朝鲜、越南等周边诸国，影响所及远达欧洲。

中华法律文化之所以源远流长、根深叶茂，就在于它是以家族为本位，由家族而宗族而邦国自然地成长起来，并同主张礼治，维护家长制、君主制的儒家所提倡的伦理道德观念紧密结成有机的牢固体系，积累了保证旨在加强统治农民的国家机器的运转和管理这样一个多民族大国的极其丰富的经验。甚至当十七、十八世纪，英法等老牌资本主义国家仍不断向封建的中国吸取统治经验。如英、法的文官制度，就是由十六世纪传教士的中介，接受中国科举制度的启迪，从中国移植过去的。面对这样一个古老的封建帝国，非有一种新的生产方式能破土而出和新的先进阶级从理论和物质上起来领导，激发出广大受压迫的人民群众（主要是农民）无比巨大的潜力和革命热情，是难以摧毁其“礼教之坊”的。何况中国的封建统治者似有一种本能的预见，自先秦开始就“重农抑商”，从思想上、政策法律上采取各种措施保护自然经济、抑制商品经济的过分发展，直到宋、明理学的“存天理、灭人欲”，除企图消弭农民的反抗意志外，同时也压抑商品经济，因而使得以商品经济的高度发展为前提的资本主义很难萌芽和茁壮。这正是中国的

资本主义迟迟难产的内在原因。

中国的落后始于十九世纪，特别是鸦片战争失败以后，其罪魁祸首就是外国资本帝国主义的侵略以及为虎作伥、顽固不化的封建专制统治。鸦片战争前后，中国的封建统治已反动腐朽、积贫积弱，而西方资本主义则方兴未艾，跃武扬威、横行霸道，不可一世。“国弱则侮多”，东西方列强先以铁甲大炮轰开中国大门，妄图鲸吞瓜分，继之以蚕食膏割，终于沦中国为半殖民地半封建社会。但即使如此，中国人民并没有屈服，从太平天国农民革命到资产阶级改良派、革命派，前仆后继，奋起反抗，并在“伟大的民主革命先行者”孙中山先生的领导下通过“辛亥革命”推翻了长达两千多年的封建帝制，创造了“民国”。但是，软弱的民族资产阶级不可能领导中国人民反对帝国主义、封建主义的斗争到胜利，从根本上改变中国社会的性质，所以辛亥革命后旋即转入军阀混战，生灵涂炭。最后才在马克思主义理论武装起来的中国共产党领导下，终于推翻了三座大山，建立了中华人民共和国，中国人民从此真正站立起来了。

“沉舟侧畔千帆过，病树前头万木春”，我们现正开天辟地地建设有中国特色的社会主义，谱写中国历史的新的篇章。我们的社会主义法学和法制也正以前所未有的速度和规模进行着和发展着。但我们的法学和法制也必须具有中国特色、这就要求我们除认真总结建国以来的现实经验，深入了解中国的今天以外，还必须了解中国的过去、中国的历史，无论精华也罢、糟粕也罢，都需要了解，以便“取其精华，去其糟粕”。毛泽东同志早就说过：“学习我们的历史遗产，用马克思主义的方法给以批判的总结，是我们学习的另一任务。我们这个民族有数千年的历史，有它的特点，有它的许多珍贵品、对于这些，我们还是小学生。今天的中国是历史的中国的一个发展；我们是马克思主义的历史主义者，我们不应当割断历史。从孔子到孙中山，我们应当给以总结，继承这一份珍贵的遗产。^①江泽民同志在《庆祝中华人民共和国建国十周年大会上的讲话》中更进一步指出：“要积极吸收我国历史文化和外国文化中的一切优秀成果，坚决摒弃一切封建的、资本主义的文化糟粕和精神垃圾。当前在这个问题上，要特别注意反对那种全盘否定中国传统文化的民族虚无主义和崇洋媚外思想”。

二 中国社会与中国法律

中国法律文化是扎根、生长和开花、结果于中国社会这块大地上的。要理解包含在

^① 《中国共产党在民族战争中的地位》、《毛泽东选集合订本》第499页

中国法律文化之中的中国法律思想，首先必须理解中国社会。本书以研究中国法律思想为对象，不拟全面探讨中国法律文化，更不拟全面探讨中国社会，但三者又是一个有层次、有联系的统一体，譬诸一棵树，不能不谈中国社会，否则便成无本之木。

（一）· 中国社会的性质与特点

中国社会是个多样化的大千世界，繁花似锦。受本书研究对象所界定，我们只限于研究那些对中国法律思想起决定或主导作用的本质属性。这些属性对于其他和中国情况不同的地区、民族、国家来说，也就是中国社会的特性。

1. 从宏观上看，中国自古以来就是一个以自然经济为基础和以农业生产为主的社会。解放以前，自然经济和农业生产在社会形态发展的各个阶段，所占比重虽有变化，但并不显著。商品经济和工业化程度始终没有占居主导地位，历时之久，世界罕见。这显然不同于那些商品经济发达，工业化程度高的资本主义国家。尽管同是私有社会，在资本帝国主义的侵略和压迫下，中国根本不可能进入发达的资本主义世界。

2. 以血缘为纽带的宗族制度经久不衰。家族制度源于父系氏族社会，中国在进入阶级社会时，由于“早熟”，生产工具限于木、石、骨、蚌，生产力的发展水平未能冲破氏族的外壳、瓦解氏族，使其内部分裂为对立的阶级，而弱小或战败氏族部落的成员甚至整族成员沦为奴隶。而显贵氏族不但发展为拥有奴隶的家族、大家族，而且扩大为共一祖先的多个家族相结合的“宗族”。“宗族”有共同的始祖和祭祀祖先的宗庙。宗族有族长，称宗主，一般由显贵家族的家长担任或由嫡系一支的嫡长子世袭。宗主掌握公共财产和公堂、监狱、武装以及族规、家法，俨然一级政权组织。宗族之上为公族、再上为王族。这种以家族为基础的奴隶制，过去称为“部族奴隶制”或“种族奴隶制”，但二者均不贴切，前者易与部落相混，后者易与人种学上的种族相混，称之为“宗族奴隶制”较合中国历史实际与国情。中国古代的夏、商、周三代基本上都是沿着这种由家族、宗族、公族到王族的路线发展成王朝和国家的，而以西周最为典型。

在“宗族奴隶制”下，宗族内部虽有阶级分化和对立，但阶级斗争的剧烈场面主要是在宗族外部即宗族与宗族特别是与异姓宗族之间的战争形式进行的。这种战争实质上是强宗大族与弱小宗族之间掠夺土地、奴隶和反掠夺反奴役的斗争。只是到了后期，阶级斗争日益尖锐、血缘关系日益疏远，奴隶起义，国人暴动，才显现其奴隶、平民反对奴隶主贵族的阶级实质。这是中国奴隶社会阶级斗争的一种特殊形式，或者说奴隶社会阶级斗争的中国版。

3. 西周继商末之后确立了嫡长继承制，形成了一套远较夏、商完整的宗法制度。所谓“宗法”，即以血缘为纽带调整家族、宗族内部关系，维护家长、族长的统治地位和世

袭特权的行为规范。西周的姬姓贵族掌握国家政权后便把本族的宗法关系和国家组织直接结合起来，逐级任命和分封自己的亲属担任各级官吏并世袭下去。于是便在贵族内部组成了一个从周天子、诸侯、卿大夫到士的“王臣公、公臣大夫、大夫臣士”^①的宝塔式等级，层层榨取奴隶和平民。在分封时，还规定了上下级之间的权利和义务。下级必须听从上级的政令、交纳贡赋（包括进献奴隶）、定期朝谨或述职、提供劳役，接受军事调遣、服从裁判等；上级则有保护下级不受侵犯和排难解纷的责任。

西周这套制度有两个主要特点。一个是划分等级、进行分封和世袭，基本上都是按宗法关系进行的。首先分封自己的亲属，特别是血缘最近的亲属为诸侯。诸侯以下也如法炮制。天子、诸侯、卿大夫等的职位都由嫡长子世袭。嫡长子是土地和权位的法定继承人，地位最尊，称之为“宗子”。周天子是全族之主，奉祀全族的始祖，称“大宗”。他的同母弟与庶兄弟则封为诸侯，叫“小宗”。每代诸侯也由嫡长子继承，在其侯国内为“大宗”、他的同母弟和庶兄弟为卿大夫则为“小宗”。直到最下级贵族士。士的嫡长子仍为士，其余诸子则为平民（国人）。按照“宗法”，“小宗”必须服从和尊敬“大宗”，“大宗”则应爱护“小宗”。这种分封制和宗法制的结合既保证了各级政权主要掌握在被认为是最可靠的自己亲属手中，并使他们能世代充当封地内的统治者、享有封地内的剥削收入。又在天子、诸侯、卿大夫等各级贵族之间，除政治上的上下级关系外，更加上一层“小宗”服从“大宗”的血缘宗法关系，以便利用血缘来巩固他们的统治、利用族权来加强联系。异姓贵族在自己的封地或领地内也有自己的“大宗”、“小宗”。因此，西周的这套宗法制度，又叫“宗法等级制”。按地区划分居民，本来是国家形成的标志之一，而中国古代的奴隶主却行双轨制，既按地区，又按血缘，在不同地区的不同宗族往往聚族而居。

西周的宗法等级制，还有另一特点，就是经济上的土地所有权和政治上的统治权直接联系。周天子享有全国土地的最高所有权，全国土地和臣民名义上都归周天子所有，即所谓“溥天之下，莫非王土；率土之滨，莫非王臣”。^②然后由周王把土地连同居住在土地上的居民分封给诸侯，叫做“分国土、建诸侯”或“封邦建国”^③。京城周围的地区则归周王直辖，叫“王畿”。诸侯分封以后，除保留“公室”直辖的封地外，又同样分封给其属下的卿大夫。卿大夫的封地叫“采地”或“采邑”。卿大夫以下的士则由卿大夫分给“食田”。士以下便是平民和奴隶。当时的土地“田里不鬻”^④，不许自由买卖，只能由上级分封或赐与。但实际上贵族分得土地后，便代代世袭下去逐渐据为己有，国王或诸侯也无力收回。为了计算封地的大小，特别是为了便于管理和监督从事集体耕作的农业奴

① 《左传》昭公七年② 《易经·小雅·北山》③ 《国语·晋语四》。④ 《礼记·王制》

隶（“众”或“庶人”）的劳动，奴隶主贵族便把土地划成类似井字形的方块，以田作为基本单位。“田”字古文作形，故称“井田”。这种以井田为形式的土地王有制，实际上就是各级贵族垄断全国土地，残酷剥削和压迫被固定在土地上的奴隶以及其他劳动人民的经济基础。这种经济上的土地所有权和政治上的统治权的合而为一，对于维护周王的统治显然极为有利。受封的贵族无论在经济上还是政治上都得接受周王的统治，因而周王便被尊为天下诸侯的“共主”。在这种制度下，奴隶主贵族一般说来始终是贵族，发展到后来，不但周王、诸侯和各级大夫是世袭的，作为周王和诸侯手下重要职官的“卿”也变成世袭的，因而形成了“世卿世禄制”。

西周的宗法等级制，我们之所以不惮其烦地多加论述，不但因其在维护西周王朝的长治久安上起过重大作用，尤其在于它对以后封建社会的影响深远。中国古代社会之所以称为“宗法社会”，中国古代政治之所以称为君主制、家长制（父权制）、等级制等等，莫不莫基于此。除分封制变化较大外，毛泽东同志在《湖南农民运动考察报告》中所提到的政权、族权、夫权及至神权都可在西周找到渊源。

4. 春秋战国之交，中国开始由奴隶社会转入封建社会。春秋时期，以农业为主的社会生产力由于广泛使用铁器和推广牛耕有了长足的发展，使一家一户的个体生产成为可能，并迅速发展起来，不再像西周那样非靠集体耕作的奴隶劳动不可。以剥削个体农户为主的封建地主阶级通过各种途径也迅速壮大，变成新的封建经济的代表。特别重要的是，这种新的封建生产方式得到了广大劳动人民的支持和拥护，众多的奴隶通过起义和逃亡转化为农奴和各种形式的封建依附农民和自耕农。他们的生产积极性比奴隶大大提高。甚至使不少中、下级奴隶主贵族也感到使用封建剥削比奴隶制剥削有利，因而纷纷转化为封建贵族和地主。当时摆在封建制前面的有两条道路：一条是由大奴隶主贵族转化而来的封建贵族想走的道路。这些封建贵族多系国君的宗室和姻亲，曾协助封建国君取得政权。他们的多数虽已封建化了，但仍想在新的封建基础上继续享有过去奴隶主贵族所享有的各种世袭特权和把持国政，实行以国君为首的家长式的贵族专政。因此，他们仍然主张沿袭过去作为奴隶制上层建筑的“礼制”。在这一点上他们与以往的奴隶主贵族有很大的共性；而且他们自己也往往一身而二任：既是封建主又是奴隶主。他们所想走的道路颇像后世欧洲中世纪的封建领主制^①。另一条是那些非贵族出身的新兴地主阶级则要求走封建地主经济的道路。他们既无贵族身份，即使有也只是贵族中的极下层；他们中的多数主要是在兼并战争中立有军功的军功地主；也有一部分是从平民中上升或经商致富购买土地（春秋以来土地国有和井田制被破坏，土地已可自由买卖）或巧取豪夺

^① 参见《世界文明史》第一卷 P181—182 中译本商务印书馆 1990 年版

而成地主的。所有这些非贵族出身的新兴地主阶级则极力反对贵族继续享有世袭特权，不但反对旧的奴隶主贵族也反对新的封建贵族享有这种特权，因而他们必然反对维护和保障贵族特权的宗法等级制、世袭制和分封制，主张取消或限制贵族垄断政治、经济利益，要求让他们也有权担任各级官吏和占有土地；并通过兼并战争实现国家的统一，以发展他们的政治经济势力和巩固他们对广大农民和其他劳动人民的统治。

在这样两条道路、两大势力的较量中，各诸侯国的国君虽然本是奴隶主贵族或奴隶主贵族转化而来的封建贵族的头目，但他们都逐步站到非贵族的新兴地主阶级一边。这主要是由于他们对其他贵族怀有戒心，惟恐被其取而代之，而新兴地主阶级的要求才符合他们的心意：既有利于削弱和打击其他贵族的分裂割据势力，加强君权；也有利于富国强兵统一全国和巩固其对人民的统治。因此，当时由新兴地主阶级发动的变宗法制为地主制的变法革新运动一般都能取得诸侯国君的支持，自上而下地进行。这种变法革新运动风起云涌，几乎各诸侯国都在进行。起步最早而又最著名的是战国初期李悝在魏国的变法，其次是吴起在楚国的变法。秦国的商鞅变法虽然起步较晚但最彻底，终于为尔后秦始皇统一全中国奠定了基础。

这场变法革新运动，实质上是一场变奴隶制为封建地主制的社会革命，加上春秋后期的前奏曲，历时数百年，波澜壮阔，牵动了全社会的各个阶级、阶层和各个方面。在思想、政治、法律战线上和整个社会演出了文武并茂、百家争鸣、百花齐放的连台好戏，并成为中国古代学术无比繁荣的黄金时代。中国的法律文化，特别是法律思想和法理学也大放异彩，达到了空前的高度。

5. 秦始皇消灭六国，建立起高度中央集权君主专制的统一的多民族大帝国。这在中国历史上是亘古未有的壮观。秦王朝是在法家思想指导下建立的，法家思想得以成为当时整个中国的统治思想。由于法家主张“法治”，一贯重视法律和法制建设，所以到秦始皇时各个方面“皆有法式”^①。如前所述，这在1975年湖北云梦出土的秦简中进一步得到了证实。但是即使经过战国以来法家反对礼治的斗争，法家的法治已取代西周的“礼治”成为统治思想，但根深蒂固的“礼”并未彻底崩坏，除郡县制取代了分封制，非世袭的官僚制取代了世袭制外，对家长制的触动并不大，而且《秦律》仍以家族为本位，特别是君主制反而变本加厉发展为极端的君主专制。

6. 采取法家思想为指导的秦王朝虽然取得统一全中国的重大胜利，令人不解的是如此强大的帝国不二世即被陈胜、吴广领导的农民起义所推翻。代秦而起的西汉王朝吸取秦亡的教训，认为问题不在政体和法制，而在统治方法上过分倚仗暴力、横征暴敛、滥

^① 《史记·秦始皇本》

用民力、严刑峻法，因而激化了与农民的矛盾，转而采用道、法结合的黄老思想为指导。黄老主张清静无为，约法省刑、与民休息，实际上也就是想用道家之所长来补法家之所短。在黄老思想的指导下，当时的社会经济很快得到了恢复并有所发展，封建统治者与农民的基本矛盾也有所缓解，出现了所谓“文景之治”。但黄老思想过于消极，不利于统治者的搜括和中央集权制的巩固，也不利于加强对人民的控制。经过君臣反复商讨进一步谋求一种既不像法家那样急峻，又不像道家那样消极，而又更有利于维护封建统治的思想来作指导，最后到汉武帝时接受董仲舒等的建议，罢黜百家，独尊儒术，开始奉儒家思想为正统。

但这时的儒家前面已经指出它不同于先秦儒家，而是以儒为主、儒法结合的产物，并吸收了道家（黄老）、阴阳五行家以及殷周以来的天命神权等各种有利于维护封建统治的思想因素。董仲舒等正是在这一基础上，将封建的意识形态概括为“君为臣纲、父为子纲、夫为妻纲”^①的三纲。鼓吹“三纲合‘天尊地卑、阳贵阴贱’的‘天象’，是上天有目的的安排，‘受命于天’的‘天子’（皇帝）是‘承天意’来统治臣民的。从而把父权、夫权、特别是君权神化；把封建政权、族权、夫权、神权等四权拧成为‘束缚中国人民，特别是农民的四条极大的绳索’^②。与此同时，他们又把儒家的‘德主刑辅’也说成是上天‘任阳不任阴、好德不好刑’^③的‘天意’，并以‘道之大原出于天，天不变道亦不变’^④的形而上学，将三纲和‘德主刑辅’绝对化为永恒不变的真理。经过这番炮制，终于形成了统治中国长达两千多年的封建正统思想，而封建正统法律思想则是其中的重要组成部分。

7. 封建礼教与封建法制紧密结合，以“三纲”为核心的封建正统思想形成后，不胫而走，迅速社会化，以至覆盖整个社会。由“儒学”而“经学”，而“礼教”。封建统治者倡之于上，士大夫奉之于中，知识士子习之于下，而且深入民间，善男信女，不可胜数。它不是宗教却胜似宗教，无论世界上那一教派都没有它这么多信徒。这样的盛况实出当时创立儒家的孔夫子始料所不及。

但应看到，礼教信徒之众还有其更深层的根源，那就是中国社会从奴隶制开始就是以家族为本位的宗法社会，“臣顺君、子顺父、妻顺夫，三者顺则天下治，三者逆则天下乱，此天下之通谊”^⑤，已成天经地义的“人伦物理”。先秦法家“好利恶害”的人性论未能摧毁它；先秦墨家的“兼爱”、“尚贤”，尽管“博大精深”也未能取代它；秦汉以降的佛教、道教和魏晋玄学“出世超俗”的冲击波，虽然在一定程度上危及到儒学礼教在理

① 《礼记·乐记》正义引《礼纬·含文嘉》② 《湖南农民运动考察报告》《毛泽东选集》第一卷③ 《春秋繁露·天道无二》④ 《汉书·董仲舒传》⑤ 《韩非子·忠孝》

论上的正统地位，特别是释道势力处于颠峰之际，大有三家争雄架式，但也好景不常，善于吸取各家（包括对立面）之所长以充实或修补自己的儒家思想，却从释、道中吸取可资利用的因素将汉儒董仲舒等创立的作为礼教理论根据的“天人感应”、“天人合一”的原本粗糙浅陋的神学体系加以改造，使其思辨化、哲理化，戴上了宋、明“理学”和“心学”的桂冠，从而保持和加固了其正统地位。

宋明理学家们将“三纲”化为“天理”，将一切违反“三纲”的思想言行说成“人欲”。他们的说教归纳为一点，即“存天理、灭人欲”。它不但是继“孔孟之道重义轻利”的“道统”，又是立法、司法、行政的指导。这种“以理杀人”、“破心中贼”的方法又使儒家正统思想稳住了阵脚。不但宋明陈亮等的功利主义、明清之际启蒙思想黄宗羲的“天下之法”、“工商皆本”冲不破它，即使对近代资本主义的“人欲横流”，它也阻挡了一阵，起到了一定的堤坊作用，虽然它只是一道土筑的防线。所以直到“五四”运动，仍须提出“打倒孔家店”的反封建口号

（二） 中国传统法律的基本内容及其演变

中国传统法律一般指解放前自古以来的中国法律和法律制度（简称法制）。法律制度的内容较法律广，往往包括法律条文、法律制度及其执行和设施。它同法律思想是姊妹篇，二者都是法律文化的主要组成部分。我们通常所谓《中国法律史》即《中国法律制度史》（或《中国法制史》同《中国法律思想史》的通称或连用）。

中国古代素有“正名”传统，名以指实，要求名实相符，而古代汉语往往一字或一词多义，用法又“言人人殊”，时代不同，义亦累变，更需讲求。本文不拟从事训诂考据，只就法律思想史常用的几个基本名词、概念，作些常识性的说明，指出其习惯用法，稍加发挥并予以通俗化，而且只是一孔之见，远非定论。

①“礼”和“刑”。礼、刑早出，均见甲骨。“礼”原指祭祀鬼神时一种礼仪。甲骨文作、、等形，象征豆盘盛玉，祭祀祖先、上帝，以示诚敬^①。《说文解字》：“礼、履也，所以事神致福也”。殷人“尊神”，认为只有履行这样的仪式方能得到鬼神即祖先和上帝的赐福和保佑。可见“礼”一开始就是和神权、族权紧密联系着，并含有行为规范的意义。礼到西周，随着宗法思想与制度的系统化而发展成维护宗法等级制的“礼制”。西周的“礼”经过不断充实，内容非常庞杂，包括政治、经济、军事、教育、行政、司法、宗教祭祀、婚姻家庭、伦理道德等各个方面。所以《礼记·曲礼上》说：“道德仁义、非礼不成，教训正俗，非礼不备；分争辨讼，非礼不决；君臣上下、父子兄弟，非

① 参见王国维《释礼》，《观堂集林》卷六。