



普通高等教育“十一五”国家级规划教材

21世纪中国高校法学
系列教材

主 编 马作武
副主编 张洪林
任 强

中国法制史 (第四版)

中国人民大学出版社

普通高等教育“十一五”国家级规划教材

21世纪中国高校法学
系列教材

中国法制史（第四版）

主 编 马作武

副主编 张洪林 任 强

撰稿人（以撰写章节先后为序）

马作武 张振华 张洪林

傅鸿栋 曹 智 林娟娟 任 强

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法制史/马作武主编. —4 版. —北京: 中国人民大学出版社, 2016. 3
21 世纪中国高校法学系列教材
ISBN 978-7-300-22371-1

I. ①中… II. ①马… III. ①法制史-中国-高等学校-教材 IV. ①D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 017195 号

普通高等教育“十一五”国家级规划教材
21 世纪中国高校法学系列教材
中国法制史 (第四版)
主 编 马作武
副主编 张洪林 任 强
Zhongguo Fazhishi

出版发行	中国人民大学出版社	
社 址	北京中关村大街 31 号	邮政编码 100080
电 话	010-62511242 (总编室)	010-62511770 (质管部)
	010-82501766 (邮购部)	010-62514148 (门市部)
	010-62515195 (发行公司)	010-62515275 (盗版举报)
网 址	http://www.crup.com.cn	
	http://www.ttrnet.com (人大教研网)	
经 销	新华书店	
印 刷	北京七色印务有限公司	版 次 2004 年 3 月第 1 版
规 格	185 mm×260 mm 16 开本	2016 年 3 月第 4 版
印 张	15.75 插页 1	印 次 2016 年 3 月第 1 次印刷
字 数	389 000	定 价 32.00 元

第四版修订说明

这本教材自 2004 年出版后，已在全国多所高校使用，受到广泛认可。此后对教材进行了若干次修订，即 2007 年第一次修订，2011 年第二次修订。此次再次修订，主要是根据教材适当增加了一些文献原文、经典案例、著名法律人物画像、古代法律文化的图片等内容，以增加教材的可读性和直观感。修订工作由我的博士生官正艳同学协助完成，部分图片由中南财经政法大学陈景良教授提供，在此一并致谢！

马作武

2015 年 6 月 20 日

序 言

本教材依照国家教育部颁行的《全国高等学校法学专业核心课程教学基本要求》编写完成，按照历史发展的先后顺序，全面、系统地介绍了中国法律产生、发展及演变的历史，对不同历史时期的法律思想、主要立法及法律制度的基本内容予以总结和评述。本教材吸收了中国法制史学科研究的最新成果，学术观点上采用目前学界的通说，并虚心而审慎地以其他相关著作和教材为参考和借鉴，从而使本教材具有资料丰富、内容简明、线索清晰、评论允当的特点，是高等学校法学专业学生及其他爱好中国法制史的读者理想的教材和读物。

本书由马作武担任主编，张洪林、任强担任副主编，撰稿人有（以撰写章节先后为序）：马作武、张振华、张洪林、傅鸿栋、曹智、林娟霞、任强。

马作武

2003年3月于中山大学法学院

目 录

导 论	1
第一章 夏、商的法律制度	6
第一节 中国法律的起源	6
第二节 夏朝的法律制度	11
第三节 商朝的法律制度	13
第二章 西周的法律制度	20
第一节 西周的法律思想	20
第二节 西周的宗法等级制度	22
第三节 西周的主要法律形式及礼与刑的关系	23
第四节 西周的刑事法律制度	28
第五节 西周的民事法律制度	31
第六节 西周的司法制度	35
第三章 春秋战国时期的法律制度	39
第一节 春秋时期法律制度的变化	39
第二节 战国时期法律的发展	43
第四章 秦朝的法律制度	54
第一节 秦朝法律的主要内容	54
第二节 秦朝的司法制度	66
第五章 汉朝的法律制度	69
第一节 汉朝法制指导思想的变化	69
第二节 汉朝立法概况与法律形式	73
第三节 汉朝法律制度的主要内容	74
第四节 汉朝的司法制度	82
第六章 三国两晋南北朝的法律制度	86
第一节 三国两晋南北朝时期法律制度的主要发展变化	87
第二节 魏晋律学及刑法制度的演变	91
第三节 三国两晋南北朝时期的司法制度	95
第七章 隋唐的法律制度	97
第一节 隋朝《开皇律》与唐初立法	97
第二节 《唐律疏议》的主要内容和基本精神	103
第三节 唐朝法律的主要内容	112
第四节 唐朝的司法制度	121
第八章 宋、辽、金、元的法律制度	126
第一节 宋朝法律制度	126

第二节	辽、金立法概况及法制特点	139
第三节	元朝法律制度	140
第九章	明朝的法律制度	147
第一节	明初立法思想与立法概况	147
第二节	法律内容的发展及特点	151
第三节	明朝的司法制度	157
第十章	清朝的法律制度	162
第一节	清朝立法思想与主要立法	162
第二节	清朝法制的发展及特点	165
第三节	清朝的司法制度	169
第四节	太平天国法制概况	172
第十一章	清末法律制度的变化	175
第一节	清末变法修律的指导思想	175
第二节	清末变法修律的主要内容	177
第三节	清末司法制度的变化	184
第十二章	中华民国南京临时政府的法律制度	189
第一节	孙中山的立法思想	189
第二节	南京临时政府时期的立法活动	191
第三节	南京临时政府的司法制度	196
第十三章	中华民国北京政府的法律制度	198
第一节	中华民国北京政府的立法宗旨与立法概况	198
第二节	中华民国北京政府的司法制度	204
第十四章	中华民国南京国民政府的法律制度	207
第一节	广州、武汉国民政府的法律制度	208
第二节	南京国民政府的立法思想和法律体系	208
第三节	南京国民政府的“六法全书”	211
第四节	南京国民政府的司法制度	220
第十五章	革命根据地新民主主义的法律制度	224
第一节	革命根据地法制概况及立法指导思想	224
第二节	革命根据地的宪法性文件	225
第三节	革命根据地的刑事立法	229
第四节	革命根据地的土地、劳动立法	232
第五节	革命根据地的民事立法	236
第六节	革命根据地的司法制度	238
主要参考文献		243

导 论

“法”，古作“灋”。《说文》释曰：“刑也。平之如水，从水；廌，所以触不直者；去之，从去。”“廌”即“解廌”，又称“獬豸”，传说中的神兽，貌似山牛，头一角，性能明是非、触不直。相传舜之时，皋陶为司法官，借獬豸决讼，令其触不直，无有冤滥。这是中国远古时期“神兽决狱”的传说，反映了神明裁判时代的司法特征。



獬豸图

从《说文》中我们发现“法”和“刑”可以互训。《尚书·吕刑》也说：“苗民弗用灵，制以刑，惟作五虐之刑曰法。”可见“法”和“刑”往往在含义上是一致的。

同时，“法”的古字还写作“金”，从“𠂔”，从“正”，有“合于正”之意。所以《尔雅》释“法”为“常也”。这种“法”的内涵不仅与“刑”不能等量齐观，甚至涵盖了法律，是一切规范性的制度、法度的统称。

所以，中国古代的“法”字，通常有双重的含义：一是专指刑法，另一是泛指包括法律在内的，具有普遍规范性和国家制度性的法度和法式。

一、中国法制史的概念与研究范围

中国法制史是研究中国历史上各个时期、各种类型法律制度的产生、发展及演变的历史及其规律性和本质性的一门学科。它是隶属于法学的一个重要的基础理论学科。

从内容上看，中国法制史的研究范围，主要包括如下方面：第一，中国历史上各个时期具有代表性的法律思想和学说，这些思想和学说对当时乃至后世的影响。第二，中国历史上各个时期的立法活动及立法成果，以及法律的基本内容。第三，中国历史上各个时期的司法制度，包括司法体制、诉讼制度、监狱制度以及司法诉讼活动的模式和特点。第四，中国历史上各个时期独立于国家立法之外的家规族法、乡规民约，发现并探讨中国社会习惯法或民间法存在和运作的方式，以及它们在整个国家法律体系中的地位 and 影响。第五，从文化的视角出发，研究中国法律文化的传统、价值体系和本质特征，寻找并揭示中国法律文化的形成、发展、演变的特点和社会历史根源。

从时间上看，中国法制史的研究范围，涵盖三个主要时期，即奴隶制法制时期、封建制法制时期和近代法制时期。

（一）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。由于年代久远，文献资料匮乏，这带来了研究上的困难。即便是春秋时期的孔子，亦在感叹夏、商的典章制度因“文献不足”难以考证^①，对后人而言，其难度可想而知。有关的考证结论和研究成果的可信度或多或少都存在疑问。尽管如此，我们依据现有的资料，本着科学的态度，通过认真的考证，仍然可以从整体上对我国奴隶社会法律制度的基本状况有一个初步和粗略的了解及把握。

同社会发展的初级阶段相适应，我国奴隶制时期的法律制度表现出缺乏完整体系、概念不清晰、刑罚野蛮残酷等特点。夏、商两朝的法律制度属于奴隶制法律制度的早期，刑法相对发达一些，司法诉讼制度也开始建构。西周是奴隶制法律制度的发展和成熟期，西周的法制，就我国奴隶制的法制而言，具有典型性和代表性：首先，西周统治者对夏、商时期盛行的神权法思想进行了修正，提出了“以德配天”、“明德慎罚”的口号，从而为法律的发展、进步提供了条件。其次，西周初期通过“周公制礼”，建立了一套富有奴隶制礼制特征的法律秩序，礼作为最具权威的社会规范，开始涉及民事关系和经济活动等众多领域。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。以郑国子产“铸刑书”为标志的公布成文法之风，宣告了奴隶制法制的终结，拉开了我国封建制立法的序幕。

（二）封建制法制时期

1. 战国、秦、汉时期是中国封建法制发展的早期。战国时期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，封建制法典化的传统开始形成。而当时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。秦朝全面实践了法家的政治法律理论，这一方面使秦朝法制具有重刑主义的特征，另一方面也使秦朝的法制达到了空前的完备和严密，这从云梦睡虎地秦墓竹简中可以得到印证。“汉承秦制”，汉代法制与秦一脉相传，只是在法制指导思想方面发生了深刻变化。尤其是董仲舒

^① 《论语·八佾》载：“夏礼，吾能言之，杞不足征也。殷礼，吾能言之，宋不足征也。文献不足故也。足，则吾能征之矣。”

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成为正统，原本法家化的法律开始朝着儒家化的方向转变，这一过程以董仲舒倡导的“春秋决狱”为权舆。

2. 三国、两晋、南北朝时期是中国封建法制的发展演变阶段。这一时期承继了汉朝法制的成果，进一步确认和巩固了具有儒家色彩的法律指导思想，法律的内容、法律的形式以及司法制度都在变化中朝着体系化、规范化的方向演进。在三百多年的时间里，虽然政治上经常处于动荡不安之中，封建法制依然取得长足的发展。立法技术（主要是指法典编纂技术）不断提高，法律的一些概念进一步明确，某些对中国传统法律的本质特征具有决定性影响的重要制度或规定，如“八议”“官当”“重罪十条”“依服制量刑”等，都被法律确认并逐渐成熟化。这些都是封建法制不断发展的标志，它也为中国古代法制鼎盛时代的到来做好了重要和必要的铺垫。

3. 隋、唐两朝是中国封建法制发展的成熟期和鼎盛期。与封建政治、经济、文化的高度发达相适应，隋、唐两朝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。《唐律疏议》的出现，既是发端于汉代中期的法律儒家化运动结出硕果的标志，又是过去几千年立法、司法经验的结晶。这具体表现在如下几个方面：一是德主刑辅、礼法并用的思想成为官方正统的法律思想，也成为贯穿于全部立法以及整个封建法律价值体系的基本精神；二是封建法律体系的完善；三是封建法律内容的严密；四是法律形式的相对稳定和统一；五是传统的司法诉讼制度的成熟。

4. 宋、元、明、清是中国封建法制发展的后期。宋、明时期理学的出现，使封建正统法律思想得到了修补，在提高其思辨色彩的同时，道德伦常进一步渗透于法律的精神之中。这一时期，法律在形式上发生了变化：一方面，《宋刑统》《大明律》《大清律》在体例上已有别于《唐律疏议》；另一方面，敕、例出现。从宋朝的敕律并行，到明朝的删修条例，发展到清朝的律例合编，反映出封建社会后期立法的新特点。伴随着君主专制政治的极端发展，这一时期的法律在内容上也发生了重大变化：一是推行政治思想领域的高压政策，强化了刑事镇压手段；二是更加严密地维护封建家族主义统治秩序，法律的道德伦常色彩愈来愈浓；三是加强了对官吏的控制，严惩贪官污吏；四是加强了对经济关系的调整。

（三）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、军事和文化入侵，中国社会发生了深刻的变化。清末统治者在内忧外患之下，被迫打出了变法的旗号，并将修律作为变革的主要内容。“折衷各国大同之良规，兼采近世最新之学说，而仍不戾乎我国历世相沿之礼教民情。”^①这一修律原则虽然充满保守性，但与传统的立法思想原则相比，已经有了质的不同。清末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、法律制度的同时，宣告了中华法系的终结，开启了中国法律现代化之旅。

2. 中华民国南京临时政府的法律制度。辛亥革命之后的1912年元旦，中华民国南京临时政府宣告成立。作为资产阶级民主革命的产物，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，其中以《中华民国临时约法》最具影响力和代表性。这些立法活动，是整个中华民国法制建设的先声，它们具有重要意义。

3. 中华民国北京政府的法律制度。由北洋军阀把持的中华民国北京政府为了装饰门面、维持时局，也曾进行过一系列的立法活动，其中尤以制宪活动最为频繁，并取得了引人注目的

^① 《大清光绪新法令》，第二十册。

成果。从本质上看，北洋军阀政府将法律作为专制独裁的工具，其法制混乱不整，且具有反民主的性质。

4. 中华民国南京政府的法律制度。北伐战争胜利后建立的中华民国南京政府在政治上实行一党专政，以党代政，其法律制度具有政党政治的鲜明色彩。立法方面，南京政府全面继承了清末移植西方法律的传统及成果，以德国、日本等国家的法律为蓝本，制定、颁布了内容广泛的法律、法令、判例及解释体例，建立起了较为完整的“六法体系”。其诉讼审判制度也是照搬西方大陆法系国家的模式，具备了资产阶级诉讼审判制度的形式特征。

5. 革命根据地的法律制度。从1921年开始，中国共产党开展了武装斗争，在各个不同的历史时期分别建立了革命根据地，并制定了相应的法律制度。这些法律制度尽管体系不完整、立法技术粗糙，但它是后来成立的中华人民共和国法制的前身，为中国社会主义法制建设积累了经验教训。革命根据地的法律制度在中华人民共和国法律发展史上具有重要的影响和地位。

二、中国法制史学科的发展与研究状况

（一）中国法制史学科的发展与研究状况

将中国历史上的法律制度和思想作为一门学问进行研究，始于晚清。其彰明较著者，前有薛永升的《唐明律合编》、沈家本的《历代刑法考》，继有梁启超的《中国法理学发达史论》《论中国成文法编制之沿革得失》。作为中国法制史研究的开山之作，其筚路蓝缕之功不可磨灭。他们置身于活的中华法系之中，提供的是一个直观者甚至实践者对传统法律的体悟和观感，这种研究上的优势是后人难以企及的。当然，这也决定了他们在观念和境界上的局限性。中华民国以后，中国法制史的研究开始兴盛起来。自1925年至1949年，二十余年间涌现出了一批具有影响和价值的专著。其中，程树德先生的《九朝律考》、丘汉平先生的《历代刑法志》在资料的钩稽整理方面具有积极贡献。而杨鸿烈先生的《中国法律发达史》以及《中国法律思想史》，作为最早出现的中国法制史研究的通史类著作，具有里程碑的意义，备受后世研究者关注。瞿同祖的《中国法律与中国社会》则率先运用社会学及文化学的方法研究中国传统法律，拓展了中国法制史研究的领域和视野，提升了研究的层次，其重要的学术价值为后人公认。

随着中华人民共和国的成立，中国法制史的研究发展到了一个新阶段。尤其是“文化大革命”结束后，整个学术界迎来了生机和繁荣，中国法制史学科亦不例外。二十多年来，经过众多学者的共同努力，中国法制史在学科建设方面一步一个脚印，不断取得长足的发展和进步：一方面，学科队伍空前壮大，造就和培育出了一批高素质的专家、学者；另一方面，研究成果如雨后春笋纷纷破土而出，不绝如缕。学科建设的进步将中国法制史的研究推向了一个新高度，其主要表现在如下方面：

其一，经过多年的探索和总结经验教训，基本确立和完善了中国法制史学科的范畴和体系，在中国法制史学科的名称、研究范围及研究对象等重要方面达成了共识，为整个学科的发展铺平了道路。

其二，研究的领域有了重大的拓展。由过去侧重刑法史，延伸到了民法史、经济法史、行政法史等多个领域，并取得了相当丰硕的成果。同时，在断代法制史、少数民族法制史等方面的研究也取得了重大进展。

其三，研究的深度和层次在不断加深。在传统研究方法的基础上，人们又开始运用哲学、社会学、文化人类学等相关学科的知识 and 手法，研究中国法制史和传统法律文化，从而将整体

的研究水平提升到了一个新境界。通过比较的方法,将中国传统法律文化与其他文化进行比较研究,开阔了视野,丰富了内涵。这些进展给中国法制史的研究带来了质的飞跃。

其四,借助考古发掘的新成果,填补了许多研究上的空白,纠正了一些谬误,为学科的健康发展提供了条件。

“中华法系”是世界上著名的五大法系之一,许多国外学者,尤其是日本的学者,对中国法制史的研究抱有浓厚兴趣。历史上日本文化受中华传统文化的影响极其巨大,其古代法制与“中华法系”同出一脉。因此,日本学者对中国古代法律制度的研究非常重视,涌现出了一批有影响的学者,其中具有代表性的人物有浅井虎夫、仁井田升、滋贺秀三等,他们的一些优秀的研究成果备受中国学者的肯定和重视。

(二) 学习中国法制史的意义

中国法制史学科是法学的二级学科,是法学的重要基础理论学科,现已被教育部确定为全国法学学科本科生16门必修的核心课程之一,其重要性不言而喻。

首先,任何一种制度或思想都不是无源之水、无本之木,都有一个发展、演变的历史过程。法律亦如是。无论发生过多大的变化,我们今天看到的和学习的法律,既是社会历史发展过程中的一种成果,其自身也是历史的一部分。法学作为一门重要的社会科学,不学习、研究法律的历史,是不可想象的。

其次,“读史使人明智”。了解和把握某种制度或思想的历史演变过程,寻找其发展轨迹和规律性,是人们正确认识和深刻领会其内涵及本质的前提。为历史上的不同朝代或政权总结出其法制建设得失成败的经验教训,无疑也是在为现实的问题寻找答案。历史是一面镜子,它可以启迪人们的心智,帮助人们看清许多现实的问题。对于我们这个具有悠久历史文化传统并对这种传统引以为荣、心怡神往的民族而言,尤其如此。

最后,中国传统法律文化博大精深,内涵极其丰富,其中精华与糟粕互见。这就需要我们认真地挖掘辨析和归纳总结。我们提倡继承和发扬中国优秀的法律文化传统,这也是建设有中国特色的社会主义法治的一个重要方面。但传统文化中包含的大量精神垃圾应该予以彻底清算和坚决唾弃。恩格斯说过:传统是一种巨大的阻力,是历史的惰性力,但是由于它只是消极的,所以一定要被摧毁。^①如果我们不能明辨哪些是精华、哪些是糟粕,就会无所适从,甚至错把糟粕当精华而加以发扬光大,这方面的经验教训实在是太深刻了。

世事常新而历史永恒,一切都将伴随着时光逝去,只有这句话永远不会过时。

^① 参见《马克思恩格斯全集》,第22卷,360页,北京,人民出版社,1965。



第一章 夏、商的法律制度

提 要

约在公元前 21 世纪,夏禹打破“禅让”的传统,把王位传给自己的儿子启,从而实现了禅让制向世袭制的转变。中华民族第一个国家——夏朝诞生,标志着中国奴隶社会的开始。从夏启到夏桀历经四百余年,为维护这四百余年的统治,夏朝历经了由奴隶制习惯法向奴隶制成文法的转变,这也是中国法制的开端。公元前 16 世纪前后,商汤推翻了夏朝,建立了商朝。商代自汤始,至纣亡,约六百年。商朝脱胎于夏朝,依然是奴隶制贵族的统治,但奴隶制经济、文化更加发达,在继承夏代法律的基础上,进一步发展了奴隶制法制,显示了和夏朝法制不同的特征。夏、商是我国古代法律的起源和形成时期,也是中华法系的草创时期,因此,夏、商的法律制度有如中国古代法制的胚胎,对以后中华法系的最终形成产生重要的影响。

重点问题

1. 中国法律起源的特点。
2. 夏朝法律制度的基本内容。
3. 商朝法律制度的基本内容。

第一节 中国法律的起源

一、中国国家的产生

一个社会要存在发展,必须有一定的行为准则和规范。法律作为强制性规范,不是人类社会一开始就有的,而是人类社会发展到一定历史阶段的产物。在原始社会,因为没有国家的存在,依靠国家强制力实施的法律显然没有形成。关于中国的原始社会,《礼记·礼运》中有详细的描述:“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,幼有所长,矜寡孤独废疾者,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,故外户而不闭。是谓大同。”在这样的一个大同社会,没有私有观念,也没有等级观念,人人平等,阶级和国家也就不存在,法律更无从说起。随着生产力的发展,人们的私有观念产生,接着阶级划分也出现了,等级开始形成。据说,这样的社会开始于夏禹之后。

国家不是从来就有的，它是人类社会发展到一定阶段的产物。约在公元前 21 世纪，我国第一个奴隶制国家夏朝建立了，其建立的标志：其一，王位世袭制的确立。在大禹以前的尧舜时代，部落联盟首领的传继方式是“禅让制”，而大禹直接把王位传给自己的儿子启，变为“世袭制”。启也趁机杀死了“禅让制”选定的继承人伯益，建立了夏朝。王位世袭制的确立意味着由“天下为公”的氏族社会向“天下为家”的奴隶制国家转变。其二，公共权力机构的确立。“……国家的本质特征，是和人民大众分离的公共权力。”^① 夏朝已经建立了行政管理机关，军队和监狱也出现了。据《礼记·明堂位》载，“夏后氏官百”。夏朝有了比较多的官吏，表明夏朝的行政管理已经比较系统。在河南偃师二里头出土的夏朝遗物中有戈、箭等兵器，说明夏朝有了金属武器装备的军队，而“夏帝芬三十六年作圜土”^② 即证明了夏朝监狱的出现。其三，按地域来划分国民。《左传·襄公四年》记载：“芒芒禹迹，尽为九州。”在大禹时期，已经把国土分为九个州，而且“铸九鼎，象九州”^③，以实物“鼎”象征九个州。启还为九州设置了官吏——“州牧”。这些都表明夏朝由原来按血缘关系划分国土转变为按地域划分国土以管理国民。其四，税收制度的建立。为了满足国家机器运转的需要，“自虞、夏时，贡赋备矣”^④。夏朝已开始征收赋税。《尚书·夏书·禹贡》记载，夏朝“咸则三壤成赋”，即把土地分为上、中、下三等，按照肥沃和贫瘠的差异征收不同的赋税。贡赋制度的建立正是国家成立的重要标志。

二、刑起于兵

夏朝的产生正是许多不同的氏族通过残酷的战争不断融合的结果。因此，古老的中国自成立伊始就紧紧地和战争联系在一起了。在古代，战争本身就被认为是对被征伐者的最大用刑，所谓兴师问罪也。在战争中要求士兵绝对服从命令，必须制定严明的军法，同时要对俘虏进行惩罚和镇压，于是慢慢地产生了刑罚，所谓“刑起于兵”。

刑，甲骨文写作“井”，青铜铭文写作“𠂔”，意指“井”中有关押的人犯。随着时代的变迁，刑才有了刑戮之意。《说文解字》云：“𠂔，剄也”，剄就是杀头的意思。后来，刑由原来具体的砍头含义发展到泛指所有的刑罚。《说文解字》段玉裁注云：“刑者，五刑也，凡刑罚、典刑、仪刑皆用之。”《玉海》也说：“刑，罚之总名也。”中国古代“刑”的含义往往是指刑罚，是为了保证礼和其他规范实施的重要手段。《尚书·周书·吕刑》记载，“苗民弗用灵，制以刑”。《尚书·虞书·大禹谟》曰：“汝作士，明于五刑，以弼五教”，用刑罚手段保障礼的施行。《尚书·虞书·皋陶谟》记载：“天秩有礼，自我五礼有庸哉！同寅协恭和衷哉！天命有德，五服五章哉！天讨有罪，五刑五用哉！”意思是说，礼是调整社会关系的准则，而五刑是对违礼者的处罚。《史记·夏本纪》记载，皋陶“令民皆则禹，不如言，刑从之”，即不听从大禹的命令，就以刑惩罚。

中国原始社会向奴隶社会转变的过程，亦为不同的氏族部落之间不断征战的过程，战争使原始氏族和部落慢慢统一。因此，国家产生的过程就是以武力进行残酷战争的过程。战争在造就国家的同时，也产生了“刑”。在战争时期，部落首领为了使军队服从命令，以取得战争的胜利，往往制定残酷的“刑”；而在战争结束后对战利品——俘虏的处置，也是以刑罚为基本手段。正因为刑起于兵，兵和刑就常常联系在一起。《尚书·虞书·舜典》记载：舜对皋陶说：

① 《马克思恩格斯选集》，3 版，第 4 卷，132 页，北京，人民出版社，2012。

② 《竹书纪年》。

③ 《汉书·郊祀志上》。

④ 《史记·夏本纪》。

“蛮夷猾夏，寇贼奸宄，汝作士，五刑有服，五服三就。”在当时，五刑主要是用来对付猾夏（侵乱华夏）的人。《汉书·刑法志》曰：“《书》云‘天秩有礼’，‘天讨有罪’。故圣人因天秩而制五礼，因天讨而作五刑。大刑用甲兵，其次用斧钺；中刑用刀锯，其次用钻凿；薄刑用鞭扑。”所谓天讨，即奉天讨罪。而甲兵、斧钺、刀锯、钻凿、鞭扑都是战争的武器，相对应恰好是五刑。甲兵就是武力征讨，斧钺行大辟之刑，刀锯行剕、刖之刑，钻凿行髡、黥之刑，鞭扑行鞭、杖之刑。这也证明了兵和刑是密切相关的。从另外的角度看，作为早期司法官的士或者司寇、廷尉，原来都是掌兵之职，其名称还延续到秦汉时期，其中影响可见一斑。看来，最初的刑只是用于征战对象的，后来随着氏族内部阶级的分化和矛盾的加深，刑慢慢地适用于内部违反礼仪之人，刑也就具有一般社会规范的意义。

皋陶的故事

传说皋陶生活在舜、禹时期，当时，华夏族与苗蛮族的战争接连不断，族内犯罪也频频发生。舜对皋陶说：“皋陶啊，现在少数民族不断侵犯中原，抢劫的寇和杀人的贼内外并起，我任命你为士官，领导部落同苗蛮族作战和处理族内犯罪问题，你觉得如何？”

皋陶说：“我愿意为部族效劳，但鄙人才疏学浅，难以担当如此重任。”

舜说：“没有关系，只要你记住以下施法的原则和要求，就一定能把法官做好。对于应当处墨、剕、刖、宫、大辟五种刑罚的犯人，要各服其罪，但在执行刑罚的时候，要分不同的情况进行处理：犯轻罪的在原野处罚，犯较重罪的在市朝处罚，而官吏犯罪在部落大堂处罚，有知识的人犯罪在闹市处罚。对判处墨、剕、刖、宫、大辟五种刑罚以下的人，应当宽大处理。而对不忍用刑、改为流放的犯人，根据远近，也要有所区别：严重犯罪的流放到遥远的少数民族地区，犯较严重罪的流放到九州之外，一般犯罪的流放到千里之外。只要你能明察秋毫，正确定罪量刑，就能使罪犯信服。你现在明白了吧？”

皋陶答道：“那好吧，我就遵循这些原则尽职尽责地去做。”

皋陶果然没有辜负舜的期望，他在做法官期间，用獬豸（一种神兽）帮助自己判案。只要皋陶遇到不能断的案子，他就把獬豸牵来：如果獬豸触碰犯罪嫌疑人，就说明他有罪；如果獬豸不触碰犯罪嫌疑人，就说明他无罪。依靠这只獬豸，皋陶不枉不纵，不偏不倚，严格执行各种法律，做到了罪、责、罚相当。在实施法律的过程中，皋陶还制定了许多行之有效的法规，用以惩治天下罪恶，使违法犯罪之人都被绳之以法，为整个部落的安定作出了杰出的贡献。

三、法源于礼

法在古代一般写作“灋”，《尔雅·释诂》说：“典、彝、法、则、刑、範、矩、庸、恒、律、戛、职、秩，常也。”法是常之一种。《说文解字》曰：“灋，刑也。平之如水，从水；廌，所以触不直者；去之，从去也。”释“灋”，谓其从水，寓“平之如水”意，故有判断罪与非罪的含义。这里也涉及国家的权力，显然是奴隶社会的产物。如西周康王的《大盂鼎铭》就有“灋保先王”的铭文。

法律和国家有紧密的联系，但并非国家产生之时就突然产生了法律。如果追本溯源，那么，在国家产生以前就有了相当于法律规范的习惯法，再向前就是原始习惯了。在原始社会，没有法律，但要维持一定的社会生产和生活秩序，肯定需要调整社会关系的行为规范，这个规范也被氏族成员承认和遵守，我们将其概括为“礼”。在夏朝的成立过程中，原始氏族父权家长制并没有彻底解体，氏族社会的风俗和血缘关系也没有随着氏族社会的解体而消灭，因此，

夏朝的建立就不可避免地具有家国一体的特点。原来在氏族社会长期形成的氏族习惯和在祭祀中形成的“礼”也延续下来，成为古老法律的一个重要组成部分。

在原始社会，生产力极为低下，人们生活在非常严酷的自然条件和社会条件中，恶劣的自然环境迫使氏族成员团结一致进行抗争，在此过程中，氏族社会出现了图腾崇拜。图腾崇拜使氏族成员的信仰和观念统一起来，而且氏族成员在长期的共同生活中也形成和遵循共同的行为准则。经过漫长的历史阶段，原始的风俗习惯也产生了。如对天神不敬或不祭祀祖先，或者在敬天神、祭祀祖先过程中有不尊重礼仪的行为都要受到氏族的惩罚。为了维护氏族成员之间的秩序，氏族首领对破坏氏族秩序的行为也进行惩处。在对外关系上，因原始部落比较多，复仇观念也很强，为了取得胜利，他们同仇敌忾，遵守统一的氏族习惯。由于这些因素，氏族习惯慢慢系统化，并进一步规范化，从而在形式上渐渐地演变成为一种普遍性的规范。

《说文解字》曰：“礼，履也，所以事神致福也。”礼最初是从祭祀中开始产生的。在祭祀过程中，仪式逐渐得到强化和系统化，而且随着阶级的分化，祭祀的仪式因为等级的不同而不同，因此，礼仪在这个时候成为确定不同等级的标志。随着等级的划分，上层阶级演化为统治阶级，他们借助政治势力把这些礼上升为调整人们社会关系的行为规范，礼和国家政治紧紧地联系在一起，被赋予国家的强制性。至此，礼无论在形式上还是实质上都具有法律的内涵。尽管礼具有中国古代法的渊源意义，但还不能称为法律。《礼记·礼运》记载：夏禹、商汤、周文王、武王、成王和周公“此六君子者，未有不谨于礼者也。以着其义，以考其信，着有过，刑仁讲让，示民有常。如有不由此者，在势者去，众以为殃（祸害）”。这些开国帝王都严格遵守礼，如果违反了礼也要被罢黜。显然，这些礼已经具有法律规范的特征。当然，这些礼成为法律也不是一蹴而就的，需要一个漫长的历史过程，是逐步走向完善和成熟的。周公制礼即意味着礼的系统化和规范化，礼正式成为中国古代调整社会关系的行为规范的总称。《左传·昭公六年》记载，春秋时期，叔向反对子产铸“刑书”，其中一个重要理由就是百姓会因为刑书而放弃传统的礼义，即“将弃礼而征于书”。叔向主张坚持传统的礼义，也从侧面证明了礼是古代法律规范的重要表现形式。

所以说，礼是中国古代法的重要渊源，中国古代法最初的形式主要是以礼表现出来的，刑在奴隶制时代也往往是以礼的名义出现的。

四、中国法律起源的特点

中国所处的特殊的地理环境和中国古代人们特殊的生产和生活方式，造成中国国家产生和民族形成的特殊性，中国法律的起源也呈现出独有的特点。

第一，国家法律中的刑法起源于战争，所谓“刑起于兵”。古代的中国文明其实主要是通过战争形式形成的。在三大部落联盟时期，即使在黄帝获得盟主地位以后，部落之间的相互斗争仍然没有停止。中央部落唯我独尊的观念开始形成。所有的外邦都必须向中央部落进贡，一旦违反，中央部落就对它发动战争。在中央部落看来，对其他部落的战争是进行刑事处罚，就好像对部落内部成员的处罚，两者区别在于对象和规模不同：前者用的是大刑，后者用的是中刑和薄刑。“内行刀锯，外用甲兵”^①，目的都是维护社会的秩序，维护中央部落的地位。当然，相对于惩罚内部成员而言，对外部部落的处罚显得更加残酷。随着国家的产生，这些惩罚方法就带有国家的强制性，对外部部落惩罚的方法也转而指向内部成员。

^① 《商君书·画策》。

战争的频繁造成大刑反复适用，为方便实施，施行者就对大刑的具体规范逐步完善，如什么时候用大刑、适用大刑的具体程序是怎样的，等等。大刑的经常适用也影响到中刑和薄刑相关规范的发展和完善。因此，随着社会的发展，刑法的观念和制度率先得到发展，和其他部门法比较，刑法的发展起步最早，发展最迅速。

第二，中国法律的起源有礼、法结合的特点。无论是夏代前还是夏代后，法律的形成过程中不仅改造和吸收了原始氏族的某些习惯，还吸收了征战过程中的刑，而且把长期在祭祀中形成的礼也吸收进来，把它转化为法的一部分。这个特点有古代中国经济方面的原因，也有政治文化方面的原因。夏王朝通过礼、法结合，把礼的精神力量转化为国家强制力，还把许多道德规范直接转化为具有国家强制力的法律。道德的法律化传统由此形成，且对后世中国的影响极为深远，可以说这是中国古代法律的传统之一。

第三，中国法律的起源有宗法统治的特点。夏朝是我国历史上第一个奴隶制国家。夏朝是在原有的部落基础上建立起来的。但是，由于刚刚跨入奴隶社会，以血缘为纽带的氏族部落没有完全瓦解，在夏朝建立后，以另一种形式保留下来。上层的氏族首领成为奴隶主，下层的氏族成员成为奴隶，以宗法统治为特点，原来的氏族习惯就相应地转化为维护奴隶主利益的习惯法。这样，家和国相互贯通，相互合作。君主是各个氏族部落的家长，各个部落的奴隶主既是部落的家长，又担任国家的官职。所以说夏朝的法律就有两个功能——既维护国家的统治也维护氏族内部的秩序，这是国家制度和宗法制度的高度统一。中国法律自始带有浓厚的氏族社会色彩和宗法统治的特点，为后世中国法律的伦理化传统奠定坚实的基础。

第四，中国法律的起源有民族融合的特征。前面说过，中国的文明是在部落之间的不断征战中形成的，征战的过程也是民族融合的过程。不同的生活方式和管理方法在相互的接触交往中交流、融合。如中国古代的五刑，就很大程度受苗族的影响。据史料记载，黄帝时期，刑事处罚方式按照工具分有：甲兵、斧钺、刀锯、钻凿以及鞭扑。唐虞之时，有流、放、窜和殛等刑事处罚方式。^① 舜时期，有“异其章服”以示羞愧和耻辱的“象刑”。但是，苗族使用的是完全不同的刑事处罚方法。《尚书·周书·吕刑》记载：“苗民弗用灵，制以刑，惟作五虐之刑曰法。”这种处罚方法对犯罪者能起到更大的威慑作用，能更有效地维护统治，因此，中原的中央部落就采用苗族的“五虐之刑”。以后中国奴隶社会的五刑，很大程度上就是受苗民的“五虐之刑”影响而形成的。

第五，中国法律自诞生之日起，就沦为统治者实施专制统治的工具。由于中国特殊的地理环境，古代的中国人一开始就非常重视农业，开始形成自给自足的自然经济。自然经济的发达必然造成中国社会的封闭和商业经济的极端不发达，“以农为本”“重农抑商”的政策由此产生。因此，在夏朝不可能产生与专制王权相抗衡的工商阶层和市民阶层，也不会产生如雅典奴隶制国家的奴隶主民主制，在政治上只能是君主专制制度，法律也就沦为专制统治的工具。

第六，中国法律的产生具有“由裁判到立法”的特点。英国著名法律史学家梅因描述法律的起源时说：“可以断言，在人类初生时代，不可能想象会有任何种类的立法机关，甚至一个明确的立法者。法律还没有达到习惯的程度，它只是一种惯行。用一句法国成语，它还只是一种气氛。对于是非或唯一有权威性的说明是根据事实作出的司法判决，并不是由于违反了预先假定的一条法律，而是在审判时由一个较高的权力第一次灌输给法官脑中的。”^② 在氏族社会，人们不可能一开始就意识到用统一的行为规范来维系这个社会的存在和发展，他们只能在实践

① 参见《汉书·刑法志》。

② [英]梅因著，沈景一译：《古代法》，5页，北京，商务印书馆，1959。