

21 世纪高等教育法学教材



ZHONGGUO
FAZHISHI JIAOCHENG

中国法制史教程

主编 郑显文



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



ZHONGGUO
FAZHISHI JIAOCHENG

中国法制史教程

主 编 郑显文

副主编 马志冰 明 辉



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

责任编辑：彭小华 熊 莉

封面设计：正典设计

责任校对：董志英

责任出版：卢运霞

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法制史教程/郑显文主编. —北京：知识产权出版社，2011

21 世纪高等教育法学教材

ISBN 978 - 7 - 5130 - 0396 - 4

I. ①中… II. ①郑… 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 (2011) 第 023941 号

中国法制史教程

Zhongguo Fazhishi Jiaocheng

主编 郑显文

出版发行：知识产权出版社

社 址：北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址：<http://www.cnipr.com>

发行电话：010 - 82000860 转 8101/8102

责编电话：010 - 82000889 82000860 转 8115

印 刷：北京市凯鑫彩色印刷有限公司

开 本：720mm × 960mm 1/16

版 次：2011 年 7 月第一版

字 数：393 千字

邮 编：100088

邮 箱：bjb@cnipr.com

传 真：010 - 82000893/82005070

责编邮箱：pengxiaohua@cnipr.com

经 销：新华书店及相关销售网点

印 张：21

印 次：2011 年 7 月第一次印刷

定 价：39.00 元

ISBN 978 - 7 - 5130 - 0396 - 4/D · 1166 (3197)

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

编写说明

中国法制史是一门法学和历史学交叉性的学科，也是一门提高本科学生人文社会科学素质的综合性学科。从1902年重建后的京师大学堂在仕学速成科首次开设“法制史”课程，其政法科开设“中国历代刑法考”和“中国古今历代法制考”等科目以来，^①迄今已经过了一百多年的历史。在这一百多年时间里，中国法律制度发生了翻天覆地的变化，传统的法律体系随着清末民初的法律变革而土崩瓦解，西方先进的法律思想和法律制度源源不断地输入中国，开始了中国法律近代化的漫长历程。但是，几千年来扎根在国人灵魂深处的某些传统法律意识仍然严重束缚了现代中国法律的发展，学习中国法制史，可以使学生从根本上了解中国传统法律与当今民主、自由、平等、法治的精神是相矛盾的。中国若想实现真正的法律现代化，必须抛弃这些长期压在国人身上的沉重包袱。

但是，也应看到在几千年来中国法律发展的进程中，我们的祖先也为子孙后代留下了许多优秀的法律文化，值得后人去总结、吸收借鉴和弘扬光大，使之成为当今的法治建设服务。只有使学生从正反两个方面认清中国历代法律制度的实质，才能真正领悟中国法制史这门学科的独特魅力！

中国法制史是系统探究历史上各个时期法律制度的产生、发展和演变的一门法学专业主干课程。众所周知，中国拥有五千多年的悠久历史，中国的法律从传说中的黄帝、尧舜禹时期就已经出现了萌芽，历经夏、商、西周时期的产生，战国秦汉时期的发展，到隋唐时期逐渐成熟完善。自宋代以后，尤其是元明清三代，专制主义中央集权发展到了极端，中国传统法律维护公平正义的精神日渐淡化，维护君主专制统治的野蛮落后、不尊重民众民主自由权利等弊端日渐突出，与当时世界法律发展的潮流不合拍，中国的法律制度落后了！中国社会也落后了！

鸦片战争之后，随着西方法律思想和法律制度的不断输入，旧的法律体系遭到了前所未有的冲击，清朝末年的法律改革开启了中国法律近代化的先河，北洋政府和南京国民政府时期全面移植西方大陆法系的内容，并将其与中国的固有法相融合，形成了以《六法全书》为主的法律体系。1949年新中国成立前夕，中

^① 参见李贵连：“二十世纪初期的中国法学”，见《二十世纪的中国法学》，北京大学出版社1998年版。



共中央发出了《关于废除国民党的〈六法全书〉与确定解放区的司法原则的指示》，标志着南京国民政府六法体系的瓦解。

中国法制史以历史上的刑事、民事、经济、行政、诉讼等各类法律制度以及近代立宪制度的演进为主要线索，学生通过系统学习，能深刻领悟，批判地继承中华民族丰富的法律遗产，提高自身的法学理论素养，更好地为我国的民主法制建设服务。

目前，已出版的中国法制史教材很多，据有关学者统计，达百种以上。在编写本书时，在编纂体例上尽可能借鉴前人的成果，力争清晰准确地展示出数千年来中国法制发展的脉络。在材料的使用方面，尽可能利用最新出土的考古资料和新发现的法律典籍，结合传世的各种文献，最大限度、深层次地展现出中国法律史的全貌，使学生能够对中国法制史这门课程在宏观上有全面的把握，在微观方面有清楚的认识。

中国法制史是一门法学专业的基础学科，对本科阶段的学生来说也是一门难于把握的学科。因此，建议在学习中国法制史时应注意如下几点：

第一，学习中国法制史必须坚持以唯物史观为指导，力求做到观点和材料的统一，实事求是地认识中国法律史的基本问题和基本内容，把历史上的法律制度纳入当时的社会环境中进行综合考察，避免先入为主，断章取义，割舍材料。

第二，学习中国法制史，必须深入发掘和充分利用文献典籍、甲骨文、简牍碑刻、敦煌文书、官府档案等各类文献资料，仔细阅读，认真领悟原始材料的含义，从中发现问题，提高自己分析问题和解决问题的能力。

中国法制史这门课程中，古代法制占有很大的比重，从先秦到明清，历代的法典、传世文献都是用古汉语记述的，如何培养和提高自己的阅读古代汉语的能力，对于学习和研究中国法制史也颇为重要。

第三，学习中国法制史，要把中国历代法律制度的发展放到当时世界的大背景下进行考察。中国历史上的法制发展并不是孤立的，与周边国家以及古代西方都有过交流和碰撞，中国传世文献《史记》、《后汉书》、《通典》等对古代的罗马法都有过记述；古代希腊的文献对中国古代的法律也有过这样的描述：“赛里斯人有一些法律，禁止他们杀生，私通和崇拜偶像。所以，在赛里斯的所有地区，既没有偶像，也没有妓女；既没有杀人犯，也没有被杀者。”^①在我国古代比较开放的汉唐时期，中国的律令法体系通过各种渠道传到了周边国家和地区，并对古代东亚地区的法律产生了深远影响。清末以后，中国的法律滞后了，中国又仿效、学习、借鉴西方的法律体系，先后制定了一系列近代的民法、刑法和诉

① [法] 戈岱司：《希腊拉丁作家远东文献辑录》，耿升译，中华书局1987年版，第58～59页。



讼法等法典，使中国法律走向了近代化的道路。可以说中国法律自始至终是世界法律体系的一部分，那种把中国法律与世界法律相割裂的观点是完全错误的，也是十分有害的。

本书在编写的过程中，得到了北京航空航天大学法学院、中国政法大学法学院法律史研究所、中南财经政法大学、北京师范大学法学院等专家学者的大力支持，在此深表感谢！

由于我们的学术水平和编写能力所限，错误之处在所难免，敬请各位读者不吝赐教，以待将来作进一步的修改。

本教材在坚持写作规范的前提下，实行按专章分工撰写，原则上尊重各位作者对写作内容的设计和材料的取舍。最后再由主编统一审阅修改。

全书共分十六章，按内容先后，各章编者如下：

马志冰	第一、二章；
春杨	第三、十六章；
明辉	第四章；
郑显文	第五、六、七、八章；
管晓立	第九章；
泮伟江、王喆	第十章；
柴荣、柴英	第十一章；
卞修全	第十二、十三、十四、十五章

目 录

第一章 中国古代法的起源与夏商法律制度	(1)
第一节 中国古代法的起源	(2)
第二节 夏商法律制度	(9)
第二章 西周法律制度	(18)
第一节 立法思想和立法概况	(18)
第二节 法律内容	(27)
第三节 司法制度	(38)
第三章 春秋战国法律制度	(42)
第一节 社会结构的变动与法律思想的争鸣	(42)
第二节 春秋时期成文法的公布	(47)
第三节 战国时期的法制改革	(49)
第四节 春秋战国时期的司法制度	(53)
第四章 秦代法律制度	(56)
第一节 立法思想和立法概况	(56)
第二节 刑事法律	(59)
第三节 民事经济法律	(64)
第四节 行政法律	(68)
第五节 司法制度	(70)
第五章 两汉法律制度	(73)
第一节 立法思想和立法概况	(73)
第二节 刑事法律	(78)
第三节 民事经济法律	(86)
第四节 行政法律	(94)
第五节 司法制度	(99)
第六章 三国两晋南北朝法律制度	(105)
第一节 立法思想和立法概况	(105)
第二节 刑事法律	(113)
第三节 民事和行政法律	(118)
第四节 司法制度	(123)



第七章 隋唐五代法律制度	(127)
第一节 隋代法律制度	(127)
第二节 唐朝立法思想和立法概况	(129)
第三节 刑事法律	(134)
第四节 民事经济法律	(141)
第五节 行政法律	(147)
第六节 司法制度	(149)
第七节 五代时期的法律	(154)
第八章 宋朝法律制度	(156)
第一节 立法思想和立法概况	(156)
第二节 刑事法律	(161)
第三节 民事经济法律	(165)
第四节 行政法律	(170)
第五节 司法制度	(173)
第九章 辽、西夏、金、元法律制度	(178)
第一节 辽代法律	(178)
第二节 西夏法律	(181)
第三节 金代法律	(185)
第四节 元朝法律	(188)
第十章 明朝法律制度	(197)
第一节 立法思想和立法概况	(197)
第二节 刑事法律	(202)
第三节 民事经济法律	(207)
第四节 行政法制	(211)
第五节 司法制度	(215)
第十一章 清朝法律制度(上)	(221)
第一节 立法思想和立法概况	(221)
第二节 刑事法律	(225)
第三节 民事经济法律	(229)
第四节 司法制度	(232)
第十二章 清朝法律制度(下)	(235)
第一节 预备立宪	(235)
第二节 修律活动	(241)
第三节 司法制度的变化	(247)



第十三章	南京临时政府法律制度	(252)
第一节	宪法性文件	(252)
第二节	其他法令	(259)
第十四章	北洋政府法律制度	(264)
第一节	立法思想和立法概况	(264)
第二节	法律内容	(266)
第十五章	南京国民政府法律制度	(276)
第一节	立法思想和立法概况	(276)
第二节	法律内容	(280)
第三节	司法制度	(289)
第十六章	革命根据地法律制度	(294)
第一节	立法概况	(294)
第二节	土地革命时期的法律制度	(295)
第三节	抗日战争时期的法律制度	(303)
第四节	解放战争时期的法律制度	(313)

第一章 中国古代法的起源与夏商法律制度

(公元前 21 ~ 前 11 世纪)

法是一个历史范畴，是人类社会发展进化到一定历史阶段的产物。法的起源是原始人类进入文明时代的一种社会现象，是伴随史前社会的逐步解体而发生的。中国是世界上最先进入文明时代的国家之一，也是人类社会法的起源时间较早的一个重要地区。约从公元前 30 世纪的炎黄时代起，中华民族的先民们迎来了华夏文明起源的曙光。他们开始告别原始公有制的氏族社会制度，最终跨入私有制的阶级社会门槛。此后的数百年间，黄河流域中下游地区相继经历了以唐尧、虞舜、夏禹等为统治中心的各个时代，华夏文明的历史也进入一个新的发展阶段。

公元前 21 世纪左右，夏禹之子夏启夺取了部落联盟首领权位，建立起以夏后氏统治集团为核心的王位世袭制国家，开创了“天下为家”、“大人世及以为礼”^①的“家天下”制度。夏代政权共传十四世十七王，历时四百余年。至公元前 16 世纪，商部族首领成汤率众起兵，推翻夏桀统治，继而建立商代政权。商政权共传十七世三十一王，历时约五百年。至公元前 11 世纪，周武王率众起兵，推翻殷纣王帝辛统治下的殷商政权，建立周政权，建都镐京，从此进入西周时代。

在华夏文明起源与发展过程中，由于贫富分化、阶级分层及财产私有的出现，中国古代早期国家制度开始形成，与此相应的古代法也处于孕育之中。这种早期的古代法，最初脱胎于史前社会长期的生产、生活和日常交往中约定俗成的一些习惯或民情，因而具有习惯法而非成文法性质，其法律渊源主要包括以礼与刑为基本形式的各种习惯法。它们或是由初民社会的信仰、崇拜、宗教、禁忌等祭祀礼仪规则和伦理道德规范改造而成，或是从复仇、惩戒、战争、奴役等暴力处罚手段及其强制行为规范发展而来。因此，中国古代社会的法，从产生之初就具有浓厚的宗法伦理性质，注重血缘亲情关系，强调道德教化作用，主张礼刑并用原则，始终以维护家庭、家族、宗族、国家之类的群体利益作为立法、执法、司法、守法的根本宗旨，形成了重公权轻私权、重义务轻权利、重集体轻个性等基本特征，从而对中国数千年的法律文化传统与社会发展方向产生了深远的影响。

① 《礼记·礼运》，《十三经注疏》本，中华书局 1980 年版。



第一节 中国古代法的起源

法是调整和规制人类社会、国家、集团、个人之间法律关系的一种政治手段，因而是基于人们之间社会关系的日益复杂化和社会矛盾的不断尖锐化应运而生的。尽管早在史前社会发展的一定历史阶段，人们之间日渐复杂的生产、生活以及相互交往活动就需要某种调整民事、经济、军事之类社会关系的行为习惯或伦理规范，然而，随着平均主义的平等性社会组织的解体，具有权力垄断性质的强制性国家组织的萌芽，法作为一种与新型社会机制相适应的调控体系自然脱胎而出。

一、中国古代法起源的社会基础

在人类社会进化发展的早期历史上，人们最初经历的社会经济制度，属于原始公有制形式；他们最先建立的社会政治组织，则是母系氏族组织。当母系氏族组织发展繁衍到较大规模，难以继续容纳过多人口时，就会从中分离出一部分成员，另外成立新的氏族组织；而与此相应的另一变化，则是在氏族组织内部，按照血缘关系的远近，将各个家庭划分为若干母系大家族。于是，母系氏族公社开始向母系家族公社过渡。随着生产力水平的日渐提高，社会经济结构发生变动，男子在家族中的地位不断上升，母系大家族公社被迫由男家长取代女家长而转化为父系大家族公社。这种父系大家族公社，起初依旧实行共同劳动、平均分配的共产制原则，公社内部成员之间仍然是平等关系。但是，只要氏族财产分化为家族财产，就会出现各个家族之间的贫富差别。一旦形成分财别居的父系大家族，其内部即变为居于统治地位的父权家族与它所支配下的各个一夫一妻制家庭并存，原来那种平均主义的父系大家族公社便逐渐走向解体。至此，以氏族公有制为基础的史前社会最终趋于瓦解，不平等的阶级分层社会开始出现。

就中国上古社会的这一历史发展进程而言，早在公元前 5000 年左右的黄河流域中游地区，原始氏族组织内部即开始分解为母系大家族，从而使母系氏族公社逐步向母系家族公社过渡。公元前 4000 年以后，那里的家族公社基本完成了母系向父系的转化。到公元前 3500 年，那些共产制的父系大家族公社相继解体，渐次变为分财别居的父权家族与一夫一妻制家庭并存。作为社会组织发生这一变化的结果，是原来的母系家族以上的氏族蜕变为父系宗族，而氏族以上的部落则构成父系氏族。^① 黄河流域中游地区的这一历史发展进程，在黄河流域上下游以

^① 田昌五：“马克思主义与华夏文明的起源”，见田昌五主编：《华夏文明（第1集）》，北京大学出版社 1987 年版。



及长江流域等其他地区也先后发生。至迟到公元前 3000 年前后, 贫富分化、阶级分层及权力垄断等现象集中出现, 中国古代早期国家也随之孕育而生。

中国古代早期国家, 是由各支不同族姓的宗族部落, 在长期的相互交往、矛盾冲突、战争兼并及其联盟融合等一系列征服、博弈与妥协的过程中形成的。最早的国家形态是仍旧以血缘关系为纽带的宗族部落制国家, 其发展趋势是由众多分散并立的部落制王国到相对集中统一的宗族集团国家联盟。在早期国家产生前夕, 黄河流域和长江流域生存着为数众多的氏族部落。按照其族类文化特征与地域分布范围, 他们大致可以分为东部的古夷人各部、西部的古羌人各部、北部的古戎狄各部 and 南部的古苗蛮各部等四大部分。^① 到公元前 3000 年左右, 他们在经济发展、人口繁衍、族类扩张而不断迁徙的过程中, 在自然资源条件相对优越的黄河流域中下游地区不期而遇, 随之发生了炎帝、黄帝、蚩尤等各部族之间一波又一波的循环兼并战争及其战后的联盟融合, 从而揭开了中国古代文明起源的历史序幕。由于陆续进入中原地区的各部族先后跨入阶级分化与社会分层阶段, 其首领纷纷称“王”, 各地涌现出一大批宗族部落制王国, 古代中国进入“万国”、“万邦”并立时代。因此, 有学者把五帝时期的政体结构称为“王国”, 认为“五帝时代中原及其周围地区王国林立, 恰是夏商周王国联盟体形成的基础和前奏”^②。而这种宗族部落制王国, 就是中国古代的早期国家。它们是从部落组织蜕变而来的, 因而与世界上其他早期国家一样, 具有规模与版图较小的特征。一般说来, 一个城就是一个国家。“当时的社会和国家比现在小得多, 交通极不发达, 没有现代的交通工具。当时山河海洋所造成的障碍比现在大得多, 所以国家是在比现在狭小得多的地理范围内形成起来的。技术薄弱的国家机构只能为一个版图较小、活动范围较小的国家服务。”^③

从古代文献记载看, 早在传说中的黄帝时代, 就已出现最早的“城邑”^④。其后的鲧、禹时代, 夏部族又增筑了“城郭”^⑤。而从文物考古资料看, 在以黄河流域和长江流域为代表的全国许多地区, 目前已发现六十余座新石器时代晚期的古城遗址, 其“年代均在距今 6000 年至距今 4000 年前之间, 大体上与中国历

① 田昌五:《古代社会断代新论》, 人民出版社 1982 年版, 第 36 页。

② 钱耀鹏:“史前城址在文明起源与形成过程中的作用——兼论文明要素与文明形成的标准问题”, 载《文博》1999 年第 6 期。

③ 列宁:“论国家”, 见《列宁选集(第 4 卷)》, 人民出版社 1972 年版, 第 48 页。

④ 《淮南子》卷一《原道训》:“黄帝始立城邑以居。”《诸子集成》本, 第七册, 中华书局 2006 年版。

⑤ 徐坚:《初学记》二十四引《吴越春秋》:“鲧筑城以卫君, 造郭以守民, 此城郭之始也。”(中华书局 2004 年版)。《世本·作篇》:“鲧作城郭。”《太平御览》卷一百九十二《居处部·城》引《博物志》:“禹退作三城, 强者攻, 弱者守, 敌者战, 城郭禹始也。”(中华书局 1982 年版)



史上五帝时代相当”^①。所以，有的学者指出：“五帝时代是一个普遍筑城建国的时代，恰与考古学上龙山时代的特征相吻合。”^②恩格斯曾经指出：“在新的设防城市的周围屹立着高峻的墙壁并非无故：它们的壕沟深陷为氏族制度的墓穴，而它们的城楼已经耸入文明时代了。”^③“只要村一旦变作城市，也就是说，只要它用壕沟和墙壁防守起来，村制度也就变成了城市制度。”^④恩格斯所说的这种“文明时代”即“城市制度”的到来，标志着早期城市政治国家的诞生。当然，确定文明时代和城市政治国家的关键，是其内在的社会结构和国家形态，而不仅仅是有无城市或城楼。然而，五帝时代大批古城的普遍发现，与众多宗族部落制王国的集中涌现是一致的，因而是中国古代早期国家形成的历史反映。

经过五帝时代的持续发展，到夏后氏世袭政权的建立之时，宗族部落制王国时代基本结束，转而进入相对集中统一的宗族国家集团联盟时代。所谓宗族国家集团联盟，是以家族和宗族集团为内涵的，亦即：每个国家由一个或若干宗族组织构成，国家形态与宗族结构合而为一，社会上的自由人或奴隶、贵族或平民仍然保留着家族和宗族集团的形式，他们的血缘关系纽带并未因国家这一政治组织的出现而解体。这不仅影响到中国古代法的起源的历史途径，而且也制约着中国古代法律传统的历史特征与发展方向。

二、中国古代法起源的历史途径

在原始公有制的氏族社会，由于初民认识自然的能力及其生产力发展水平所限，人们的社会组织与社会关系还比较简单，尚不具备也不需要法律制度之类的国家机器。因此，整个社会曾经长期处于一种“无法”状态。这就是中国古人所描述的“神农之世，男耕而食，妇织而衣，刑政不用而治，甲兵不起而王”^⑤；“昔者神农无制令而民从，唐虞有制令而无刑罚”^⑥。当时，维持人类社会的群体秩序，调整社会组织或氏族成员之间的各种关系，主要依靠氏族组织内部的原始民主精神和人们长期以来约定俗成的生产生活习惯及其伦理道德规范，并且借助社会组织内部的某些群体规则、氏族首领的威信以及社会舆论的监督力量予以保

① 许顺湛：“中原第一城——五千年前黄帝时代古城”，见《中国古都研究》第二十一辑《郑州商都3600年学术研讨会暨中国古都学会2004年年会论文集》，三秦出版社2007年版，第70页。

② 钱耀鹏：“史前城址在文明起源与形成过程中的作用——兼论文明要素与文明形成的标准问题”，载《文博》1999年第6期。

③ 恩格斯：“家庭、私有制和国家的起源”，载《马克思恩格斯选集（第4卷）》，人民出版社1972年版，第160页。

④ 恩格斯：“马尔克”，载《马克思恩格斯全集（第19卷）》，人民出版社1975年版，第361页。

⑤ 《商君书·画策第十八》，《诸子集成》本，第五册。

⑥ 《淮南子》卷十三《汜论训》。



障。正如恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》中所描述的那样：“这种十分单纯质朴的氏族制度是一种多么美妙的制度呵！没有军队、宪兵和警察，没有贵族、国王、总督、地方官和法官，没有监狱，没有诉讼，而一切都是有条有理的。一切争端和纠纷，都由当事人的全体即氏族或部落来解决，或者由各个氏族相互解决；血亲复仇仅仅当做一种极端的、很少应用的手段。”“虽然当时的公共事务比今日更多”，“可是，丝毫没有今日这样臃肿复杂的管理机关。一切问题，都由当事人自己解决，在大多数情况下，历来的习俗就把一切调整好了”^①。即使在一些极端的场合下，人们有时以血亲复仇、同态复仇或武力决斗、军事报复之类的暴力形式来解决某些矛盾、争端或冲突，这些表面看来相当残忍血腥的救济方式或解决手段，也仍然是一种讨还公平、争取公正之类的正义诉求，并不具有后世那种征服、奴役或压迫的强权性质。

随着生产力发展水平的不断提高和经济社会的日渐进步，约自公元前 5000 年左右起，人们的劳动生产率开始创造出满足自身日常生活消费最低需要以外的剩余产品，而且它们一经大量积累下来，便迅速转化为一种社会财富，并逐渐被某些具有权势的社会阶层或统治集团据为己有。于是，私有财产乃至私有制度即开始从原始公有制的社会母体中脱胎出来。最晚到公元前 3000 年左右，在黄河流域和长江流域的许多地区，私有制、贫富分化及阶级差别已相当显著，不同阶级或阶层之间的矛盾、冲突与压迫也愈来愈尖锐化。特别是在社会分工日益扩大的社会发展进程中，不仅开始出现脱离直接生产领域的商人阶层，而且最终还产生了少数专门从事脑力劳动与精神生产的神职人员和管理机构。这些以上层统治集团为核心的特殊社会阶层，为了维护自己的切身利益和特权需要，必然要有意识地建立国家统治机器。而古代法的起源，也是在这个过程中应运而生的。

关于古代法的起源问题，中国历史上许多思想家、政治家从各自不同的思想认识和理论学说出发，分别提出了各种不同的观点与主张。

古代神权法思想认为，德礼刑政之类的政治法律制度起源于“天意”与“神道”。例如，《魏书》卷一百一十一《刑罚志》：“德刑之设，著自神道。圣人处天地之间，率神祇之意”，“是以明法令，立刑赏”；《汉书》卷二十三《刑法志》：“圣人因天秩而制五礼，因天讨而作五刑。”此处所说的“德刑”、“法令”、“刑赏”之类的“五礼”、“五刑”等，即源自于“天秩”、“天讨”之类的“天意”与“神道”。

先秦道家老庄学派认为，法起源于“道”，亦即天地宇宙间客观存在的自然规律或固有法则。例如，《老子》第二十五章提出了“人法地，地法天，天法

① 《马克思恩格斯选集（第4卷）》，第92～93页。



道，道法自然”的命题，认为天地宇宙间的万事万物都遵从于“道”，人类社会的法当然也源自于“道”。

先秦法家理论认为，法起源于“定分止争”的需要。例如，《管子·七臣七主》：“法者，所以兴功惧暴也；律者，所以定分止争也。”《商君书·君臣》：“民众而奸邪生，故立法制、为度量以禁之，是故有君臣之义、五官之分、法制之禁。”《通典》卷一百六十三《刑》也谈到：“人既群居，不能无喜怒交争之情，乃有刑罚轻重之理兴矣。”法的产生，是为了确定人们的权利义务关系，防止和处理违法侵权之类的纠纷。

以荀子为代表的性恶论者认为，法起源于惩恶扬善的需要。例如，《荀子·性恶》宣称：“古者圣人以人之性恶，以为偏险而不正，悖乱而不治，故为之立君上之势以临之，明礼义以化之，起法正以治之，重刑罚以禁之，使天下皆出于治、合于善也。”“礼义”、“法正”、“刑罚”等各种社会规范的产生，都是为了防范和惩治“性恶”之人，使其弃恶从善，从而实现天下大治。

宋代理学家认为，法起源于“理”，即宇宙中存在的一种“形而上”的绝对精神。朱熹比较系统地阐释了这套理论：“法者，天下之理”^①；“理也者，形而上之道也，生物之本也”^②；“未有天地之先，毕竟也只是有理”^③。根据这一推理，“理”是先“天地”而生的“形而上之道”，是宇宙万物之“本”，后天所生的法，当然源自于“理”。

除了上述各家各派关于法的起源学说的一般理论之外，在关于中国古代法的起源的具体途径方面，中国历史上还长期存在刑“始于兵”^④与礼源于祭祀之类的说法。中国古代奉行“国之大事，在祀与戎”^⑤的政治传统，宗教祭祀和兵戎征战是古代国家最重要的两项国事活动。中国古代法的起源，也是基于这两项重大国事活动的政治产物。其结果是形成了礼与刑两种规制社会秩序和调整社会关系的规范体系，它们成为中国古代法的两个重要渊源。前者属于指导性或强行性的规范体系，以道德教化与伦理感化为基本取向；后者属于禁止性或惩罚性的规范体系，以强制镇压和刑罚制裁为主要手段。二者分别适用于不同的社会对象，规范不同的社会行为，调整不同的法律关系与社会关系。古人所说的“德以柔中国，刑以威四夷”^⑥，就是对礼与刑的适用对象及社会功能的不同概括。它们

① 《朱子大全·学校贡举私议》。

② 《朱文公文集》卷五八《答黄道夫》。

③ 《朱子语类》卷一。

④ 《辽史》卷六十一《刑法志》，中华书局1974年版。

⑤ 《左传》成公十三年，《十三经注疏》本。

⑥ 《左传》僖公二十五年。



各有侧重，互为补充，相辅相成，共同发挥着调整、规制中国古代传统社会关系的重要作用。

所谓刑“始于兵”，是指中国古代的刑最初起源于战争之类的军事活动，以刑为主体的法最早脱胎于战争之类军事活动中产生的军法。古人所说的“黄帝以兵定天下，此刑之大者”^①及“大刑用甲兵”^②等即表明，黄帝以来频繁进行的军事征服与兼并战争本身就是中国古代最早的刑，而在战争或军事活动中产生的军法就是中国古代早期的法。西汉人胡建曾经谈到有《黄帝李法》，并且援引其“壁垒已定，穿窬不由路，是谓奸人，奸人者杀”等内容。按苏林的解释，“李”为“狱官名”。按颜师古的解释：“李者，法官之号也，总主征伐刑戮之事也，故称其书曰《李法》。”孟康则将《李法》释为“兵书之法也。”^③这些解释表明，在中国古代早期历史上，往往是兵刑不分的。最初的所谓“法官”或“狱官”之类的司法官，通常是兼掌军事指挥（“征伐”）与司法裁判（“刑戮”）两种职能的。值得注意的是，虽然目前尚无直接证据证明《黄帝李法》的存在与否，但1972年考古工作者曾在山东临沂银雀山汉墓中发现了一篇称为《李法》的竹简，其内容“皆言处罚官吏之事”，并且有“置李”、“李主法”^④等语。这不仅可以说明“李”官确实是一种主持司法裁判事务的“法官”，而且也证明中国古代确实有过被称为“李法”的法律规范。

刑“始于兵”的产生，首先是由于战争或重要军事活动乃是一种相对复杂的集体行动，需要调集大批人力、物力和财力，因而必须有统一的组织、指挥和行动，也就需要制定统一的规则，这就是古人所说的“师出以律”^⑤。这种在战争或重要军事活动中产生的军法规则，即是中国古代早期的法律规范之一。其次，战争之类的重要军事行动本身就是一种讨伐和镇压违法犯罪行为的司法活动，军事指挥官同时就是司法官，因而古人有“兵狱同制”^⑥之语。当然，无论战争之类军事活动的产生，还是法与司法等社会现象的起源，都最终根源于人们生活于其中的经济社会因素，刑“始于兵”不过是中国古代法的起源的一种历史途径而已。

所谓礼源于祭祀，是指中国古代规范社会秩序和调整社会关系的礼，最初起

① 《通典》卷一百六十三《刑一·刑制上》，中华书局1984年版。

② 《国语·鲁语上》。

③ 《汉书》卷六十七《胡建传》及颜师古注，中华书局1962年版。

④ 银雀山汉墓竹简整理小组：“银雀山竹书《守法》、《守令》等十三篇”，载《文物》1985年第4期。

⑤ 高亨：《周易古经今注》（重订本）卷一《师第七·初六》，中华书局1984年版，第180页。

⑥ 《汉书》卷十九上《百官公卿表上》应劭注。



源于人们在祭祀活动中逐渐形成的某些宗教礼仪制度和伦理道德规范。礼（禮）字原作“豐”，本义是指盛放玉珏进行祭祀的“行礼之器”。殷墟甲骨文“豐”字的各种字体，“皆象二玉在器之形”，故“盛玉以奉神人之器谓之曲若豐”，“推之而奉神人之事通谓之禮”^①。也就是说，“豐”最初是举行祭祀所用的“行礼之器”，而“禮”则是使用“豐”进行的祭神敬祖祈福的典礼仪式。《说文解字·示部》所说的“禮，履也，所以事神致福也”，即指这种礼。而《礼记·礼运》所说的“夫礼之初，始诸饮食，其燔黍捭豚，污尊而抔饮，蕢桴而土鼓，犹若可以致其敬与鬼神”，则是对这种礼的起源过程的追述——礼最初起源于人们日常的饮食供奉和原始乐舞活动：即在石板上烤制谷物与畜肉，从地上挖出的酒穴中双手掬捧而饮，用土制鼓槌敲击土制乐鼓，以表达其对于神明的尊崇和敬畏。这种粗放质朴的饮食供奉和原始乐舞活动，就是先民们最早的宗教祭祀典礼仪式。后世的宗法礼仪制度及伦理道德规范，最初就是在这样的祭祀典礼仪式中逐渐形成的。当然，这种宗法礼仪制度及伦理道德规范起初是比较简约的，只不过是一些约定俗成的祭祀习惯、信仰崇拜或宗教禁忌。而它日益繁复复杂化，并被赋予一定的规范性与强制力，进而发展成为一个自成体系的社会调控机制，则是进入文明时代、特别是出现阶级分化与矛盾对立之后的产物。为了维护统治阶级的利益，稳定社会秩序，礼最终被改造成为一种要求人们必须遵守的制度性规范，与刑等其他法律规范形式共同维系和调整着中国古代传统的社会关系与法律关系。

中国古代法的起源过程，也是建立在犯罪与刑罚及其相应的法律适用制度等各项相关法律要素的基础之上的。根据古代文献记载，自黄帝时代起，即出现了“大刑用甲兵，其次用斧钺，中刑用刀锯，其次用钻笮，薄刑用鞭扑”^②之类的刑罚手段。蚩尤时代，又出现了“苗民弗用灵，制以刑，惟作五虐之刑曰法。杀戮无辜，爰始淫为劓、刵、椓、黥”^③之类的苗民创制五刑之说。其后的虞舜时代，曾经任命皋陶“作士”，发明监狱，制定“五刑”，使用流刑与赎刑，并确立故意犯罪与惯犯从重严惩、过失犯罪与初犯从轻处罚等刑罚适用原则，对违法犯罪的“四凶”施以“流共工于幽洲，放驩兜于崇山，窜三苗于三危，殛鲧

① 王国维：《观堂集林》卷六《释礼》，中华书局1959年版，第291页。

② 《国语·鲁语》。

③ 《尚书·吕刑》。