

高等院校法学系列教材



A Concise History of Chinese Legal System

简明中国法制史

李俊 编著



对外经济贸易大学出版社
University of International Business and Economics Press

高等院校法学系列教材

简明中国法制史

A Concise History of Chinese Legal System

李 俊 编著

对外经济贸易大学出版社
中国·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

简明中国法制史 / 李俊编著. —北京: 对外经济贸易大学出版社, 2016. 9
高等院校法学系列教材
ISBN 978-7-5663-1696-7

I. ①简… II. ①李… 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 239528 号

© 2016 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

简明中国法制史

A Concise History of Chinese Legal System

李 俊 编著

责任编辑: 汪友年 白 月

对外经济贸易大学出版社

北京市朝阳区惠新东街 10 号 邮政编码: 100029

邮购电话: 010-64492338 发行部电话: 010-64492342

网址: <http://www.uibep.com> E-mail: uibep@126.com

北京时代华都印刷有限公司印装 新华书店经销

成品尺寸: 185mm×260mm 15.75 印张 393 千字

2016 年 10 月北京第 1 版 2016 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5663-1696-7

印数: 0 001-3 000 册 定价: 32.00 元

前言

中华法制文明具有历史悠久、内涵丰富、特色鲜明的特点，蕴含着中华民族走向法制现代化过程中值得珍视的财富。但另一方面，“中国法制史”又是一门难度较大、相对抽象甚至枯燥的法学学科。因此，编写一本体系完整、内容简明、脉络清晰、重点突出的教材，以适应法学本科学生入门之需，就显得十分必要。

本书以教育部颁行的《全国高等教育法学专业核心课程教学基本要求》为基本依据，结合编者十余年教学科研经验，对数千年来中国法制发展过程中的主要法律思想、立法成果、法律制度等内容进行了较为系统的梳理，并将之分为六个大的发展阶段进行阐述，使学生能够对中国法制发展的整体状况和阶段性特征有较好的把握。同时，在各章节内容的叙述上，注重对基本概念、基本知识、基本制度进行介绍，力求做到强化基础，突出重点，内容简明，文字精练。本书的编写，参阅了已有的学术论著、教材等相关成果，对于主要问题的论述，均采用通说，以适应本科教学打基础、学知识之需要。

针对本科学习的特点，本书在每一章还设置了学习目标、重点难点提示、本章小结、重要概念、阅读资料、同步测练、思考题等栏目，以帮助学生在全面学习的基础上，理清学习线索，掌握重点内容，并通过加强课后练习提高学习效率。

由于积累不厚、水平有限，加之时间紧促，书中难免存在一些不妥之处，希望专家和读者批评指正，以便于我们不断修正完善。

编著者

对外经济贸易大学法学院

2016年7月

目 录

导论 // 1

第一章 中国法律的起源与夏、商、周法律制度的发展 // 9

第一节 中国法律的起源 // 9

第二节 夏、商法制概况 // 13

第三节 西周法制的发展 // 17

同步测练与参考答案 // 28

第二章 “儒法之争”与秦、汉、魏晋南北朝法律制度的演变 // 33

第一节 成文法的公布及主要立法成就 // 34

第二节 儒家、法家法律思想的对立与争论 // 38

第三节 “皆有法式”的秦朝法律制度 // 43

第四节 “儒法合流”的汉朝法律制度 // 52

第五节 三国两晋南北朝法律制度 // 63

同步测练与参考答案 // 69

第三章 成熟与定型：隋、唐时期的法律制度 // 75

第一节 隋朝法制概况 // 75

第二节 唐朝的立法思想与立法活动 // 81

第三节 唐律的基本内容 // 87

第四节 唐朝司法制度 // 105

同步测练与参考答案 // 110

第四章 发展与变化：宋、元、明、清法律制度 // 117

第一节 宋朝法律制度的变化 // 117

第二节 元朝法律制度概况 // 128

第三节 明朝法律制度 // 133

第四节 清朝法律制度 // 145

同步测练与参考答案 // 158

第五章 挑战与回应：晚清法制的变革 // 165

第一节 晚清法制变革的背景 // 165

第二节 清末的预备立宪 // 169

第三节 清末部门法的修订 // 172

第四节 清末诉讼法的制定与司法体制变革 // 176

同步测练与参考答案 // 184

第六章 近代化的曲折与演进：民国法制与革命根据地法制 // 189

第一节 南京临时政府的法制建设成就 // 189

第二节 北洋政府的法律制度 // 196

第三节 南京国民政府的法律制度 // 202

第四节 革命根据地法制的创立与发展 // 214

同步测练与参考答案 // 227

综合测练与解析 // 231

综合测练与解析（一） // 231

综合测练与解析（二） // 237

综合测练与解析（三） // 242

\\ 导 论 \\

法制史是以历史上出现过的法律现象为研究对象的学科。中国法制史是研究中国历史上各种法律制度发生、发展、演变的过程、特点、本质及其规律性的学科。它是法学的一门基础学科，也是教育部确定的全国法学学科本科学生十六门必修的核心课程之一。

作为世界四大文明古国之一，中华文明具有悠久的历史和丰富的内涵。同样，中华法制文明也具有历史悠久、沿革清晰、内容丰富、特色鲜明等特点，其影响曾远及相邻东亚各国，因此被称为“中华法系”，在世界法律史上占有重要的一席之地，因而具有重要的研究和学习价值。

具体而言，中国法制史的学习主要有如下几方面的意义：

首先，有利于总结法制历史的经验教训，为现实的法制建设提供借鉴。中国法制史体系完整，内容丰富。从横向上看，其中每个时期每个朝代都有刑法、民法、行政法、经济法、诉讼审判制度的设立、变革等内容；从纵向上讲，各个部门法都有其兴衰起伏的历史渊源和流变特征，同时充分显示出与各时代政治、经济、文化发展相一致或相矛盾的复杂情节，可以说它是法律学的一门通史。在其中，我们既能看到各时期伟大的法制人物的机敏睿智，发现他们时时闪耀的智慧之光，又能真切地认识法制发展的规律，观察和体会法制与政治、经济、文化发展的紧密联系。培根说：读史使人明智。古语也说：以史为鉴，可以知兴替。在漫长的中国法制历史长河中，的确有太多的法制建设的成功经验和失败教训有待我们去总结和吸取。就具体的法律制度而言，中国法制史上有着很多优秀的东西需要我们去继承，甚至发扬光大。比如传统的监察制度，自秦而来就对传统吏治的清廉、效能提升起着积极的维护作用；又比如科举制度，尽管它在明清时代走入了八股取士的末途，但其以考选人的方式大大激发传统士子的进取精神，为精英入仕提供了制度保障，也对西方文官制度产生过积极的影响，我们今天仍旧能从多方面借鉴；再如古代见义勇为的立法条款、综合为治的思想，对于今天仍有积极意义；等等。总之，法制史上留下了祖先传下来的精神财富，既有精华，又有糟粕，就看我们如何去利用，但如果不学习，就无法利用。“鉴古明今”，学习中国法制史最重要的价值和意义也就在此。

其次，有利于认识我国的法律文化传统，加深我们对于中国国情的认识。文化是一个民族长期发展过程中形成的物质和精神财富，其核心是人们的心理观念和认知态度。法律文化则是指在长期的历史发展过程中所形成的法律制度、法学理论和法律观念，其核心是人们对于法律制度和法律活动的认识所形成的法律心理、法律思维方式和行为方式，也就是说观念和心理层面的东西。这种观念和心里经过长期的历史积累，往往形成稳定的结构和范式，会对一个民族产生长期和深远的影响。从这个意义上说，我们在当今的法制建设中，绝不能

忽视或轻视历时数千年形成的中国传统法律文化,并且必须正视这种对当今大多数人仍然有着重要的观念和心理影响的传统法律文化。唯有如此,我们才算得上真正了解和认识了中国法制建设的国情,才能增强在参与现代化法制建设过程中的自觉意识,少走弯路。

最后,学习中国法制史也有利于培养学生的法律智慧,提高学生分析和解决法律问题的能力。历史发展的链条总是一环相接一环,今天的法律无不是从昨天的法律发展过来的。无论是法律制度,还是法律条文,要学好它,就必须追根溯源,了解它的过去。有人说,历史是科学实验的实验场。从这个意义上讲,法制史就是法律现象和法律活动的实验场。如果我们能对历史上出现过的种种法律现象作分析、研究,我们无疑就获得了宝贵的法律科学的实验资源。对历史上出现过的法律现象进行纵向与横向的研究和分析,必将有利于增强我们的法律智慧,提高我们分析现实社会各种法律现象、处理各种法律问题的能力。

二

中国传统法律历经数千年的发展,内涵十分丰富,饶有民族特色,被誉为人类文明发展史上著名的“中华法系”。^① 尽管中国传统法律在漫长的发展过程中,充斥着等级、专制等糟粕,但细察历史,我们仍然认为,其间也容纳了许多民本、和谐、仁爱等文明因素。甚至可以说,中国传统法律至今仍是我們走向现代化的历程中值得珍视和利用的文化遗产。因此,准确认识中国传统法律的特点就十分必要。纵观起自炎黄五帝终结于清末修律的整个中国传统法律的发展,我们认为其基本特点有如下五个方面:

(一) 源远流长,自成体系

中华文明迄今已有五千年的发展史,法制的发展也同样源远流长。传说上古时代,黄帝曾制五刑^②,舜帝时期,曾任命皋陶为理官,治理狱讼,并提出了有名的“与其杀不辜,宁失不经”、“明于五刑,以弼五教”、“刑期于无刑”等法律原则。这在大约公元前 2000 年以前,与同时期的其他文明古国相比,是毫不逊色的。

根据 1975 年在湖北省云梦县出土的秦代竹简记载,早在公元前 4 世纪,秦国已有了调整范围涉及刑事、民事、诉讼以及司法行政等方面的法律规范。特别是其中有比较严密的调整各种经济活动如农田水利、山林保护、牛马饲养、种子仓储以及市场管理的法律法规,令人叹为观止。汉人在总结秦亡的教训时曾说“秦法繁于秋荼,而网密于凝脂”^③,这也从侧面反映出秦统治时期法律法规已十分细密。而同时期欧洲的《萨利法典》,无论是内容还是立法技术,都远远落后于秦律。

到公元 7 世纪初唐王朝建立之时,随着政治、经济、文化的高度繁荣,中国古代法制的发展也达到了成熟与定型阶段,并对越南、朝鲜、日本等周边国家主要法典的制定与法律的

^① 所谓法系,即 Legal Family,最早是一个比较法学的概念,意指具有同一传统的若干国家的法律所组成的法律体系。其划分的主要依据是法律传统、法律渊源、法律制度等。美国法学家威格莫尔将世界各国法律分为十六个法系,日本法学家穗积陈重分之为七大法系,英国法学家泰尔又分之为五大法系,但不同分类法均认为“中华法系”是独具特色的一大法系。

^② 据《国语·鲁语》记载,黄帝时期,即开始形成了“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”的五刑制度。

^③ 《盐铁论·刑德》。

实施产生了直接影响,形成了世界公认的五大法系之一——中华法系。到明、清两朝,法律制度依然在逐步发展,只是由于中国封建社会已由盛转衰,而西欧各国此时却相继因资本主义萌芽或发展而更新法律制度,相形之下,中国法律日益落伍,逐渐成为阻碍社会进步的因素。

中国传统法律不仅源远流长,而且一脉相承,从未中断,这也是世界法律史上少有的。中国古代法律与华夏文明相伴而生,此后便代代相传,各朝各代之立法,多是因时因事对前代法律进行增减损益,法制的连续性、继承性相当明显。特别是汉唐以后,“法统”观念深入人心,不论是外来宗教如印度的佛教、阿拉伯的伊斯兰教传入后导致的信仰冲突,也不论是蒙古、满等少数民族入主中原,建立元、清两代王朝进行统治所带来的民族间法观念、法制度的差异,中国传统法律在吸收其养料之后,往往显示出极强的同化功能,并始终使自己处于主导地位。当然,这并不能表明中国传统法律具有开放的特性。实际情形正好相反,从更大的范围看,中国传统法律因自成体系而显示出某种封闭性特征。从起源上讲,中国传统法律不具有古希腊、古罗马法律起源的多源性,基本上是自身文明独立孕育成长起来的。在其发展过程中,也基本未受到更先进法制文明的挑战,而是自成一体,独立发展。从其内在结构而言,基本上是结构变化不大,体系比较严密、精细的整体。这种封闭特性,从某种程度上显示了中国传统法律的孤立性和保守性。

(二) 儒学指导,礼入于法

儒学是中国传统社会的显学。自西汉董仲舒提出“罢黜百家,独尊儒术”的策论被汉武帝采纳后,儒家思想一直成为统治阶级所提倡的正统思想。作为安邦治国重要支柱的法制建设,自然必须接受儒学的指导。事实上,从汉初总结秦亡的教训开始,法制就逐渐被纳入儒家化的轨道。礼法并用、德主刑辅等儒学核心内容成为立法和司法最基本的原则。至唐时,儒学作为指导思想已在制定其基本法典《唐律疏议》时得到了全面贯彻。^①史称《唐律疏议》“一准乎礼”、“得古今之平”,其实归纳起来,就是体现了儒学“礼治”、“得中”等核心思想。此后一直到清末法制改革前,儒学在法制建立和实施中的主体和正统地位从未动摇过。即使像王安石变法、明末清初启蒙思想家对封建法制的抨击乃至晚清的戊戌变法运动,也往往采取追述三代之法,认为现行法制不合儒学正宗的方式来批评现行法制^②,可见儒学地位之牢固,影响之深远。

由于儒学对中国古代法律影响的深刻性和一贯性,使得儒学的核心——“礼”成为法的基本内容。礼起源于古老的“祀神祈福”仪式,后被引申为礼仪秩序规范。其核心原则是“尊尊”、“亲亲”,其基本功能是“序尊卑、明贵贱、定亲疏、别同异”。由于礼对于维护传统社会秩序特别是封建统治秩序具有积极而重要的意义,因而从西汉董仲舒“春秋决狱”开始,礼的内容就一步步成为法律规范。比如汉代的“亲属相容隐”,魏晋南北朝时期的“八议”、“官当”、“重罪十条”被吸收入律,并为后世历朝所继承。《唐律疏议·贼盗》有云:“尊卑贵贱,等数不同,刑名轻重,粲然有别”,发展到明清,两朝律典均首列服制

^① 主持制定《唐律疏议》的长孙无忌在《进律疏表》中所谓的“德礼为政教之本,刑罚为政教之用,犹昏晓阳秋相须而成者也”,实际上典型地表述了中国古代法律以儒家学说的核心内容“德礼”为本的原则。

^② 明末清初启蒙思想家黄宗羲的《明夷待访录》,很重要的立论基础,是以“三代之法”作对比,批评和抨击明之弊政。康有为所著为变法作思想舆论准备的《新学伪经考》、《孔子改制考》,也以“托古改制”的形式,以合乎儒家的“圣人之道”相标榜,来宣传自己的变法主张。

图,审案之前,必须弄清被告与原告有无亲属关系,如有,是何亲等,否则就无法立案,更无从审断案件。

以礼入法使中国传统法律本质上是一部身份法、等差法,使“平之如水”这一法的核心原则无论是在立法还是司法方面都必然大打折扣。但是,也必须看到,由于中国传统社会的宗法家族结构也是一幅差序格局,建立在自然经济基础之上的社会,也客观上需要等级秩序上端的权威来维护弱小个体的基本利益,因此,这种以礼为中心的身份法也同以礼为核心的道德一样,为古代社会的民众所接受,使中国传统法律在一派脉脉温情的礼治面纱下实现了其比严酷的暴力更有效的社会统治。

(三) 法自君出,式样互补

从立法的角度看,中国法律传统的最大特点是皇权至上,法自君出。据夏、商、周的史料记载,当时的法律主要包括礼与刑两种形式,习惯法特色十分明显,但不可否认的是,以“代天行罚”形式出现的“王命”,在实际的政治、社会生活中扮演着十分重要的角色。孔子在《论语·季氏》中就曾总结西周政治的典型特征是:“礼乐征伐自天子出”。这种现象与中国古代法律起源中“刑始于兵”的发展道路密切相关。^①自秦始皇建立中央集权的专制主义国家后,君主的意志更成为法律最基本的渊源。秦始皇公开宣布其“命为制”、“令为诏”,要求法自己出,并在社会实践中实现了“海内为郡县,法令由一统”^②的局面。汉武帝时,廷尉杜周在反驳别人说他一味顺从皇帝旨意时也曾说:“三尺(法)安在哉?前主所是著为律,后主所是疏为令”^③,一语道破了皇帝“出言为法”的本质。无论是封建前期的秦汉王朝,还是晚期的明清两代,封建的立法权始终集中于君主个人之手。不仅历代的基本法典——律,需要由皇帝安排人员秉承其旨意来编修制定并最后由皇帝出面以“钦定”之名义来颁布,而且在平常之日,君主因人因事随时发布的诏令、敕谕,均是具有最高效力的法律形式。中国封建社会中,以皇权为代表的专制主义政治制度一直沿着螺旋上升的轨迹不断强化,因此“法自君出”的现象愈到后期愈益显著。宋代的“律敕相争”、“以敕代律”,明清时期“例”地位的日益上升,以至最后改变了法典体例,出现了“律例合编”的新形式,都是“法自君出”立法原则的重要体现。君主是封建统治阶级的代表,其意志往往代表了整个统治阶级的利益,因此在世界各国君主对立法均有一定的影响,但像中国古代这种以君主意志为最重要法律渊源并日益走向极端的情况还是极少的。而且从一般意义上讲,既然法自君出,那么君主可立法也可废法,在无道之君为政之时,其凌驾于法律之上恣意妄为的行为被视为合理,这往往造成法制状态的极端混乱。

以君主之意志为法律渊源的特点也导致了中国古代法律形式上的多样与互补。除各朝各代立国之初均修律典作为其基本法典外,又分别辅之以令、格、式、例、敕等法律形式,构成比较全面和细致的法律体系。一般说来,律作为“常经”,沿袭性、稳定性均较强,而令、格、式、敕、例等,或为专门性规范汇编,或为临时性权设之法,属于对稳定性较强的律起补充作用的性质,这不仅组成了较为严密的法网,有利于加强对社会的外在约束,同时又便于统治者以一种形式代替另一种形式,如以敕代律、以例代律等,增强了统治方式的灵

① 所谓“刑始于兵”,即中国古代法律起源于战争所产生的军律。由于战争必须讲求效率,需要有严密的组织和行为的一致性,因此军律的内容必然需要维护部落首领或国王的权威,有较多的独裁性或者说专制性。

② 《史记·秦始皇本纪》。

③ 《汉书·杜周传》。

活性。

（四）行司合一，执法原情

在司法方面，中国传统法律的最大特点是行政司法合一和执法原情。中国古代社会中，皇帝是最高级别的立法者，又是最高级别的审判官。这种以皇帝为立法和司法上最高权威的制度，直接成为产生古代社会司法与行政混为一体的基础。自秦汉起，中央已设廷尉专职司法，以后各朝均设有大理寺、刑部、御史台或都察院等专司审判的机构，但自秦始皇“专任刑罚，躬操文墨，昼断狱，夜理书”^①，开直接控制最高司法权之先例后，历朝历代莫不仿效。从魏晋开始，死刑的核准权操于皇帝之手已成为定制。在皇权一统的格局下，行政部门侵夺司法权限，参与司法审判也成发展趋势。唐时就建立了“三司推事”制度，明清时期，还实行皇帝控制下的秋审、朝审制度。并且唐、宋、明、清的律文中均明确规定，对应上奏而不上奏、越权审判的法官要处以刑罚。如果说封建国家的中央还设置专门司法机构主管审断之事，只是行政权不断侵夺司法权的话，那么在地方上则长期由地方行政长官兼理司法。秦汉时期的郡守、县令既是所在地的行政长官，又是该地区的法官。宋代设置的提点刑狱司，明清设置的提刑按察使司，虽是为地方专设负责案件上诉和审理的专门机构，但实际上同样受地方行政长官的控制。这种司法行政合一的现象，不是偶然的，而是适应传统的自然经济和专制主义统治需要的产物。

在法律适用方面，与制定法居主导地位相适应，封建法律往往有“援法定罪”的要求和规定。如《唐律·断狱律》就有“诸断罪皆须具引律令格式正文，违者笞三十”的条文。明清两代也均有“讲读律令”律条，要求官吏熟读律文，讲明律意，依律断罪。应当说，这是与大一统帝国必然要求法律的统一适用分不开的。与此同时，在具体的司法实践中，对于案件的定罪量刑，统治者又同时提倡“原情断狱”，力争做到“法情允协”。以明法自恃的唐太宗就曾因犯法之人老而有功并宽宥之而自谢罪于天下，以执法严苛著称的明太祖朱元璋也曾为孝子屈法。魏晋之时，许多为父复仇、为兄复仇的案件在审理时，司法官也往往为情所动，对犯罪者开释了之。明清时期众多律学著作研究的重点之一，也是如何在不同条件下，使抽象化的律条与具体的断罪量刑结合起来，做到“法顺人情”。从大量的案例看，执法原情之情，主要体现为纲常名分之情。^②司法活动中追求“法情合谐”本身，实际就是使儒家的纲常伦理进一步深入到案件审判活动中的过程。当然，由于中国地域广大，各地区情况差别很大，执法原情本身也能补充“科条有限”之不足，达到增强法律实效的目的。

（五）诸法合体，民刑有分

从编篡体例看，中国古代法典的确有“诸法合体”的特点。所谓“诸法合体”，即是说，从战国李悝著《法经》开始，历代编篡的法典之基本结构均是以刑法为主，但也同时包含有关民法、诉讼法、行政法的内容。即使是基本法典以外的法律形式，也往往不是以调整的对象和性质来区分门类，进行编篡，而多是按时间顺序编辑成册，结构上往往是综合性的。这种情况一直延续到清末修律时，按照输入的大陆法系模式分别起草了宪法、刑法、民法、商法、诉讼法、法院编制法，才有所改变。中国古代法典采用这种以刑为主、混合编篡的形式不是偶然的，是和我国古代专制主义不断强化，从而要求增多法律体系中刑事法律数

^① 《汉书·刑法志》。

^② 当然，这也是儒家学说中教化重于刑罚思想在司法领域的体现。

量、增强其效力分不开的，也和我国古代商品经济长期不发达，而礼和习俗长期起到了调节基层社会民事行为关系的作用密切相关。然而，我们又决不能由此得出“中国古代只有刑法没有民法”的结论。从马克思主义的观点来看，任何一种类型的法律都是社会关系的反映和产物，社会关系的多样性决定了法律规范内容的多样性及法律调整方式的多样性。^①从实际情形看，中国古代法律体系也是由刑法、民法、行政法、经济法、诉讼法等各种部门法构成的整体。比如，就民法而言，已出土的青铜器铭文表明，早在周代，调整所有权、债权、婚姻家庭关系的民事法律规范就十分发达了。而到了宋代，随着商品经济的发展，民事法律更是得到了更充分的发展，出现了“红契”这种由官方确认所有权转移的法律形式，以及“典卖”这种特殊的不动产交易形式，到清朝已出现了《户部则例》这一具有民事法规性质的钦定官方文件。当然，由于中国古代商品经济长期处于不太发达的状态，也由于封建专制主义立法的动机多为维持自身的统治，因而比较重视刑法，往往视民事纠纷为“细故”等原因，我国古代没有出现独立的民法典。又比如，中国古代的行政法也是十分发达的，远在尧舜时代，就出现了选官立政的法律规范。殷商之时，就对统治集团内部的职务犯罪规定了“三风十愆”之罪，确立了中国历史上最早的“官刑”。此后的统治者也多奉行“明主治吏不治民”的原则，对行政机构的设立、运行，官员的选任、考核、监察乃至致仕，都制定了细密的规范，对封建政治制度的有效运行起到了积极的作用。到明清时期，两朝适应新的行政管理需要，还分别编制了《明会典》和《清会典》，既是对原有行政法规的汇编总结，也对各行政部门后来的行为活动起到了规范作用。

三

客观地说，“中国法制史”又是一门难度比较大的法学学科，一是因为其时间段长，上下几千年，内容宽泛，容量极大，各种法律现象林林总总，不一而足，条理容易混乱。二是因为要学好中国法制史，还必须有较好的古汉语和历史基础。因此，注意学习方法就显得十分重要。

学好中国法制史，必须认真把握好两大问题：

其一，必须对中国法律发展历史的主线有总体的把握。

法律历史的发展同历史发展一样，有其规律性。只有运用马克思主义的唯物史观对四千多年的中国法制发展史进行宏观分析，才能真正理解和把握法制发展的规律性。就此而言，中国法制历史发展的基本规律，就是作为上层建筑的法律制度的发展，其决定因素在于经济基础的发展变化。因此，学习和研究中国法制历史的各种发展变化时，要重点关注社会的物质生活方式的发展变化，特别是社会生产力的发展变化。

其二，应当尽力把握中国法制发展历史的阶段性特征。

中国法制发展具有四千多年的历史，其间代代相传，从未中断，具有明显的承袭关系。但是，由于各朝代所处的时代背景不同，法律所需调整的社会关系的差异，以及统治阶级的法制指导思想的变化，中国历代法制发展均呈现出突出的阶段性特征。如西周的“明德慎罚”、秦代的“皆有法式”、汉魏的法律儒家化、隋唐的德本刑用、宋明清的专制主义不断

^① 参见张晋藩：“再论中华法系的若干问题”，《求索集》，南京大学出版社1996年版，第245页。

强化、近代的法制变革等。学习中国法制史，必须抓住这些阶段性特征，才能对多元的、纷繁复杂的法律现象有所厘清，才能对法制发展的内容掌握准、理解深。

此外，由于法制史的内容既丰富又抽象，学习的过程中往往有枯燥和难以记忆之感，因此，应注意在学习的过程中多分析、多比较，在理解的基础上记忆。比如，学习唐代法律制度，就可以先从横向方面，对唐代的法制指导思想、立法活动与法律形式、行政法律、民事经济法律、刑事法律及司法制度等内容进行全面把握，在此基础上再进行纵向比较，总结唐代法律制度与以前各代法律制度的继承和发展关系，以及它对此后各朝代法律制度的影响。如此，我们就能理解和体会中国法制发展的活的过程，对各种法律制度的发展变化也就会加深理解和记忆。对于具体的制度，如各朝代刑名、罪名的发展，刑罚原则的变化，司法机关名称和职能的改变，甚至死刑的变化过程等，都可以用对比的方法来学习和记忆，这样，学习既会感觉到生动，理解也能得以深入，知识也会掌握得更加准确。

第一章

中国法律的起源与夏、商、周法律制度的发展

学习目标

通过本章学习，应掌握中国法律起源的基本途径及对中国法制发展所产生的重要影响。同时了解夏商法制是中国古代法制雏形的基础上，对中国法制发展的第一个高峰时期——西周的法制有全面把握。特别是对西周“明德慎罚”思想对于西周法制发展的推动以及西周“礼”治思想、宗法制度对于西周行政法制、民事法制的影响有较好的掌握。

重点难点提示

- 中国古代“刑”、“法”、“律”的含义及其演变
- 中国法律起源的两种基本途径及影响
- 夏商的神权法特色
- 西周“明德慎罚”思想及其在法律内容上的体现
- 西周礼刑关系
- 西周的刑罚原则
- 西周的婚姻制度
- 西周的司法制度

中国法制史是研究中国历史上法律制度的产生、发展、演变的过程、特点、本质及其规律性的科学，因而它首先要面临的问题就是中国法律如何起源以及起源于何时。

第一节 中国法律的起源

确定中国法律如何起源、起源于何时的前提，是先给“法律”这一概念下一个准确的定义。需要指出的是，现代意义的“法律”这一概念在中国古代是不存在的，它的使用始于晚清，是清末修律时从日本输入的法律术语。

一、“刑”、“法”、“律”的异同及马克思主义关于“法律”的定义

在中国古代，指称法律现象、法律活动的汉语词汇主要有“刑”、“法”、“律”三个，从词源学的角度讲，其基本含义有所不同，使用的范围、时期也有所差异。

“刑”，又为“𠂔”，意为成束的兵器，基本的含义是杀、杀戮、制裁。同时，“刑”、

“型”相通，因此，也有规范、范式的意义。

“法”的含义，按照我国古代第一部字书《说文解字》的解释，即为“灋，刑也，平之如水，从水；廌，所以触不直者去之，从去”，也就是说，法既与刑相通，又具有公平、平等的意义。

“律”，按《说文解字》的说法，其基本含义是“均布”，即“律，均布也”。均布是古人用来调整音律的一种工具，用它来指称法律，其意义在于强调法律的统一适用。

上述三个词汇，尽管本身的字义各有侧重，但在法律、法令、规范、约束的意义上，三者基本相同。

同时，在中国古代不同时期，“刑”、“法”、“律”三个词汇的使用情况也不相同。大体而言，春秋战国各国变法之前，主要用“刑”来指称法律，表明此时法律具有突出的杀戮、暴力强制的特性。春秋时期，适应各国变法需要，用“法”来指称法律成为较为普遍的现象，其意义在于更加强调法律的平等和统一的法令、法制。自商鞅“改法为律”后，“律”则成为通用的词汇，其强调的是普遍地执行法、统一的适用法。中国自秦以后的法律基本上称为律，其基本法典多以律命名，如《秦律》、《九章律》、《开皇律》、《永徽律》、《大明律》、《大清律》等，就典型地表现出了“律”一词使用的普遍性、广泛性。

当然，我们今天研究中国法制史时所使用的“法律”一词是一个现代概念。按照马克思主义法学观，法律是体现统治阶级意志的、由国家制定或认可并以国家强制力保证实施的行为规范的总和。这一基本理论成为我们当今研究各种法律现象（包括中国历史上的各种法律现象）的立论基础。

二、中国古代国家和法律起源于夏朝的依据

根据马克思主义关于法律的定义以及关于法的一般理论，法律不是从来就有的，而是人类社会发展到一定阶段的产物，法律的出现是与国家的产生密切相连的。或者说，法与国家之间有着必然的联系，国家在统治阶级的意志客观化为法的过程中具有“中介”作用。因而，研究中国古代法律起源于何时的问题时就首先应探讨中国古代国家起源于何时的问题。

按照历史学界的通行认识，夏启建立了中国历史上第一个奴隶制国家。其标志主要有：（1）王位世袭制的确立。此前的尧、舜、禹时期，氏族、部落首领的职位均实行禅让制。到禹时，也已选定禅让职位于伯益。但其子启以武力夺取了王位，成为中国第一代国王，并从此确立了王位世袭制度。这是与传统的原始部落完全不同的社会管理制度，是国家出现的明显标志。（2）“按区域来划分它的国民”。按照马克思主义国家起源的基本理论，按地域标准而不是按血缘标准来划分其统治下的民众，也是国家出现的主要标志。据有关史料记载，夏启时，曾将其统治区域划分为“九州”，即“茫茫禹迹，划为九州”^①，并设置了九州之长“九牧”来进行管理，还“铸九鼎”以纪功，象征禹为九州之王，这些都显示出禹的统治地域已不局限于氏族内部，而是将其他氏族和被征服者也纳入了统治的范围，开始建立新的进行国家管理的行政区划。（3）公共权力的设立。公共权力的出现，也是国家形成的重要标志。夏建立后，已经建立了正式的行政管理机关，并设立了相应的官吏，即所谓的“夏后氏官百”。^② 中央设有“六卿”（包括管农业的后稷，掌教化的司徒，管理刑狱的大理

① 《左传·襄公四年》。

② 《礼记》。

等),甚至还设立了监狱。“夏帝芬三十六年作圜土”^①,据考证,“圜土”即是由圆形土墙围成的监狱。

由上可知,禹所建立的夏朝已完全具备了奴隶制国家的基本特征。与此相应,中国古代法律制度也因国家的出现而得以产生和发端,中国法制文明的发展也从此拉开了帷幕。

三、中国古代法律起源的两种基本途径及影响

按照马克思主义法学的基本理论,法律的起源有其自身的规律。就其产生过程来看,经历了从习惯到习惯法再到成文法的发展过程。

具体而言,人类的先民在原始社会时期已经形成了约束个体的行为规范——氏族习惯,这种习惯主要靠氏族首领的威信和人们的内心信念来维持,因而其强制力不高,效力也不太稳定。随着统治地域的扩大,社会关系日益复杂,各种矛盾更加尖锐,到阶级矛盾不可调和时,开始出现国家。国家产生后,对一些氏族习惯进行认可,赋予其国家强制力,使原始社会的一般规范——氏族习惯转变为习惯法。习惯法与习惯相比,已经有了质的飞跃,即它是由国家认可并由国家强制力来保证实施的,对于国家的整个统治地域适用,效力更加稳定,更符合维护社会秩序和巩固统治权的需要。此后,随着社会的不断发展,出现了更多的对人们行为规范的需求,国家因此更广泛地制定法律,于是出现了大量的新制定的成文法,成文法的优点在于比习惯法具有更强的自觉性和能动性。

由上述法律发生、发展的规律可知,起源之始的法律内容与原始习惯密切相关。也可以说,法律起源的基础是原始习惯,法律起源之始不过是把已经形成的原始习惯加以选择、加工,赋予其国家意志,于是形成了法律。因此,原始习惯的内容以及原始习惯如何演变为法律(习惯法),成为学习法律起源问题的又一焦点。

就中国古代法律起源而论,由原始习惯转变为法律主要应重视两个方面,即刑和礼。中国古代法律产生和发展之初,法律制度体系主要由刑和礼两大部分构成。在法律起源的基本途径上也可以典型地表述为“刑始于兵”和“礼源于祭祀”。

(一)“刑始于兵”

所谓“刑始于兵”,其基本含义是指刑的产生源于战争,即是说我国古代法律最先起源于战争中的某种需要,最早的法脱胎于军事活动中产生的军法。

“刑始于兵”说最早始于元代脱脱主编《辽史·刑法志》:“刑也者,始于兵而终于礼者也”。但这种关于法律起源的认识早在汉代就有较大的影响,比如《汉书·刑法志》就明确提出法律的产生是“因天讨而作五刑”,意为五刑的制定是出于战争的需要。后世的史学家、法学家多承袭其说。

“刑始于兵”之说之所以长期流传,为世人所接受,有其深刻的原因:

首先,因战争而产生具有强制力的行为规范并转化为法律具有历史必然性。

人类发展到原始社会末期,随着生产力的发展,社会财富增长,氏族间、部落间经济不平衡,战争成为扩张领土、掠夺财富以繁荣氏族的重要途径。对于战争而言,要取得胜利,既必须抛弃原始民主制的决策方式以提高效率,又必须依赖有组织的暴力,对内惩罚不遵号令、不守规则的军事成员,对外抗拒或征服异族的入侵或反抗。于是,调整军事活动的各种

^① 《竹书纪年》。