

高等学校法学教材

中 国 法 律 史

司法部法学教材编辑部编审

主 编 张晋藩

副主编 林 中 朱 勇

撰稿人 张晋藩 林 中 朱 勇

郭成伟 邱远猷 陈景良

贺 嘉

法 律 出 版 社

第十四章、第十五章、第十六章

贺 嘉 第四章、第七章
郭成伟 第五章、第六章
朱 勇 第八章、第九章、第十七章
陈景良 第十章、第十一章
邱远猷 第十八章
责任编辑：黄翠玉

司法部法学教材编辑部

1995年3月

(京)新登字 080 号

高等学校法学教材
中国法律史
司法部法学教材编辑部编审

出版·发行/法律出版社
经销/新华书店
印刷/河北华兴印刷厂
开本/850×1168 毫米 1/32 **印张**/20.5 **字数**/550 千

版本/1995 年 6 月第 1 版 1995 年 6 月第 1 次印刷
印数/0,001—4,000

社址/北京广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)
电话/3266781 3266796
出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN7-5036-1174-X/D·939
定价:20.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

作者简介

张晋藩 中国政法大学教授、博士生导师、中国法律史学会名誉会长、中国法文化研究会会长。

主要著作：《中国古代法律制度》、《中国法制史》、《清律研究》、《法史鉴略》、《中国法律史论》；主编：《中国法制史》、《中国官制通史》、《清朝法制史》、《中国刑法史》、《中国法制史研究综述》、《台湾法律概论》、《法律史研究》、《法律的传统与现代化》等。

林 中 中国政法大学教授。

主要著作：《中国法律思想史新论》、《中国近代法律思想史略》、《中国刑法史新论》等。

朱 勇 中国政法大学教授、法学博士、中国法律史研究所所长。

主要著作：《清代宗族法研究》、《法律与现代社会》；译著：《中华帝国的法律》；合著：《中国法制史研究综述》、《清朝法制史》、《法律史研究》、《台湾司法制度》、《台湾法律概论》等。

郭成伟 中国政法大学教授、科研处处长。

主要著作：《社会犯罪与综合为治》；主编：《中华法案大辞典》；合著：《唐律与唐代吏治》、《清朝法制史》、《台湾法律概论》等。

- 邱远猷 首都师范大学教授。
主要著作：《太平天国法律制度研究》；主编：《中国近代官制词典》、《简明中国近现代史词典》；合著：《中国近代史新编》等。
- 陈景良 河南大学副教授、法学博士、法律系主任。
主要著作：合著：《中国法制史·宋卷》、《中国法律思想史·宋卷》、《中国法制史教程》、《中国法制史》等。
- 贺 嘉 中国政法大学法学博士。
主要著作：合著：《中国法制史教程》等。

说 明

为适应高等学校法学专业深化教学改革的需要,我们邀请部分教授、专家编写了这本《中国法律史》。该书以邓小平同志建设有中国特色的社会主义理论为指导,贯彻党的十四大精神,编写时力求完整、准确地阐述法学的基本概念、基本原理和基本知识,努力做到科学性、系统性和实用性相统一。

《中国法律史》是作者在总结中国法制史、中国法律思想史教学与研究经验的基础上撰写的。多年的教学与研究实践,使我们深感制度史与思想史这两门学科密不可分。只见制度不见思想,不仅内容枯燥,更难以说明产生一种制度的思想先导。只见思想不见制度,不仅思想空泛,也无以揭示其对制度的影响。近年来,随着经济体制的转轨,应用法学需要扩大讲授比重,基础法学则需要综合和压缩。为适应这种状况,我们尝试在“中国法律史”这门课程中讲授中国法制史与中国法律思想史的内容。需要强调的是,这不是两门学科的简单合并,而是创建一门新学科、新体系。我们编写此书,就是为新学科提供基本的教材。本书为法学专业通用教材,可供广大教师、学生教学使用。

作为创建新学科的起步,本书在体系上还不够成熟,在材料引用上或有挂一漏万之处,我们希望在教学、研究实践中,逐渐臻于完善。

尽管作者力求编写高质量和高水平的法学教材,但不足之处在所难免,尚祈广大读者批评指正,以便再版时修订。

本书由张晋藩任主编,林中、朱勇任副主编。全书由主编和副主编统稿、定稿。各章撰稿人分别为:

张晋藩、林 中 第一章、第二章、第三章、第十二章、第十三章、

目 录

第一章 夏朝法律	(1)
(约公元前 21 世纪—约公元前 16 世纪)	
第一节 由象刑到阶级刑法	(1)
第二节 关于中国法律起源的各种观点	(4)
第三节 禹刑的基本内容与司法、监狱	(8)
第二章 商朝法律	(12)
(约公元前 16 世纪—约公元前 11 世纪)	
第一节 神权笼罩下的国家体制	(12)
第二节 汤刑的制定与天罚思想	(16)
第三节 宗法观念的初步确立与婚姻继承制度	(18)
第四节 王权支配下的司法制度	(19)
第三章 西周法律	(20)
(约公元前 11 世纪—公元前 770 年)	
第一节 慎刑思想指导下的立法活动	(20)
第二节 周公制礼,礼刑互补	(22)
第三节 确认宗法等级制度的行政法律	(27)
第四节 私有权观念的发展与民事法律	(34)
第五节 明德慎罚思想与刑法	(42)
第六节 司法制度与监狱管理	(51)
第四章 战国时期法律	(58)
(公元前 475 年—公元前 221 年)	
第一节 诸子百家学说的兴起与法制的变革	(58)
第二节 礼乐刑政综合为治——礼法结合的早期形态	(71)

第三节	法家思想对封建专制主义法治与人治的影响·····	(79)
第五章	秦朝法律 ·····	(86)
	(公元前 221 年—公元前 206 年)	
第一节	秦统一前后的法律思想·····	(86)
第二节	商鞅变法与立法建制·····	(90)
第三节	云梦《秦简》与秦“缘法而治”的再现·····	(92)
第四节	秦统一后的立法概况·····	(95)
第六章	汉朝法律 ·····	(113)
	(公元前 206 年—220 年)	
第一节	黄老思想与汉初的轻徭薄赋、宽法缓刑·····	(113)
第二节	汉初刑制改革与历史价值·····	(116)
第三节	董仲舒的儒学思想与两汉法制的转型·····	(118)
第四节	引礼入法,确立儒家化法律体系·····	(120)
第五节	两汉礼法论说奠定“德主刑辅”政策和法律基础 ·····	(133)
第七章	三国两晋南北朝法律 ·····	(139)
	(220 年—581 年)	
第一节	对法家思想的新解释与立法建制·····	(139)
第二节	法律的成就与《晋律》的地位·····	(148)
第三节	汉儒律学对北朝立法的重要影响·····	(155)
第八章	隋朝法律 ·····	(170)
	(581 年—618 年)	
第一节	法律思想与立法概况·····	(170)
第二节	承先启后的《开皇律》·····	(175)
第九章	唐朝法律 ·····	(182)
	(618 年—907 年)	
第一节	立法思想与立法活动·····	(182)
第二节	《唐律疏议》集律学之大成·····	(191)
第三节	刑法体系的完备·····	(203)

第四节	复仇观与情法冲突·····	(225)
第五节	行政法律体系的确立·····	(231)
第六节	民事法律的新发展与立法成就·····	(238)
第七节	司法制度·····	(248)
第十章	宋朝法律 ·····	(254)
	(960年—1279年)	
第一节	宋初集权中央的政策与法制建设·····	(255)
第二节	重惩盗贼的思想与刑事立法·····	(265)
第三节	王安石变法中的新旧之争及其法律实践·····	(269)
第四节	商品经济、功利思想与民商法律·····	(277)
第五节	宋朝的司法制度与包拯的改革·····	(311)
第十一章	元朝法律 ·····	(318)
	(公元1279年—1368年)	
第一节	“尽收诸国,各依风俗”的思想与法制建设·····	(319)
第二节	具有民族特色的行政管理体制与监察法规·····	(326)
第三节	重商思想与民商法律·····	(330)
第四节	体现民族习惯与民族压迫的刑事法律·····	(335)
第五节	司法制度·····	(337)
第十二章	明朝法律 ·····	(342)
	(1368年—1644年)	
第一节	明初统治者的法律思想与立法活动·····	(342)
第二节	明中后期统治者的法律思想与立法活动·····	(349)
第三节	贯彻高度集权思想的行政法律·····	(356)
第四节	体现私有权观念进一步发展的民事法律·····	(371)
第五节	发展自耕农经济与控制工商财政的经济立法·····	(376)
第六节	“重典刑乱”的思想与刑事法律·····	(381)
第七节	高度集权的司法制度·····	(387)
第十三章	清朝法律(上) ·····	(393)
	(1644年—1840年)	

第一节	清开国时期的法律思想与法制建设·····	(393)
第二节	清入关后统治者的法律思想与《大清律例》的制定 ·····	(404)
第三节	“立纲陈纪、命官敷政”的行政立法·····	(409)
第四节	反映人身与财产关系变化的民事法律·····	(420)
第五节	“改革赋役、调整工商”的经济立法·····	(430)
第六节	“禁奸安善”的法律思想与刑事法律·····	(436)
第七节	“因俗制宜、华夷并用”的民族立法·····	(448)
第八节	严格统一用法的司法制度·····	(454)
第十四章	清朝法律(下) ·····	(465)
	(1840年—1911年)	
第一节	抨击清朝法制的改革派法律思想·····	(466)
第二节	农民的天国思想与立法建制·····	(469)
第三节	改良派的法律思想与维新变法·····	(477)
第四节	固守“祖宗家法”,“中体西用”的法律思想与立法活 动·····	(485)
第五节	革新政治与预备立宪·····	(488)
第六节	官制改革与行政立法·····	(496)
第七节	会通中西的法律思想与晚清修律·····	(500)
第十五章	南京临时政府的法律 ·····	(519)
	(1912年1月—1912年4月)	
第一节	资产阶级民主派法律思想的兴起及其主要内容 ·····	(519)
第二节	民主共和国思想指导下的南京临时政府的法制建 设·····	(530)
第十六章	北洋政府法律 ·····	(537)
	(公元1912年4月—1927年4月)	
第一节	“武人专制”的民国·····	(537)
第二节	“毁法残民”的法制·····	(539)

第三节	军事审判为特征的司法制度·····	(549)
第十七章	中华民国法律 ·····	(552)
	(1927年4月—1949年2月)	
第一节	立法原则与立法活动·····	(552)
第二节	宪法与政权体制·····	(560)
第三节	吸收西方经验、保留民族传统的法律制度·····	(574)
第十八章	人民民主主义与革命根据地的法制建设 ·····	(589)
	(1927年—1949年9月)	
第一节	人民民主宪政思想与实施·····	(589)
第二节	“耕者有其田”思想与土地立法·····	(598)
第三节	刑事立法的主要打击锋芒和原则·····	(606)
第四节	解放妇女的思想与婚姻立法原则·····	(615)
第五节	廉政思想与廉政立法·····	(625)
第六节	民主诉讼审判原则与狱政思想·····	(634)

第一章 夏朝法律

(约公元前 21 世纪—
约公元前 16 世纪)

第一节 由象刑到阶级刑法

中国古代典籍中的刑,兼有法与罚的两重含义。《尔雅·释诂》:“刑,常也,法也。”《易》:“井(刑),法也。”所谓《禹刑》、《汤刑》、《九刑》、《吕刑》,就是夏商周三代具有代表性的法。因此考察法的起源是和考察刑的起源一致的。

中国也和世界上其它一些民族一样,经过了漫长的没有阶级、没有国家和刑罚的氏族社会。氏族公社内部在原始公有制基础上形成的民主传统和习惯,是氏族全体成员公认的调整人们相互关系的准则和指导人们行为的规范,具有普遍的约束力。当时既没有强加于氏族内部成员的刑罚,也不存在法的观念。所谓“上古议事以制,不为刑辟”^①，“神农无制令而民从”^②，“刑政不用而治,甲兵不起而王。”^③ 这种对氏族社会的管理常被称为“风俗的统治。”^④

但是,如果发生违犯氏族共同生活规则的行为,也要受到氏族全体成员的谴责和制裁,所谓施以“象刑”。象刑一词来自《尚书·舜

① 《晋书·刑法志》。

② 《淮南子》。

③ 《商君书·画策》。

④ 《列宁选集》第四卷,第 44 页,1972 年版。

典》“象以典刑”。历来对象刑的解释颇多，但大同小异。《说文》：“祿，饰也”，即通过予某人以特殊的装饰以示惩戒之意。《尚书·大传》：“唐虞象刑而民不敢犯”，“唐虞之象刑，上刑赭衣不纯，中刑杂屨，下刑墨幪。”《御览》引慎子语说：“有虞氏之诛，以幪巾当墨，以草纓当劓，以菲屨当刖，以荀艾鞶当宫，布衣无领以当大辟”。《白虎通》也有类似的解释：“犯黥者皂其衣，犯劓者丹其服，犯腓者墨其体，犯宫者锥其屨，大辟之罪则布其衣裾而无领缘”。

也有人将象刑解释为画象以示刑，就是刻划五种肉刑在器物上，使民见而知所惩戒。《周礼·司圜》：“悉治象之法，使民观之。”《唐律疏议》：象刑“画象以愧其心”。《玉海》卷六十七引朱熹语：“象以典刑者，画象而示民以墨、劓、刖、宫、大辟五等肉刑之常法也。”

还有人认为“象”有法的含义。《孔安国传》：“象，法也，法以周刑也”。因此“象以典刑”即以法施刑。如汉文帝十三年诏云：“盖闻有虞氏之时，画衣冠，异章服以为戮，而民弗犯，何治之至也。”^① 战国以后的儒家，将“象刑”多解释为象征性刑罚，以宣扬儒家所鼓吹的尧舜之世的刑措之风。

但持批判态度者亦不乏其人。荀子曾指出：“世俗之为说者曰：‘治古无肉刑而有象刑’，墨黥经婴共艾鞶菲屨杀赭衣而不纯。是不然，以为治邪？则人固莫触罪，岂独无肉刑，亦不待象刑矣，以为轻刑邪？人或触罪矣，而直轻具刑，是杀人者不死，伤人者不刑也，罪至重而刑至轻，民无所畏，乱莫大焉。”^② 班固也指出：“象刑惟明者，言象天道而作刑，安有菲屨赭衣者哉”^③。近人沈家本认为，舜时五刑与象刑并行，五刑“所以待蛮夷者也……又所以待怙恶者也，若象刑，所以待平民者也。”象刑的目的“仍是以德化之。”^④

总之，有关象刑的解释，后人以五刑附会者多。清人王鸣盛断言：

①③ 《汉书·刑法志》。

② 《荀子·止论》。

④ 《历代刑法考·刑制总考一》。

异章服、画衣冠的象刑纯出于后人的杜撰，却也过于武断。直到春秋战国时期，古代象刑遗风犹存。董说《七国考》引《班固答友人书》：“昔者战国之时，大梁（魏国）之法，得罪小者别以丹巾，漆其领，有画衣冠之心。”汉代大儒郑玄认为《周礼·司圜》中提及的“明刑”，即是古代象刑的一脉，他在注文中说：“弗使冠饰，著墨幪，若古之象刑。”可见，早期阶级社会的耻辱刑，即由此——象刑演化而来。从我国一些少数民族的习惯法中也可以窥见象刑的某些史影。例如《旧唐书·吐蕃传》提供了类似古籍中所说象刑的实例：“重兵死，以累世战歿为甲门。败儒者，垂孤尾于首示辱，不得列于人。”

我们认为，象刑可以理解为氏族社会适用于全体成员的习俗的统治，对违反氏族共同生活规则的人，采取异其章服的作法，以示与其他氏族成员的区别，借以增加其愧悔之心。象刑不是以国家强制为后盾的暴力，不是强迫人们接受的刑罚。这种习俗的统治，是维护氏族的存在和发展所必需的，因而得到一致的赞同，是氏族部落全体成员共同意志的表现。

作为阶级刑法产生于何时，它的上限如何划定，是一个古今学者议论纷纭的重大课题：一种意见认为刑法起源于五帝时代。《通鉴前编外集》说：黄帝时设执掌刑法的李官，“即大理之职也”。同时也有所谓的“李法”。但黄帝时代的法，“其言莫定”，难以考证。至唐虞，有关刑法的记载始渐增多。《图书集成·祥刑典》：“帝尧命舜居摄，制五刑及流宥鞭扑赎赦之法，流共工于幽州，放欢兜于崇山，窜三苗于三危，殛鯀于羽山，四罪而天下咸服。”舜时皋陶造律之说更屡见于典籍。《尚书·舜典》：“帝曰：皋陶，蛮夷猾夏，寇贼奸宄，汝作士，五刑有服，五服三就，五流有宅，五宅三居。”《竹书纪年》：“帝舜三年，命皋陶作刑”。《左传昭公十四年》：“夏书曰昏、墨、贼、杀，皋陶之刑也”。《急就篇》：“皋陶造狱，法律存也”。《后汉书·张敏传》：“孔子垂经典，皋陶造法律，原其本意皆禁民为非”。《太平御览》：律是“咎繇遗训，汉命萧何广之”。可见，在古籍中不乏以皋陶为法的创始人的记载。

另一种意见认为从夏朝起始有刑法。《尚书·大传》：“夏刑三千

条。”《左传昭公六年》：“夏有乱政，而作禹刑”。《汉书·刑法志》：“禹承尧舜之后，自以德衰，始制肉刑”。《隋书·艺文志》：“夏后氏正刑有五，科条三千”。近年来的地下发掘，证明了夏禹时期中国已经确定无疑地进入了阶级社会，建立了国家，制定了刑法。需要指出，在生产力极端低下的中国古代，社会发展异常缓慢，因此达到夏朝国家与刑法的规模需要经过漫长的发展过程。这个过程也就是由氏族社会末期的“象刑”向阶级社会刑法转变的过程。处于氏族社会末期的尧舜时代，虽然还没有形成“统一的”部落国家，但私有财产和阶级均已出现，与此相适应的某些强制性刑法规范也可能产生。《舜典》中有关罚与罪的记载，不应因传疑而漠视，相反需要结合地下文化遗存的发现，全面研究。

第二节 关于中国法律起源的各种观点

一、刑(法)起于兵说。中国古代不仅法与刑不分，兵与刑也不分。“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。”^① 因此，有人主张“刑起于兵”，即用战争征伐来论证法律的起源。中国在进入阶级社会前后的一段时间，的确发生了一系列规模较大的战争，如：共工蚩尤之战、黄帝蚩尤之战、黄帝炎帝之战，夏与有扈氏之战等等，为了争取战争的胜利，需要强制约束军队，于是制定了具有刑法性质的军律。《汉书·刑法志》说：黄帝以兵定天下，此刑之大者”；《辽史·刑法志》：“刑也者，始于兵……蚩尤惟始作乱，斯民鸱义，奸宄并作，刑之用，岂能已乎？”而夏启在发兵攻伐有扈氏之前，就曾经颁布了一条军律：“用命，赏于祖；不用命，戮于社。予则孥戮汝”。^② 根据史料记载，当时对于本氏族以外的异族部落，不仅采用大刑即以“兵”去征伐，而且捕获的俘虏，已不按过去的习惯全部杀死，

① 《汉书·刑法志》。

② 《尚书·甘誓》。

而是使其沦为种族奴隶,进行奴役和剥削,于是也需要用刑(法)加以镇压和管束。刑起于兵之说在古代影响较大。

二、刑源于天定说。远古时代生产力低下,人类还缺乏征服自然的力量,因而对于各种自然现象充满敬畏。在这种条件下,“天”被推崇为万事万物(包括刑在内)的本源。而统治者为了把个人的意志强加于社会,也有意识地把刑(法)与天联系在一起,渲染现实中的惩罚是天意。《尚书·皋陶谟》:“天工人其代之”、“天讨有罪,五刑五用哉”。《孔传》:“民所叛者天讨之”。《祥刑要览注》:“讨罪用刑,一出于天,非可得而私”,夏商以来的统治者,大都假借天的名义,进行所谓的“天讨”、“天罚”,借以为其国家统治的活动辩护。例如,夏启攻伐有扈氏发布的军律中便宣称:“天用剿绝其命,今予惟恭行天之罚。”^①商汤在攻打夏桀时也鼓吹:“有夏多罪,天命殛之……尔尚辅予一人致天之罚。”^②

三、刑源于苗民说。最早摆脱了神权束缚的苗是先进部落,它最早制定了肉刑。《尚书·吕刑》说:“苗民弗用灵,制以刑。惟作五虐之刑,曰法,杀戮无辜”。按蔡氏《吕刑》注解:“苗民承蚩尤之暴,不用善而用制以刑”。可见,苗民发明刑当在蚩尤盛时。据载,苗族的肉刑有四种:劓、刵、椽、黥。先进的苗族之所以被战败,是由于“恃刑不道”,因而削弱了自己的力量。夏在征服苗族以后,为了统治沦为种族奴隶的苗民,遂袭用了苗族原有的肉刑,所谓“诋其意而用其法”。

四、刑(法)以定分止争说。所谓定分即确立上下贵贱的名分。管子说:“古者未有君臣上下之别,未有夫妇妃匹之名,兽处群居,以力相征。于是智者诈愚,强者凌弱,老幼孤独,不得其所。故智者假众力以禁强弱,而暴人止;为民兴利除害,正民之德,而民师之,……上下设,民生体,而国都立矣。”^③故“法者,所以兴功惧暴也;律者,所以定

① 《尚书·甘誓》

② 《尚书·汤誓》。

③ 《管子·君臣》。