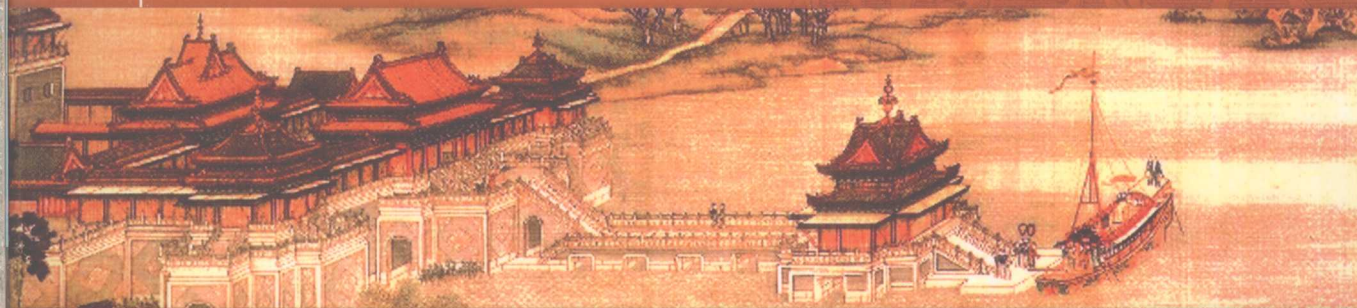


高等院校法学专业高级系列丛书



Legal System History of China

中国法制史



郭建 伊晓婷 / 编著

高级教程



对外经济贸易大学出版社

University of International Business and Economics Press

高等院校法学专业高级系列丛书

中国法制史高级教程

郭 建 伊晓婷 编著

对外经济贸易大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法制史高级教程/郭建, 伊晓婷编著. —北京: 对外经济贸易大学出版社, 2009
(高等院校法学专业高级系列丛书)
ISBN 978-7-81134-563-6

I. 中… II. ①郭…②伊… III. 法制史—中国—高等学校—教材 IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 146458 号

© 2009 年 对外经济贸易大学出版社出版发行

版权所有 翻印必究

中国法制史高级教程

郭建 伊晓婷 编著

责任编辑: 张洁

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

唐山市润丰印务有限公司印装 新华书店北京发行所发行

成品尺寸: 185mm × 230mm 18.5 印张 372 千字

2009 年 9 月北京第 1 版 2009 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-81134-563-6

印数: 0 001 - 3 000 册 定价: 28.00 元

出版说明

21 世纪以来,经济全球化蓬勃兴起,而随着我国加入世贸组织,我国正在融入全球经济的大环境之中;同时,我国改革开放也经过了 30 余年,国内的形势正在发生着新的变化。这样一来,就不可避免产生一系列新的法律问题,也给国内的法学教育提出了新的课题,对法学教材也提出了更高的要求。

鉴于此,我们延请中国政法大学、对外经济贸易大学、复旦大学、上海交通大学、西南政法大学、武汉大学、华中师范大学、厦门大学、西北政法大学等众多知名学府的权威学者,并联合实务界人士,共同推出一套高等院校法学专业高级系列丛书。这套丛书,可以作为法学研究生的教材,也可以作为法学本科生(高年级)的深度阅读图书;同时对于法学界实务工作者而言,也有很大的参考价值。

本套丛书,在精简基本知识内容的基础上,对重点内容及其最新发展进行了极大的丰富与深化,并在一定程度上打破教材只阐述通说的常规;在知识结构安排上,更加完善,并具有前瞻性和系统性。其每本书中都包含着诸多新的观点及引发思考的提示,并融入相关的现实案例,有助于读者扩大知识视野,提高对知识理解的深度,拓宽思考现实问题的广度,从而形成自己的法学知识架构,最终有助于在实践中解决问题。

本套丛书的体例,主要设置四个模块:(一)核心提示——核心的导读性提示,即正文的阅读重点,具有一定的启发性,引导学生进行思考;(二)正文;(三)深度思考——提供学生思考的开放性主题,从而使所学知识得以巩固和实际运用;(四)推荐阅读/扩展阅读索引——为学生继续更深入地学习,推荐相关的阅读书目,或提供相关的学习资料索引以方便搜索。这些模块不是孤立的,而是作为一个整体,交互融合,共同起到引导、运用和深入的作用。

本套丛书的每一本都是作者的倾力之作,愿它们的出版对我国的法学教育、人才的培养有所助益!

对外经济贸易大学出版社

前言

一

中国法制史是法学与历史学的交叉学科，它所研究的对象是中国法制发生、发展、演变的历史过程，并探究其发生、发展及演变的规律性，以及与世界其他法制相比较所独具的特色。换言之，中国法制史所研究的是中国在法制方面的国情。

中国法制史一直是中国法学本科及研究生教育的一门基础课程。中国法学教育的目的是培养在中国进行法制建设所需要的法学人才，因此让学生了解中国在法制方面的国情显然是题中应有之义。中国历史上在法制方面成功或失败的经验教训，对于现在的法制建设会有一定的借鉴意义。而了解中国悠久的法制方面的传统，了解在法制方面的民间习惯，对于建设具有中国特色的社会主义法制更是有着重要意义。另外在学习现代部门法的同时，掌握一定的有关的历史知识，可以提供一个作为比较思考的参考体系，可以帮助学生更好地理解现代法律概念及其体系，帮助学生更深入地学习法律的真谛。

二

中国古代法制长期独立发展，源远流长，体系完整，特征鲜明，总称为“中华法系”，是世界历史上最为著名的五大法系之一，而且在这五大法系中延续时间最长，特征最为鲜明。

中国法制发展可以追溯到四千年前，而至晚在二千六百多年前的春秋时期，中国法律就已开始了成文法典化的进程。战国时期，讲究实效的法家学说盛行一时，变法图强成为各国政治的关键。成文法典由此更为完备。在变法最为成功的秦国，法律成为治国的唯一手段，在施政及社会生活的各方面都有严厉而明确的法律，后人称之为“秦法繁于秋荼，而网密于凝脂”。^①但秦国统一全国后，二世而亡，继起的汉朝不再单纯迷信法律，“以霸王道杂之”。^②法典的修订和解释都逐渐贯彻这一精神，儒法合流，德主

^① 《盐铁论·刑德》。

^② 《汉书》卷9《元帝纪》。

刑辅，中华法系就此逐渐定型。

在战乱频繁的三国两晋南北朝时期，法典的制定与颁布却也相当频繁，确立了律、令两大法典并行的法律体系。唐朝在这些发展的基础上总其成，制定了空前完备的法律体系，其法典及其法定解释《唐律疏议》是中华法系最具代表性的法典，为后世长期沿用。唐以后的各朝法律遵循唐朝法律的基本精神，保持着中华法系的基本特色。其总的发展趋势是更注重法律的实用性，突出强调法律对于维护皇朝统治的作用。明朝以唐为楷模，又总结宋元的经验，建立了完整的法律体系，被以后的清朝全盘继承，一直沿用至近代。

上述的中华法系的发展过程几乎没有被外来文化打断过，尽管中国历史上有过多次少数民族皇朝的统治，但法律的发展很少受这些少数族习惯法的影响。相反，中国古代法律对于境外其他国家及民族却曾有过巨大的影响。和罗马法在欧洲地区、伊斯兰法在阿拉伯诸国通行的情况相仿，中国法律在太平洋西岸的东亚诸国也曾发挥着持久的影响力。如唐律曾经成为日本、高丽等国立法的蓝本。以后明律也曾被朝鲜、日本、琉球、越南等国当作立法的楷模。

中华法系的独立发展，长期保持着自己固有的传统，具有着鲜明的特征。与世界上延续时间最长的其他四大法系相比，中华法系最突出的特点就是将法律完全视为人为的规范体系，既不像印度法系、伊斯兰法系那样将法律视为神的直接旨意或启示，也不像罗马法系、普通法系那样将法律视为一种间接反映神的旨意的、囊括人类生活各方面的伟大传统。在中华法系的传统中，神的旨意没有立足之地。先秦诸子对于法律起源的探讨大多从人类生活本身寻找原因，并都认为法律实际上只是政治统治者的创造物。虚无缥缈的神喻、芸芸众生的习惯都被排斥于法律之外。因此中华法系以其制定法，以其体系明确完整、结构逻辑严密的法典而著称于世。然而这也同时造成这样的弊病，即：法律的权威性主要依靠的是刑罚的威吓，以及一定程度上与民间的习惯脱离，难以得到民间自觉遵守。

和其他的四大法系一样，中华法系中法律之上依然有着更高层次的规范体系，这就是“礼教”。礼教不是一般意义上的宗教，并不被认为是一种尊崇神的意志、供奉神的体系。礼教是重人事的，它以家庭伦理为核心，并以此展开成为包容人类生活各个方面的体系。法律必须遵循礼教原则，然而和其他法系有所不同的是，中华法系并不要求把礼教的各个方面都细化为具体的、可操作的法律规范。政治的理想是由被视为人上人的“君子”士大夫官僚以“人治”来推行礼教教化，法律被限定只能起有限的作用，即所谓“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”。^① 所以法律并不具有包容一切规范的地位，

^① 《唐律疏议·名例》律疏。

法律的裁决也远远不是最权威的评判。

认定法律只是人类创造物的同时，中华法系也一直视法律为君主进行政治统治的手段之一，君主本身则凌驾于普通的法律之上。春秋战国时期的诸子百家的论述，无论何家何派，在法律完全为政治统治工具这一点上是毫无异议的，分歧只是在于这种统治工具在政治统治中应占据何等的地位而已。后代一直强调“法自君出”，君主拥有立法的全权，所有的古代法典都是以皇帝的名义发布的，皇帝的敕令也一直是最重要的法规来源，所谓“三尺（指法律）安出哉？前主所是著为律，后主所是疏为令，当时为是，何古之法乎！”^① 皇帝同时又是最高的法官，一切重案的最后裁决权都在皇帝掌握之中，所谓“擅杀生之谓王，能利害之谓王，何格令之有？！”^② 皇帝也不受法律的约束，除了其内心的自我约束，以及臣下伦理上的劝谏，理论上并不存在其他的制约机制。

法律既然一直被认为仅仅是政治统治的工具，那么其主要任务也就被缩小界定为镇压反抗、维持统治。由此形成了中华法系“重刑轻民”的传统特色，刑事立法始终是统治者立法和讨论的中心课题，因而刑法得到长足的发展。同时政治统治与司法审判也就完全合一，各地的官府就是法院，各地的官员就是法官。其诉讼审判制度的目的也就不能不是以贯彻官府的政令为核心，而视民间的诉讼为对政府施政的干扰。

同时，在家国一体的政治、社会思想指导下，法律为实现君主权威，也不遗余力地对家族尊长给予特殊的保护。儒家经典对此的说明是：“其为人也孝弟，而好犯上者，鲜矣；不好犯上，而好作乱者，未之有也。”^③ 传统法律中的许多制度，如刑法中以侵害人和被害人血缘关系的尊卑、亲疏为重要依据来定罪量刑，民事法中维护家庭中家长、特别是男性尊长对财产的处分权，都是为了确保家长权。和古代欧洲国家往往通过严格保护私有财产权来获取社会对统治者的认同与支持的情况不同，中国古代朝廷主要从严格保护家长权来争取民间认同皇朝政治统治。

与其他延续时间较长的法系相比，中华法系另一个不那么明显的特点是从未出现一个法律职业集团。由于中华法系把法律视为是政府施政的手段，所以从不允许民间自行研究探讨法律问题。战国时法家代表人物商鞅、韩非都主张禁止“私议”，而传说中称子产杀教人诉讼的邓析，于是“民心乃服，是非乃定，法律乃行”。^④ 这样一来像古罗马时代那样的民间职业法学家阶层、或者是欧洲中世纪后期的律师阶层也就无从产生。而执法的官员也是在官场上不停地流动，没有形成如同英国中古时期那样职业化的法官

① 《汉书》卷60《杜周传》所载杜周对法律性质的说明。

② 《宋史》卷200《刑法志》所载宋徽宗对司法官员的训诫。

③ 《论语·学而》。

④ 《吕氏春秋·离谓》。

集团。没有职业化的法律职业集团,使得中国古代法律及法学的发展缺乏后劲,尽管在立法技术、刑法学等方面达到了很高水平,但在唐朝以后却长期停滞,没有能够使法律及法学得到进一步发展。

三

法律硕士专业学位教育的目的是培养“高起点、宽口径、实用型”法律人才,参加法律硕士专业学习的学生一般都已经过了本科的学习,因此本教材的编写主要着眼于:一是要适合于攻读法律硕士学位的学生学习中国法制史;二是尽可能完整、准确地叙述中国传统法律制度的基本内容、主要的发展轨迹,实事求是地作出简要的评价;三是力图为学生留下自行进一步钻研的空间,在突出重点的同时开阔学生的视野,培养自学的能力。

现有的中国法制史著作大多按照历史朝代沿革顺序进行介绍。然而这样的写法容易造成内容的重复,而且在篇幅有限的情况下易于形成面面俱到而缺乏深度,尤其是需要较多的统稿时间。考虑到攻读硕士学位的学生都已经历过一个本科学习阶段,已经具有相当的学习及分析能力,为适应法学专业学生的特点,本教材决定采用按专题进行分章的结构体系。

中国古代的法制以朝廷的制定法为主要内容,而朝廷立法和司法受到统治者政治及法律思想的指导,因此有必要了解主要朝代的法制指导思想,本教材为此特列专章;各类法律形式的介绍对于法制史研究有重要意义,也列为专门的一章;古代世界各国均为身份等级严明的社会,而中国在这方面特征极其明显,因此本教材将身份制度列为专章,并在该章概括介绍亲族制度、继承制度;刑事法律是中国古代最重要的部门法,鉴于以往的大多数中国法制史教材对此有较详细的介绍,本教材更注重归纳和分析,在篇幅上较为简约;财产法是过去法制史研究中被忽略的部门,而在当前建设具有中国特色的社会主义民法体系的背景下,民法史的研究更具重要性,本教材因此尤其突出对于财产法史的介绍;法律的实施是法制的重要方面,因此还将用较多的篇幅研究中国古代的司法制度。

进入20世纪后的中国法制发生了剧烈的变化,总的趋势是试图“与国际接轨”。考虑到各部门法的教学或多或少会涉及到对于20世纪中国法制发展的回溯,同时也鉴于法律硕士教学阶段中国法制史课程的容量,以及本教材篇幅的限制,只能将之割舍。

如上所述,中国法制史的研究已具有了很高的起点,本教材力求坚持学术研究的高起点,综合现有研究成果,扬长避短,突出作者本人长期以来从事这方面教学研究的心得体会,力求成一家之言。但因篇幅有限,对于一些有所发挥的内容,只能不展开讨论,在很多情况下只能略去考证推理的细节,概要地说明我们的观点,至多不过利用脚

注略加说明。对争论较大、尚难有定论的一些问题，一般取通说，或也在脚注中提示有不同的看法。

学习的目的绝不仅仅是为了知道和获得某些结论，尤其不应该是为了应付考试而死记硬背这些结论。大学教育、尤其是研究生阶段的教育更不应该是为了向学生灌输已有的结论或“真理”，而是要尽力激发学生进一步思考的兴趣，使学生得以掌握发现问题、以及如何解决问题、得出结论的方法，形成从事研究的习惯。因此本教材并不打算成为一本为了死记硬背、应付标准化考试的“解题大全”，也不想写成一本能够查找到任何问题“科学结论”答案的标准工具书。我们的目标是想给学生一份“导游图”，学生可以利用这个“导游图”自由纵览探究法律史学的学术天地。因此凡是在学术界尚有争论、或我们认为尚不能作出明确定论的问题，我们就实事求是地加以说明。提出问题所在，希望能够进一步探索。本书的很多观点都是个人研究成果，从来不是、也绝非“终结性”的论断。

法律语言一般来说是枯燥乏味的，要使学生能够直观而方便地了解中国法制史，可行的方案之一是选择典型的案例来说明问题。但是因为篇幅的限制，我们无法做到这一点。为此我们只能采用尽量通俗的语言进行叙述，尽可能平铺直叙，以便于学生阅读理解。

为适应不同层次学生的学习需要，本教材各章节相对独立，便于在教学时根据不同的教学对象进行取舍。在教学中可以对本教材的内容有所侧重、有所选择，省略部分章节以及部分内容。教学时可以突出最基本、最主要的一些章节，而着重引导学生熟悉教材，全面掌握中国法制史的概貌及规律。

法制史的学习很大程度上要靠学生的自学，阅读参考书是自学的主要方法。本教材开列的阅读参考资料既有分章开列的专题文献，也有全书总的阅读书目。在指导教师的指导下进行中国法制史课程的学习时，学生应该有一定的阅读量，并在阅读中发现问题，比较研究，这样才可能在本课程的学习中真正获得教益。

目 录

第一章 法律形式	(1)
第一节 习惯法时代	(1)
一、国家与法律的产生	(1)
二、西周的“礼”	(6)
三、商、周的“刑”	(8)
第二节 早期成文法	(9)
一、成文法的公布	(9)
二、公布成文法的历史背景	(11)
三、变法时期的成文法	(12)
第三节 历代的律典	(13)
一、秦汉时期的律典	(13)
二、魏晋南北朝的律典	(14)
三、隋唐时期的律典	(15)
四、宋代的律典《宋刑统》和少数民族政权的律典	(16)
五、明清的律典	(17)
第四节 以君主命令形式发布的单行法规	(18)
一、先秦的誓、诰	(19)
二、秦汉的诏和令	(19)
三、唐代的敕与格	(21)
四、宋代的散敕与编敕	(22)
五、元代的圣旨、制诏	(23)
六、明初的大诰、榜文	(24)
七、明清的条例	(25)
第五节 历代的令典	(27)
一、隋唐以前的令典	(27)
二、隋唐的令典	(28)
三、宋代的令典	(29)

2 中国法制史高级教程

四、元代的令	(29)
五、《大明令》	(29)
第六节 历代的式	(30)
第七节 法律解释	(32)
一、秦汉的法律解释	(32)
二、魏晋南北朝时期的法律解释	(33)
三、唐代法律解释的经典成就——《律疏》	(34)
四、明清的法律解释	(35)
第八节 成案及司法惯例	(36)
一、秦的“廷行事”	(36)
二、汉代的“决事比”	(36)
三、唐宋元三代的“例”	(37)
四、明清的“成案”	(38)
第九节 典章、法规的汇编	(39)
一、典章的汇编	(39)
二、法规汇编	(41)
第二章 法制指导思想	(43)
第一节 春秋战国时期的法律思想	(43)
一、儒家的法律思想	(43)
二、墨家的法律思想	(46)
三、道家的法律思想	(46)
四、法家的法律思想	(48)
五、阴阳五行家的法律思想	(50)
第二节 秦与汉初法制指导思想	(52)
一、秦法制指导思想	(53)
二、汉初的黄老法制思想	(56)
第三节 正统法制指导思想的确立	(59)
一、正统法制指导思想的渊源	(59)
二、贾谊和董仲舒在正统法律指导思想形成过程中的作用	(60)
三、正统法制指导思想的主要内容	(63)
四、正统法制指导思想的法典化	(65)
五、正统法制指导思想的后期发展	(67)

第三章 身份制度	(69)
第一节 社会等级制度	(69)
一、特权阶层	(70)
二、平民阶层	(76)
三、贱民阶层	(81)
第二节 婚姻制度	(91)
一、婚姻的目的	(91)
二、一夫一妻多妾制的确立	(92)
三、婚姻成立的必备条件	(94)
四、婚姻限制条件	(99)
五、婚姻的终止	(104)
第三节 亲属法律制度	(107)
一、宗法	(107)
二、亲属的范围与亲属的等级	(109)
三、亲属身份在民法上的法律效果	(110)
四、亲属身份在刑法上的法律效力	(111)
第四节 继承制度	(113)
一、身份继承	(114)
二、财产继承的开始时间	(115)
三、财产继承人的范围及其顺序	(116)
四、财产继承的份额	(120)
五、遗嘱继承	(123)
第四章 刑法制度	(127)
第一节 礼对于刑法基本原则的影响	(127)
一、礼与刑的一致性	(127)
二、“亲亲”对于刑法基本原则的影响	(128)
三、尊尊对于刑法基本原则的影响	(129)
四、从复仇问题看礼与刑的矛盾	(132)
五、一边是教育，一边是恐吓——礼教对于酷刑的制约	(133)
第二节 刑法中的主要罪名	(134)
一、违反纲常的重罪——“十恶”	(135)
二、侵害人命的犯罪——“七杀”及其他	(141)
三、计赃定罪的罪名——“六赃”及其他	(144)

第三节 刑罚制度	(149)
一、早期的刑罚	(149)
二、刑罚制度的改革和刑罚体系化	(160)
三、五刑体制的确立	(165)
四、对五刑体系的补充	(166)
第四节 附论刑事立法技术	(173)
一、例分八字的语言技术	(173)
二、公罪与私罪的区分	(174)
三、二罪俱发以重论	(175)
四、共同犯罪分首从，特别重视“造意为首”	(177)
第五章 财产制度	(181)
第一节 所有权	(181)
一、早期的所有权形态	(181)
二、历代法律对于私有土地的规范	(183)
三、无主土地、遗失物、埋藏物的处理	(189)
第二节 契约	(192)
一、契约的形式及其成立要件	(192)
二、买卖契约	(196)
三、借贷契约	(203)
四、寄存契约	(210)
五、租佃契约	(211)
第三节 其他财产权	(212)
一、质押	(212)
二、指抵	(214)
三、“抵当”	(215)
四、不动产的典权	(217)
五、唐宋之际的贴赁及倚当	(220)
六、“一田二主”式的“永佃权”	(222)
第四节 损害赔偿	(224)
一、汉唐时期损害赔偿的基本原则	(224)
二、元明清时代对于人身伤害行为的赔偿原则	(226)
第六章 司法制度	(229)
第一节 司法审判机构	(229)

一、历代的中央司法机构	(230)
二、历代的地方司法机构	(233)
三、司法人员	(237)
第二节 诉讼制度	(240)
一、诉讼的限制	(240)
二、管辖	(243)
三、诉讼时效	(245)
四、代理	(246)
五、起诉与传唤	(247)
六、证据	(253)
第三节 审判制度	(256)
一、和息	(256)
二、“辩告”和“三审”	(257)
三、“五听”与刑讯	(258)
四、逐级复审制	(260)
五、裁判的形式	(262)
六、裁判的依据（法源）	(263)
七、会审制度及特别审判	(268)
八、法官的个人责任	(269)
九、申诉与直诉	(271)
第四节 其他制度	(273)
一、刑罚的执行	(273)
二、赦免制度	(277)
三、留养减免刑罚制度	(278)

第一章 法律形式

核心提示

在经历了商、周习惯法时代后，春秋战国时期中原地区各国迅速进入成文法时代。秦汉建立起大一统的中央集权国家，形成了以律为主体、皇帝发布的诏令为补充的成文体系。至西晋时期，又建立起律、令两大法典并列的体系，前者集中规定禁止性、处罚性的法律规范，而后者集中规定制度性、引导性的法律规范。而单行法令的制定都是以皇帝的名义进行的，在大多数皇朝统治时期，即使是皇帝发布的规范性文件，往往都是作为特定的、临时的处置办法，然后再经过一定时间的修订，使之成为普遍性、永久性的法规。除了成文法外，法律的解释以及在某些时期司法部门判决的案例也往往成为另一种可以援引的裁判依据，具有一定的法律形式的意义。

第一节 习惯法时代

从人类文明发展史的一般过程来看，文明古国的早期法律都由远古的习惯发展而来，在经历一个漫长的习惯法时期后，进入到成文法阶段。而早期的成文法也往往只是习惯法的记录与整理，由此再过渡到国家政权有意识的制定成文法典、法规的阶段。由于有文字记载的历史往往落后于习惯法的发展阶段，今天要追溯习惯法时代的法律进程相当困难。这一时期在人类的回忆中已如此遥远和模糊，只能凭藉那些偶尔发现的旧物揣想先民们的遗事。除了古老的典籍、斑驳的文物，还需要一些想象力的解释，来帮助我们努力恢复习惯法时代的大致原貌。

一、国家与法律的产生

【成语】“国之大事，在祀与戎”——见《左传·成公十三年》，表现出祭祀与战争因素在国家与法律产生过程中的重大影响。

从现有的文献和考古材料来看，在现代中国的版图内很早就出现了人类的活动。其中不少部族先后发展了相当先进的文化，具备了国家和法律的雏形。从现有较多文字记载追溯的有影响的部族，主要都生活在黄河流域，由西向东，分别是周、夏和商部族的

先民。他们的文化有相互的影响、继承关系，所以孔子说：“殷因于夏礼”，“周因于殷礼”。^① 这三大部族在时间上是并存的而非先后继起的，不同于后来的改朝换代，前朝被彻底消灭。在传说中的夏统治时期，商部族已活跃于黄河中下游，畜牧业、农业都有一定发展；商统治时期，周人已在周原（今陕西岐山）获得了充分的发展；到周族入主中原，夏遗民被封于杞，商遗民封于宋，仍旧各自有其相对独立的发展空间。

法律作为一个整体而言，不可能在朝夕之间产生。从原始社会的习惯发展到阶级社会的法律，应该有一个很漫长的发展、过渡的过程。这种发展、过渡的动力，是社会生产力的发展，导致社会关系的日益复杂，引发社会规范的日益复杂，需要发展原有的习惯，需要氏族组织实施更大的强制力来维持。比如在刑事方面，原始社会普遍存在的各类禁忌及血亲复仇习惯，逐渐演变为由国家处罚的犯罪；在民事方面，氏族社会大多实行族外婚制，影响到后来的“同姓不婚”；在审判方面，原始社会普遍存在“神明裁判”，把疑难案件交由神鬼来判断是非，后演变为严肃的裁决程序。

值得注意的是，在原始社会习惯向阶级社会法律演变的过程中，起着驱动器作用、首先发生变化的、最早被认为需要以社会强制力来严加维护的规范，最主要的是有关祭祀与战争的规则。神鬼崇拜是远古人类社会的共同现象，当社会变得日益复杂时，人们祈求神鬼保护的祭祀活动的规则也趋于更为复杂。而人类早期争夺生存资料而引发的暴力冲突，是决定一个族群能否继续生存的最重要因素。在这背后隐藏的，是演变为既得利益集团的氏族社会首领（包括军事首领、主持祭祀活动者即祭司）的利益需求。

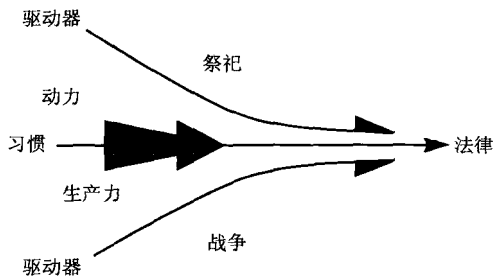


图 1-1 原始习惯向法律演变的示意图

中国早期的习惯法总称为“礼”。礼，古文写作“豐”，下部的“豆”为盛器，上

^① 见《论语·为政》。关于传说中的夏、殷商、周三代的文化继承关系，王国维曾主张：“夏、商二代文化略同”，“中国政治与文化之变革莫剧于殷周之际”（《殷周制度论》，《观堂集林》卷10）。对后一论断，后来学者多所辨正，参见胡厚宣：《殷代制度考》//民国丛书：甲骨学商史论丛初集。上海：上海书店1982：112；陈梦家：《殷墟卜辞综述》。北京：中华书局，1988：629-631。

部为以器物盛供品献祭于祖的象形。显然是一种早期祭祀活动的仪式。古人有“礼，始诸饮食”的说法，可以推知“礼”在初始时是原始先民关于分配食物次序之类的有关习惯，后演化为供祭祖先的习惯。“祭”，《说文》称“祭祀也，从示”，注：“从肉，从又；又，手也”，就是手持肉置于祭台之上。以后又将“玉”作为象征性供品。由于这种祭祀神灵的仪式在当时对于部落来说是生死攸关的大事，因此逐渐被用作重要仪式、习惯的通称，并具备了有强制规范作用的法律的意义。古代史学者王国维总结说：“盛玉以奉神人之器谓之礼，推之而奉神人之酒亦谓之礼，又推之而奉神人之事通谓之礼。”^①

在早期习惯法“礼”中，最重要的是祖先崇拜。在氏族社会形态下，血缘纽带是维系社会关系的唯一手段。在以农业为主的中国古代社会^②，安土重迁的客观需要更使宗族成为政治结构的主要单位，稳固宗族关系是当时政治生活的重要内容。因此祖先崇拜成为最重要的神鬼崇拜形式。比如在商族人留下的大量甲骨文残片中，可以发现祖先崇拜在殷人思想中占有突出地位，有大量反映祭祀活动的内容。^③ 统治者的祖先被认为有作祟和福佑的能力，王经常假托祖先发号施令。《尚书·盘庚》的记载中有商王盘庚的告谕：“乃祖乃父，乃断弃汝，不救乃死”，“乃祖乃父，丕乃告我高后，曰：作丕刑于朕孙。迪高后，丕乃崇降弗祥。”就是说你们如果违命，你们的祖先将不拯救你们的苦难，并且将要求我的先王用大刑惩罚你们，降下无穷的灾患。西周推行宗法以及同姓不婚之制，以强化血缘纽带和宗族关系，并以诸多同姓及联姻的异姓之国来拱卫王室，保障统治秩序的长治久安，这些都是在法律和政治制度上使血缘纽带更为强韧。这样，在中国国家的形成过程中，血缘的联系非但没有被打破，反而愈加紧密。这种局面，与专制主义政治相呼应，强调君父的绝对权威，筑就了家国一体的牢固格局，并直接造成了后世法律中的家族主义特色。

除祭祀外，战争也是加快政治权力集中的主要催化剂。传说黄帝曾攻灭了炎帝，打败了“有苗”，尧、舜时代也有所谓“三苗之乱”、“四凶之恶”，都是以暴力加以剿除。传说禹的儿子启刚取得首领地位时，有扈氏部族不服，启即对其发动征讨，兵戎相见。由此中国古代一直将刑法与战争连称。比如《国语·鲁语上》说“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，以威民也。故大者陈之原野，小者致之市朝”。这里的“钻凿”，指墨刑和腓刑；刀锯，指刵刑、宫刑；斧钺指大辟刑；

① 王国维·观堂集林·释礼·北京：中华书局，1959：79.

② 以殷商为例，陈梦家列七项证据说明当时农业之发达：卜辞载有农作、卜问受年、祈雨、严密历法等现象，文献称殷人酗酒而酿酒需大量粮食、考古发现大量农具、当时客观地理条件，参见陈梦家·殷墟卜辞综述。

③ 这里的“祖先”，还包括女性，即甲骨文中所谓“匕（妣）”。