

全国高等学校法学专业核心课程教材

中国法律史

Chinese Legal History

主 编 赵晓耕

副主编 霍存福 侯欣一

高等教育出版社

全国高等学校法学专业核心课程教材

中国法律史

Chinese Legal History

主 编 赵晓耕

副主编 霍存福 侯欣一

撰稿人 (以姓氏笔画为序)

朱 腾 刘晓林 肖洪泳 沈玮玮

张 生 陈会林 范忠信 赵晓耕

侯欣一 聂 鑫 霍存福

图书在版编目 (C I P) 数据

中国法律史 / 赵晓耕主编. — 北京 : 高等教育出版社, 2019. 4

ISBN 978-7-04-051642-5

I. ①中… II. ①赵… 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(2019)第055819号

Zhongguo Falü Shi

策划编辑 程传省 责任编辑 程传省 封面设计 杨立新 版式设计 徐艳妮
责任校对 王 雨 责任印制 赵义民

出版发行	高等教育出版社	网 址	http://www.hep.edu.cn
社 址	北京市西城区德外大街4号		http://www.hep.com.cn
邮政编码	100120	网上订购	http://www.hepmall.com.cn
印 刷	中国农业出版社印刷厂		http://www.hepmall.com
开 本	787 mm×1092 mm 1/16		http://www.hepmall.cn
印 张	24.25	版 次	2019年4月第1版
字 数	580千字	印 次	2019年4月第1次印刷
购书热线	010-58581118	定 价	53.00元
咨询电话	400-810-0598		

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请到所购图书销售部门联系调换
版权所有 侵权必究
物 料 号 51642-00

作者简介

赵晓耕 法学博士,中国人民大学法学院教授、博士生导师。中国人民大学刑事法律科学研究中心副主任兼刑法史研究所所长、中国法律文化研究中心副主任;“马克思主义理论研究和建设工程重点教材”《中国法制史》首席专家。兼任中国法律史学会执行会长,中国法学会法治文化研究会副会长,董必武法学思想研究会常务理事,中国儒学与法律文化研究会常务理事等。主要从事中国法律史和法律文化的科研与教学工作。在《法学研究》《法学家》等学术期刊上发表论文数十篇,著有《中国法制史》《韩非子》《宋代法制研究》《传统司法的智慧——历代名案解析》《中国古代土地法制述略》等。

肖洪泳 法学博士,湖南大学法学院副教授、硕士生导师。湖南大学法治与人权研究中心副主任、罗马法系研究中心私法研究所所长。主要从事中国法律史、中西法律思想比较、罗马法等的科研与教学工作。在《读书》《法学家》《社会科学》等学术期刊上发表论文数十篇,著有《法律史:立场、方法与论域》等。

朱 腾 法学博士,中国人民大学法学院副教授、博士生导师。兼任老庄与法律文化研究会秘书长、中国法律史学会理事等。主要从事中国法律史的教学与科研工作。在《中国法学》《法学家》《法学评论》等学术期刊上发表论文二十余篇,著有《渗入皇帝政治的经典之学:汉代儒家法思想的形态与实践》《国家形态·思想·制度——先秦秦汉法律史的若干问题研究》(合著)等。

刘晓林 法学博士,历史学博士后,吉林大学法学院教授、博士生导师。兼任中国法律史学会常务理事,东方法律文化分会理事,吉林省法学会法治文化建设研究会副会长等。主要从事中国法律史、中国刑法史的教学与科研工作。在《法学研究》《法学家》《政法论坛》等学术期刊上发表论文三十余篇,其中被《中国社会科学文摘》《人民大学复印报刊资料·法理学、法史学》《新华文摘》全文转载、摘录十余篇,著有《唐律“七杀”研究》等。

霍存福 法学博士,沈阳师范大学特聘教授、博士生导师。沈阳师范大学法律文化研究中心主任、《法律文化论丛》主编。兼任中国法律史学会执行会长,辽宁省法学会学术委员会主任、法治文化研究会会长。曾获得国务院政府特殊津贴,被评为教育部跨世纪优秀人才、首批“当代中国法学名家”。主要从事法律史、法律文化的教学与科研工作。在《法学研究》《法学家》《现代法学》等学术期刊上发表论文百余篇,著有《权力场——中国人的政治法律智慧》《复仇·报复刑·报应说:中国人法律观念的文化解说》《唐式辑佚》《汉语言的法文化透视》等,译有《唐令拾遗》(合译)。

陈会林 法学博士,中南财经政法大学法学院副教授、硕士生导师。兼任中国法律史学会理事,湖北省法学会法律文化研究会常务理事、秘书长(2009—2014)。主要从事法律史、法律文化的教学与研究。在《光明日报(理论版)》《法学》《北方法学》等学术期刊上发表论文六十余篇,著有《法理学》《地缘社会解纷机制研究——以中国明清两代为中心》《传统社会的纠纷预防机制——以明清地缘社会为中心》《国家与民间解纷联接机制研究》《祥刑致和:长江流域的公堂与断案》等。

范忠信 法学博士,杭州师范大学法学院教授、博士生导师。杭州师范大学法治中国化研究中心主任。曾任中国法律史学会执行会长(第八届)。主要从事中国法律文化的教学与科研工作。在《中国社会科学》《中国法学》《法学研究》等学术期刊上发表论文数十篇,著有《情理法与中国人》《中国法律传统的基本精神》《中西法文化的暗合与差异》等,部分专著、论文被翻译成外文在国外传播。

张 生 法学博士,中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师,法制史研究室主任。兼任中国法律史学会常务理事、中国法学会法学教育研究会常务理事。主要从事中国法律史的教学与科研工作。在《法学研究》《法学家》《政法论坛》《法制史研究》《行政法研究》《人文杂志》《江西社会科学》等学术期刊上发表论文三十余篇,著有《中国近代民法法典化研究(1901—1949)》《民国初期民法的近代化——以固有法与继受法的整合为中心》,曾获得“中国大学杰出青年教师”称号(2003年)、“北京市优秀教师”称号(2004年)、中国社会科学院法学研究所“十佳教师”称号(2017年)。

聂 鑫 法学博士,清华大学法学院教授、博士生导师。兼任中国法律史学会常务理事,中国法学会比较法研究会、宪法学研究会、法学教育研究会理事。主要从事中国法律史、比较法的教学与科研工作。在《中国社会科学》《中国法学》《法学研究》等学术期刊上发表论文数十篇,著有《中国法制史讲义》《中华民国(南京)宪法研究》《中国近代国会制度的变迁——以国会权限为中心》《中西之间:历史与比较法视野下的法律现代化问题》

等,译有《别了,孟德斯鸠:新分权的理论与实践》。

侯欣一 法学博士,天津财经大学法学院教授、博士生导师。天津财经大学近现代法研究中心主任。兼任中国法律史学会执行会长,儒学与法律文化研究会执行会长,中国法学会法治文化研究会副会长,教育部法学教学指导委员会委员,天津市法学会副会长。主要从事中国法律史的教学与科研工作。在《中国法学》《法学研究》《中外法学》等学术期刊上发表论文数十篇,著有《从司法为民到人民司法:陕甘宁边区大众化司法制度研究》《创制、运行及变异:民国时期西安地方法院研究》等。

沈玮玮 法学博士,华南理工大学法学院副教授、硕士生导师。华南理工大学法学院法制史教研室主任。兼任中国法律史学会理事,广东省法学会宪法学研究会理事,广州市法学会诉讼法学研究会理事。主要从事中国法律史的教学与科研工作。在《政法论坛》《当代法学》《华东政法大学学报》等学术期刊上发表论文数十篇,著有《持法深者无善治:中国古代立法繁简之变》《人民司法:司法文明建设的历史实践(1931—1959)》《中国法律史新识》等。

编写说明

教育部高等学校法学学科教学指导委员会在 2018 年重新审核法学专业核心课程时,将“中国法制史”的专业课程名称改为“中国法律史”。名称虽一字之差,但对教材的内容及体例却有着不同的要求。这一变化成为编写本教材的一个推动因素。

本教材系统介绍了中国近五千年的法律发展历史,从制度和思想两方面阐述了法律史学科的基本理论和主要内容。全书以历史时序为经,以王朝的法律思想、立法概况、主要法律制度、司法制度为纬,对中国传统法律进行系统论述。在体例上,每章设置关键词、思考题等内容,注重吸收国内外法律史学研究的新成果,开阔学生的法律文化视野,培养学生的理论分析能力。

除导论外,全书共分十二章,分别对先秦、秦、汉、魏晋南北朝、隋唐、宋元辽金、明、清、中华民国时期、中华人民共和国等不同时期的法律思想及法律制度进行了介绍。

在以往教材编写成果的基础之上,本教材在内容和时序上进一步扩充了法律史学科知识的广度与深度。首先,在内容上融合法律制度史与法律思想史。法律制度史与法律思想史有着无法割裂的密切关系。任何法律制度都是在一定的法律思想指导下产生的。同样,一个在社会中占统治地位的法律思想,总要体现在该社会所制定的法律制度中,既有的法律制度又会在实践中随着时间的推移促进法律思想的进一步演进。因此,可以说法律制度史与法律思想史的融合构成了中国法律史。将法律制度史与法律思想史统编入教材,并将思想史内容放在每章的开头,向读者介绍各个王朝的正统法律思想是什么、主要的思想派别或思想家有哪些,以帮助读者在学习中国法律史的过程中,对各项制度有更为深入的理解,对各个王朝的不同法制特点亦有更加透彻的认识。其次,时间跨度延伸至共和国时期。1949 年中国共产党人推翻了南京国民政府统治,取得了中国革命的全面胜利。这次社会巨变导致了政权性质、社会结构、社会组织以及意识形态等方面的根本改变,也开启了中国法律发展的新篇章。从 1954 年第一部《宪法》及众多其他规范性法律文件被制定开始,法制建设工作逐步展开。但在“文革”期间,全国人民代表大会会议停止十年,立法和司法工作全面停滞,社会主义法制

遭到严重破坏。1976年粉碎“四人帮”，中国共产党领导全国人民拨乱反正，国家各项工作逐步恢复。1997年9月，党的十五大正式提出“依法治国，是党领导人民治理国家的基本方略”。1999年，九届全国人大二次会议通过《宪法修正案》，将“依法治国，建设社会主义法治国家”载入宪法。依法治国基本方略和建设社会主义法治国家得到实践，中国特色社会主义法律体系逐步建立并进一步完善。

本书由赵晓耕任主编，霍存福、侯欣一担任副主编，参加撰写的有（以姓氏笔画为序）：朱腾、刘晓林、肖洪泳、沈玮玮、张生、陈会林、范忠信、赵晓耕、侯欣一、聂鑫、霍存福。

因编者水平有限，不足之处在所难免，望读者不吝赐教，以便再版时修正。

编者

2018年8月

目录

导论	1
一、中国法律史的内涵	2
二、中国法制发展概述	3
三、学习中国法律史的意义	5
四、本教材编写特色	6
第一章 先秦时期的法律思想与制度	8
第一节 中国法律文明的孕育	8
一、中国早期文明国家的形成	8
二、起源于祭祀的礼	9
三、起源于战争的刑	10
四、德、礼、刑思想的滥觞	11
第二节 立法及其主要内容	13
一、传说时期的立法及其内容	13
二、夏商时期的立法及其内容	14
三、西周时期的立法及其内容	15
第三节 司法制度	20
一、传说时期的司法制度	20
二、夏商时期的司法制度	21
三、西周时期的司法制度	22
第四节 诸子百家与春秋战国的法律变革	24
一、礼崩乐坏的春秋战国	24
二、诸子百家的崛起	25
三、法家的胜出与法律变革	29
第二章 秦代的法律思想与制度	35
第一节 秦代法制所体现的思想特点	35
一、法家学说	35
二、阴阳五行说	36
三、儒家学说	37

第二节	立法背景与法律形式	37	
	一、律	38	
	二、令	38	
	三、式	39	
	四、法律答问	39	
	五、法律文告	39	
	六、程、课、廷行事	39	
第三节	秦代法律制度的主要内容及特点	40	
	一、刑事法律制度	40	
	二、民事法律制度	43	
	三、经济法律制度	45	
	四、行政法律制度	47	
	五、秦代法制的特点	48	
第四节	秦代司法制度	50	
	一、司法机关	50	
	二、审判制度	50	
	三、监狱制度	53	
	四、监察制度	53	
第三章	汉代的法律思想与制度	55	
第一节	思想特点及代表人物	55	
	一、黄老思想及其发展	55	
	二、“儒法合流”“德主刑辅”与“礼法合一”	56	
	三、董仲舒与“春秋决狱”	57	
第二节	背景及立法	58	
	一、“汉承秦制”与汉代法律体系	58	
	二、法律形式的丰富与完善	59	
第三节	主要内容与特点	61	
	一、刑事法制	61	
	二、民事法制及其他方面	66	
第四节	司法制度	68	
	一、司法机构	68	
	二、诉讼与审判	71	
第四章	魏晋时期的法律思想与制度	74	
第一节	法律思想及代表人物	74	
	一、张斐、杜预与“引经注律”	74	
	二、“礼律融合”及其表现	75	
	三、肉刑复废	76	
第二节	背景及立法	79	

	一、曹魏时期	79	
	二、两晋时期	80	
	三、南朝	80	
	四、北朝	81	
第三节	主要内容与特点	82	
	一、刑法原则	82	
	二、刑罚体系	84	
	三、法制发展的特点	84	
第四节	司法制度	86	
	一、司法机构	86	
	二、诉讼与审判	87	
第五章	隋唐时期的法律思想与制度		90
第一节	思想特点	90	
	一、德礼为政教之本,刑罚为政教之用		90
	二、务在宽简	91	
	三、稳定划一	91	
第二节	背景及立法	92	
	一、法律形式	92	
	二、律典沿革	93	
	三、《唐律疏议》的篇章结构		96
第三节	主要内容与特点	98	
	一、刑事法制的主要内容		98
	二、《唐六典》及其性质		107
第四节	司法制度	107	
	一、司法机构	107	
	二、诉讼与审判	109	
第六章	宋辽金元时期的法律思想与制度		114
第一节	两宋的法律思想	114	
	一、新政、变法及其思想		114
	二、程朱理学及其法律思想		118
第二节	宋代社会转型与法律变化	122	
	一、经济社会结构的变化	122	
	二、思想意识领域的变化	123	
	三、法制及其思想的变化	123	
第三节	宋代立法及其主要内容	125	
	一、法律编纂	125	
	二、法律形式	126	
	三、法律内容的主要变化	127	

第四节	宋代司法制度	134
	一、司法机构	134
	二、审判制度	135
	三、监察制度	137
第五节	辽金两代立法概况及法制特点	138
	一、辽代立法概况及法制特点	138
	二、金代立法概况及法制特点	139
第六节	蒙元时期的法律思想	140
	一、耶律楚材的法律思想	140
	二、刘秉忠的法律思想	142
	三、郝经的法律思想	144
	四、许衡的法律思想	145
第七节	元代立法及其主要内容	147
	一、立法原则	147
	二、法律形式与主要法典	148
	三、法制的变化	150
第八节	元代司法制度	152
	一、司法机构设置的特点	152
	二、诉讼制度的变化	152
第七章	明代的法律思想与制度	154
第一节	明代的法律思想	155
	一、朱元璋重典治国的法律思想	155
	二、王阳明的“心学”与法律和社会治理思想	157
	三、张居正“以法制天下”的法律思想	161
	四、海瑞“借法度辅德礼”的治吏与息讼思想	162
	五、丘濬对中国帝制中期正统法律思想的总结	164
第二节	明代的法律形式及立法活动	167
	一、律:《大明律》	167
	二、令:《大明令》	169
	三、大诰:《明大诰》	169
	四、条例:《问刑条例》等	170
	五、会典:《明会典》	170
	六、榜文:《教民榜文》等	171
	七、礼:《大明集礼》等	171
第三节	明代法律制度的内容与特点	172
	一、明代的刑事法制	172
	二、明代的民事法制	177
	三、明代的行政法制	182
第四节	明代的监察法制	184

一、监察法规更加完善	184
二、监察机关及其职能的变化	185
第五节 明代司法制度	186
一、司法机关及司法体制的变化	186
二、诉讼制度的变化	190
三、审判制度的发展变化	191
第八章 清代的法律思想与制度(上)	194
第一节 法律思想与立法概况	194
一、清统治集团的法律思想	194
二、立法概况与法律形式	195
第二节 清代的刑事法制	197
一、刑事法制的主要特征	197
二、刑法原则的发展变化	200
三、清代的刑罚制度	201
第三节 清代的民事法制	202
一、民法渊源与民事法规	202
二、身份与主体制度	202
三、物权与债契制度	204
四、婚姻家庭继承制度	205
第四节 清代的行政法制	206
一、清代的政治与行政体制	206
二、清代的经济管理法制	207
三、官吏管理与监察制度	209
四、清代的民族管理法制	210
第五节 清代的司法制度	211
一、“三法司”与中央司法制度	211
二、地方司法与特别司法体制	211
三、诉讼与审判制度	213
第九章 清代的法律思想与制度(下)	215
第一节 清末法律思想及代表人物	215
一、清末法律思想观念的变化	215
二、代表人物的法律思想	217
第二节 清末变法修律的时代背景	225
一、不平等条约对清末变法修律的影响	225
二、领事裁判权制度及其后果与影响	228
第三节 清末变法修律的主要内容	230
一、宣布“预备立宪”	230
二、“改革官制谕”与单行行政法规的制定	233

三、刑律的修订	235	
四、商事单行法规及《大清商律草案》的修订		240
五、民律草案的修订	245	
六、诉讼律的制定	247	
第四节 清末司法制度的变化	249	
一、司法机构改革	249	
二、诉讼审判制度的改革	250	
三、狱政改革与“模范监狱”的设立		251
第十章 中华民国时期的法律思想与制度		253
第一节 法律思想及代表人物	253	
一、近代化变迁与折中的法律思潮	253	
二、董康“拓展新知”与“借鉴旧制”相结合的法律思想		253
三、黄右昌对近代民法学的贡献	255	
第二节 南京临时政府时期的法律	256	
一、《中华民国临时政府组织大纲》与南京临时政府的建立		256
二、共和国的法制基础:《中华民国临时约法》	257	
三、推行社会革新的法令	259	
第三节 北京政府时期的法制	261	
一、法制特点	261	
二、宪法性法律与法统的废弃	262	
三、刑事法律	266	
四、民商事法律	268	
五、司法制度	270	
第四节 南京国民政府时期的法律思想与制度	272	
一、思想特点及代表人物	272	
二、立法概况及六法全书体系	277	
三、法律制度的主要内容与特点	279	
四、司法制度	286	
第十一章 中华人民共和国的法律思想与制度(上)		294
第一节 新民主主义法律思想	294	
一、马克思主义法律思想在中国的传播	294	
二、陈独秀对中国传统法律文化的批判	295	
三、毛泽东的宪法思想	296	
四、谢觉哉的司法思想	297	
第二节 根据地政权法律制度概述	299	
一、根据地政权法律制度产生之条件	299	
二、根据地政权法律制度之沿革	300	
三、根据地政权法律制度的性质	301	

	四、根据地政权法律制度的特点	302
第三节	主要内容与特点	304
	一、宪法与行政法律制度	304
	二、民事法律制度	312
	三、劳动与经济法律制度	317
	四、刑事法律制度	321
第四节	司法制度	325
	一、工农民主政权的司法制度	325
	二、抗日民主政权的司法制度	327
	三、解放区民主政权的司法制度	330
第十二章	中华人民共和国的法律思想与制度(下)	333
第一节	领导集体及法律思想	333
	一、毛泽东思想指引下的党的第一代中央领导集体的法律思想	333
	二、邓小平理论指引下的党的第二代中央领导集体的法律思想	334
	三、“三个代表”重要思想指导下的党的第三代中央领导集体的法治思想	335
	四、科学发展观指导下的中央领导集体的法治思想	336
	五、习近平新时代中国特色社会主义思想指导下的中央领导集体的法治新理念新思想新战略	337
第二节	法制建设及法治进程	338
	一、中华人民共和国法制的发展与挫折(1949—1976年)	338
	二、中国特色社会主义法律体系的形成(1977—2010年)	338
	三、中国特色社会主义法律体系新时期(2011年至今)	339
第三节	法律门类及内容意义	340
	一、宪法与宪法性法律	340
	二、行政法律制度	342
	三、刑事法律制度	344
	四、民商事法律制度	348
	五、经济法律制度	352
	六、社会法律制度	353
	七、军事法律制度	355
	八、涉外法律制度	357
	九、地方法制建设	358
第四节	司法制度与改革发展	360
	一、改革开放之前司法制度的建设历程	360
	二、改革开放以来司法制度的改革发展	363
参考文献		370

导论

法律制度作为一个国家在一定时期内物质生活与社会生活条件的综合反映,集中体现了一个民族最普遍、最统一的自身价值观念与诉求,反映着当时人们对于自然、社会以及人与人关系的思索与选择。在人类历史上,不同地域、时代、民族的国家、政权在自身存续发展的过程中,都曾经自觉或不自觉地将各自的民族精神与价值观念熔铸于法律制度之中,并由此形成了人类社会丰富多彩的法律文化体系。这些特色鲜明的法律文化体系,既是人类历史文化的重要组成部分,也是留给后人宝贵的文化遗产和精神财富。

中国是世界四大文明古国之一,中华传统文化在数千年的历史演变中博大精深、源远流长。相较于世界四大文明古国中的古巴比伦、古埃及、古印度,中华文明一直未曾中断,连绵不绝。虽然在中国历史上也存在多次外族入侵,由少数民族统治中原的情况,但结果都是少数民族文化被博大精深的中国汉文化同化、包容,最终成为中华文化的组成部分。从唐尧虞舜的传说时代,到夏、商、西周直到明、清,在中华传统文化数千年的发展过程中,中国传统法律文化同样也保持了发展的连续性,成为东方法律文化的代表,与西方法律文化并存于世界。

公元前 21 世纪夏王朝的建立,开启了中国古代法制不断积累、完善、发展的辉煌历程。夏、商、西周三代的漫长时间里,不成文的习惯法占据着主导地位。至春秋中期,随着公开、成文的制定法的出现,具有成文法特征的传统帝制时期的法律制度开始形成。经历几千年的积累,中国古代法律体制,即所谓“中国传统法律制度”,发展成体系完整、内容全面、风格特异、义理精深的庞大的法律体系。就立法而言,自秦汉至明清数千年间,历代主要政权在其建立之初几乎都制定过大而全的基本法典,作为国家法制的基础。除以律为主的基本法典之外,历史上还出现过令、格、式、科、比、敕、例等多种多样的法律形式,作为成文法典的补充。就立法规模之宏大、立法内容之丰富、法律形式之多样而言,中国古代法制在整个世界古代史上都是首屈一指的。除立法之外,中国古代的司法制度同样富有特色。夏商以后,我国古代的司法体制、诉讼制度等逐渐趋于完善。自秦代开始,一整套上至中央下至地方的完善司法体制以及具有鲜明中国特色的审判制度逐步建立,并在其后得到进一步发展,产生了会审制度、调解制度、回避制度以及原情断罪、矜老恤幼、亲亲相隐等一系列具有中国古代特色的诉讼审判制度和原则。可以说,中国古代法制在立法技术、司法体制等方面均达到了相当高的程度。与之相伴而行的传统法律思想,更增加了传统法律文化的独特面貌。几千年的法律文化发展演变,其中的变化与背后的逻辑并不能简单地用朝代的更替与政权的变更来解释。从某种意义上说,中国法律史的每一次变迁和转折,反映的是中华民族在不同的历史阶段对于自然、社会、人与人关系等根本性问题的思考和选择。研究中国历史上的法律制

度、法律思想的变迁,正是从法律的角度去理解和阐释中华传统文化,发掘几千年以来流传下来的宝贵遗产,这也正是法律史学科的基本任务和历史使命。

一、中国法律史的内涵

晚清实施近代法学教育以来,中国历代刑律与法制等内容即成为法政科课程。民国以后,相关法科课程当中继续延续了“法制史”等科目,此后“中国法制史”成为一种传统上的惯用说法。然就其本身而言,“法制史”一词的使用,往往容易被理解为仅以“法律制度”作为研究对象的制度史,并不能很好地兼容“法律思想”的内容,故而采取“法律史”的名称加以代替。换言之,“法律史”是同时包含了“法制史”与“法律思想史”两个分支的集合性概念。本教材采取“中国法律史”的名称,既是顺应学科发展的趋势,同时也体现了编写的自身特色。

所谓中国法律史,一般在两个意义上加以使用:一是作为一个历史概念,指的是中国法律制度与法律思想发展的历史本身,是一种历史存在。就此意义而言,“中国法律史”与“中国政治史”“中国经济史”“中国科技史”等并无不同,都指向过去时空中存在的东西,“中国法律史”即“中国历史上的法律”。二是作为一个学科概念,指的是研究中国历史上法律制度、法律思想、法律文化,传播法律史知识的现代专门学科,即“中国法律史学”。作为社会科学领域的分支学科,其最大的特点在于其是同时带有法学与历史学双重特性的交叉学科。换言之,中国法律史既是历史学的一个分支、一门专史,同时也是法学领域重要的基础学科,属于理论法学的范畴。因此,中国法律史具有历史学与法学的双重维度。

就目前而言,中国法律史是一门以法律制度为主线,综合研究中国历史上各主要政权的法律制度、法律思想及法律文化发展、演变的学科。具体而言,中国法律史的研究对象应该包括以下几个方面:

第一,中国各个历史时期的立法活动、立法成果,包括立法体制、立法活动及其社会背景、立法根据、立法技术,以及由立法产生的各种形式的法律规范。一些非经国家机关正式制定,而在司法实践中起规范与调节作用的习惯判例,以及调节家族内部关系、乡里关系的所谓“家法族规”、乡规民约等特殊形式的一般社会规范,也应该为中国法律史的研究所关注。上述各种静态的规范,是研究中国历史上法律制度发展演变的基本依据,通过这种研究可以了解和描述某一时期某个政权的最基本的法制状况,从而为更深入的研究提供基础。

第二,中国各个历史时期的司法状况,包括各种类型政权的司法机关、司法体制、诉讼制度、诉讼原则、狱政管理、具体的司法活动,以及与司法密切相关的司法设施,如职官、监狱等。历史上司法活动中所产生的司法档案,以及有典型意义和重要影响的案例,也应是研究中国法律史的重要资料。通过此种研究,有助于更深入地了解某一时期的法律执行情况和实际法制状况。

第三,中国各个历史时期各种类型政权的宏观法制与法律思想状况,包括宏观立法情况、立法与司法的联系、法律的执行情况、法制的整体社会效益等。此种研究有助于对特定时期或特定政权的法制总体情况作出评价。

第四,中国各个历史时期,对法律制度产生过重要影响的哲学思想、政治法律思想和学说。特别是一些与具体法律制度的形成、发展、演变密切相关的思想因素,应是中国法律史

着重研究探讨的问题,只有结合特定时期的政治经济以及思想文化各方面的因素,进行综合研究,才能真正了解法律产生演变的动因,对法律的内涵作出深入透彻的分析,从而达到法律史研究的目的。

第五,中国各个历史时期社会各个阶层的价值观念、风俗习惯以及宗教等文化传统。这些内容是全面深入研究和了解历史上的法律制度、思想与文化所不能回避的问题。

二、中国法制发展概述

中国传统的法律制度是中国传统文化的一个重要组成部分,经过几千年的发展和积累,不仅形成了严谨的体系和广博的内容,也形成了独具特色的中华法系,在世界上占有重要的地位。中国法制历史发展脉络、渊源承继关系清晰,按照发展的阶段,大致可以划分为早期法制、古代法制、近现代法制三个大的部分。

(一) 中国早期法制

中国早期法制一般是指夏、商、西周时期的法制,在时间上是指自公元前 21 世纪到公元前 770 年这一历史阶段。中国早期法制的突出特点是以习惯法为基本形态,法律是不公开、不成文的。

在中国早期法制中,夏、商是奠基时期。自公元前 21 世纪夏启建立夏王朝开始,夏王朝前后存在了约五百年时间。在此期间,中国早期的刑罚制度、监狱制度都有了一定的发展。商代以后,也维持了将近五百年的时间。在继承夏代法制经验的基础上,商代在罪名、刑罚以及司法诉讼制度等方面取得了长足进展。

中国早期法制的鼎盛时期是在西周。在西周政权存续的五个多世纪里,中国传统的统治方式、治国策略以及基本的政治制度初步形成。从法律上看,西周法制的形式和内容都达到了早期法治的顶峰。西周时期所形成的“以德配天,明德慎罚”的法制指导思想,“老幼犯罪减免刑罚”“区分故意和过失”等法律原则以及“刑罚世轻世重”的刑事政策,都是代表当时世界最高水平的法律思想与制度,对中国后世的法制产生了重要影响。

(二) 中国古代法制

中国古代法制一般是指春秋以后至鸦片战争以前中国各主要王朝的法律制度,在时间上是指自公元前 770 年至公元 1840 年这两千余年的法制历史。春秋以降,中国法律开始由原来的不公开、不成文法的状态过渡到以成文法为主体的状态。在其后的两千多年中,无论是法律伦理、立法技术、法制规模,还是法律内容、司法体制等,各个方面都有了巨大的发展。我们通常所说的“传统法律制度(文化)”,其主体就是在这一时期形成、发展和成熟的。根据法制发展状况,可以把这一历史时期划分为以下几个发展阶段。

1. 春秋战国时期。这是由早期习惯法向成文法转变的重要阶段。春秋战国作为中国历史上大动荡、大变革的时代,西周以前的法律不合理的状况被打破,以成文法为主体的新的法律体制开始建立起来。在春秋中期开始的诸侯国制定并公布成文法运动中,魏国李悝制定的《法经》是这场成文法运动的最突出成果,对后世影响深远。此外,对中国古代社会政治法律影响最大的两大思想流派——儒家和法家的主要政治法律思想,也都在这一时期

形成。

2. 秦汉时期。这是中国古代成文法法律体系全面确立时期。公元前 221 年,秦始皇统一中国,建立了中国历史上第一个以中央集权为特征的统一的帝制王朝。秦代奉行法家学派的“法治”“重刑”理论,在实践中贯彻得比较彻底。秦以后的两汉时期,在秦代法制的基础上进一步发展。汉代法律从风格上可以分为前后两个时期:前期是指汉武帝“罢黜百家,独尊儒术”以前,主要是汉承秦制,形成了一套与秦法治并无太大差别的法律体制;后期则是指在“罢黜百家,独尊儒术”以后,在指导思想接受儒家理论,从此汉代法律制度在理论制度上开始儒家化。

3. 三国两晋南北朝时期。这一时期是中国历史上第二次大变革的时代,也是中国传统法律思想与法律制度迅速发展的阶段,在时间上是指自 220 年曹魏立国到 589 年隋文帝统一。法律制度在动荡的年代里得到了巨大的发展,立法技术不断提高,法律理论有了明显发展,具体法律制度的儒家化得到加强,一些重要的制度,比如“八议”“官当”“重罪十条”等,已经上升为成熟的法律条文,为隋唐时期中国古代法制走向成熟奠定了重要基础。

4. 隋唐时期。这是中国传统法制的成熟定型阶段,在时间上是指自 581 年隋代建立到 960 年北宋建立以前。经过近三千年的积累,中国古代社会的各个组成部分都已经比较成熟,中国古代社会进入鼎盛时期。在几千年立法、司法经验的基础上,隋唐的立法技术进一步提高,以《唐律疏议》为代表的优秀法典相继问世。在法律内容上,汉代中期开始的法律儒家化过程持续了八百余年,到隋唐时期,以《唐律疏议》的制定完成成为标志,中国古代道德与法律的融合以“律疏”的形式基本完成。与此同时,中国古代的司法体制、诉讼制度也达到很高水平。特别需要提出的是,《唐律疏议》作为中国古代法制、中华法系的代表作,达到了中国古代法制的最高水平,在中国法律史和世界法律史上都占有重要地位。

5. 宋元明清时期。这是中国古代法制不断完善的时期,在时间上是指自 960 年到 1840 年鸦片战争以前。宋明清时期,基本法典仍是国家法制的基础,国家法律的基本精神、主体框架仍然由《宋刑统》《大明律》《大清律例》等基本法典确定,但敕、条例等法律形式在司法实践中发挥着实际而具体的调节作用。作为大原则的律,相对稳定,较少修改,而起到实际作用的条例等附属立法,则因时因地被频繁修订。这种立法上的变化说明,到中国传统社会后期,统治者已经能够更加娴熟地运用各种法律形式和手段来调节社会。与此同时,随着皇权不断强化,中国传统法制中维护皇权、加强专制的特质也越来越突出地显现出来。另外,元代和清代的带有民族歧视性的、适用于少数民族地区的法律,也是这一时期法制的的一个特点。

(三) 中国近现代法制

1840 年鸦片战争以后,中国社会开始遭受西方列强的大规模侵略和欺凌,在内忧外患之际,中国社会开始了艰难的转型。从法律上看,这种转变的突出特点是:存在了数千年的中国传统法律体制、法律观念开始瓦解,而源自西方近现代意义上的法律制度开始在中国土地上艰难生长。一般来说,中国近现代法制变迁大致可以划分为以下几个阶段。

1. 清末变法。历史上习惯把 1840 年鸦片战争至 1911 年清王朝灭亡这段时间称为清末。19 世纪 50 年代以后,随着太平天国运动对清廷的全面冲击,加之国外列强的压迫,中国逐步沦为半殖民地的传统帝制社会,表现在法律领域,则是清廷对传统法制一系列的变革与西

方列强在华领事裁判权的确立。特别是在清廷存在的最后十年,即1901—1911年中,清廷被迫进行了君主立宪与广泛的法律改革,大量引进西方近现代法律学说与法律制度,对清代原有的法律体系进行改造,中国法制踏上了近代化之路。

2. 民国南京临时政府时期。1911年10月,中国爆发著名的辛亥革命。1912年1月1日,中华民国南京临时政府宣告成立。在以孙中山为核心的革命党人的领导下,南京临时政府在几个月的时间内进行了一系列立法活动,初步奠定了民国时期法制的基础。

3. 民国北京政府时期。1912年3月,袁世凯在北京建立了由北洋军阀控制的北京政府,习惯上称之为北洋政府。作为军阀政权的北洋政府,为应付时局,也进行了一系列立法活动,这些立法在客观上为以后南京国民政府的法制建设提供了一定的有利条件。

4. 民国南京国民政府时期。从1927年到1949年,是国民党建立的南京国民政府统治时期。南京国民政府建立以后,进行了广泛立法,颁布大量的法律、法令以及判例、解释例,形成了“六法体系”。但国民党政权的法律制度带有明显的双重性特点,即在立法文本上比较完善,但在司法实践上,由于党国一体制以及政治上的一党专政,对法治理念多有背离。

5. 革命根据地时期及新中国成立以后。1921年以后,中国共产党在各个革命根据地所创建的法律制度,以及新中国成立以后的法治发展,也是中国法律史重要的组成部分。在新民主主义革命时期,中国共产党在各个革命根据地创造性地进行了一系列的立法建制活动,取得了丰硕的法制成果,为新中国的法制建设奠定了基础。1949年新中国成立以后,在社会主义过渡和建设时期,中国共产党领导全国人民进行了广泛的法制建设,宪法、民法、刑法、诉讼法等重要法律相继出台,为中国特色社会主义法治体系的建立奠定了基础。新中国成立以来的法制建设并非一帆风顺,而是在曲折中不断发展,在取得法制成果的同时,也留下了一些深刻教训,值得我们反思。

三、学习中国法律史的意义

中国法律史作为历史学与法学的交叉学科,既是历史学的分支,又是法学学科里面一门重要的基础课程,属于理论法学的范畴。1997年原国家教育委员会确定中国法制史为全国法学学科本科学生14门必修的核心课程之一。就中国法律史本身而言,无论是学科定位还是研究方法,更应该强调其法学属性。换言之,只有法学的中国法律史才能够充分发挥学科自身的目的和意义。法学的中国法律史之特点在于,一方面立足于史实的还原,将其作为进一步研究的基础,同时又避免过分陷入史料的细枝末节,使得研究领域呈现出高度破碎化;另一方面将视野聚焦于法律本身,带有古为今用、面向现实的问题意识,在具体问题的基础上进一步上升到对更高层次问题的思考,并与法学其他学科尤其是应用法学领域的研究发生联系,为现实法律问题的解决提供理论支持。因此,学习中国法律史之初,就应当重视其法学属性,树立正确的学科定位。简言之,学习中国法律史的意义主要在于以下几个方面:

第一,学习中国法律史,有助于加深对中国传统法律的认识和理解。中国法律史涉及中国上下几千年的悠久历史,浓缩了中国传统法律诞生、演变、发展的历程。学习中国法律史,有助于我们从历史的角度,审视和把握历史上不同时期中国各项法律制度、法律思想以及法律文化,尤其是从长时段、整体性上理解中国传统法律,“以史为鉴,可以知兴替”,这是其他学科难以达到的。

第二,学习中国法律史,有助于为现代化法制发展提供借鉴。不可否认,清末以来的变法修律在一定程度上削弱了中国传统法律的当代影响,但一方面,中国传统法律当中的价值追求,尤其是具有相对独立性的法律思想与文化,对于现代法制建设仍具有根深蒂固的潜在影响和借鉴价值。例如传统法律当中的“明德慎罚”“矜老恤幼”“法深无善治”等思想观念在现代社会同样具有启示意义。另一方面,中国近现代法制,尤其是新中国成立以来的法制发展同样是中国法律史关注的领域。这一时期的法制发展与当下的法制建设密不可分,其间取得的经验与教训值得我们学习、借鉴。

第三,学习中国法律史,有助于加深对其他法学学科的理解。中国法律史作为法学学科中的基础法学,是学习其他法学分支学科的基础。一方面,任何法学的二级学科,如宪法、刑法、民法、行政法、诉讼法等都有其发展的历史,不了解其自身的发展演变历程,就不可能真正理解其当下的运作逻辑。另一方面,中国法律史学作为理论法学,势必要为应用法学提供理论支持。虽然中国传统法律制度、法律思想与法律文化并不能直接应用于当下社会的法律实践,但是在理论层面却能够提供大量专业资源,为当下的其他法学学科发展提供良好的理论支撑。中国法学的发展,不仅要吸收世界各国先进的法学成果,同时也必须从中华传统法制文明中吸取有益的经验,真正立足于本土,解决中国问题,贡献中国方案。

四、本教材编写特色

法律史作为一个学科,早在20世纪初便被中国学者所接受。20世纪20年代,中国法学教育工作逐渐形成体系,法律史作为法学领域一门基本课程的地位也随之确立。随着法律史教学的开展、普及,有关中国法律史的教材也日渐增多,既有各种私家著述,亦有统一规划的面向高等教育的重点系列教材,内容涵盖中国历史上各个时期、各个方面的法律制度及相关的各种文化现象,在广度、深度、质量、水平等方面都取得了极大成就。在以往教材编写的成果之上,本部教材在内容和时序上进一步扩充法律史学科知识叙述的广度与深度,在以下两个方面进行了调整:

(一) 内容融合制度史与思想史

称为“法律史”还是“法制史”,曾是本学科的一个重要议题。20世纪90年代之前,国内硕士点和博士点通常是“法制史”学科点,但是到了21世纪初期,国内各大重点高校纷纷将学科名称改为“法律史”。现今的中国法学学科划分通常认为,法律史大于法制史,法律史通常包括制度史与思想史。相应地,在教材编写规划上,从前也遵循着制度史与思想史分别编纂教材的方式。然而,制度史与思想史却有着无法割裂的密切关系,任何法律制度都是在一定的法律思想指导下产生的。同样地,一个社会中占统治地位的法律思想,总要体现在该社会所制定的法律制度中,既有的法律制度又会在实践中随着时间的推移促进法律思想的进一步演进。因此,可以说法律思想史与法律制度史的融合构成了中国法律史。

本教材将思想史与制度史统编入教材,将思想史内容放在每章的开头,向读者介绍各个王朝的正统法律思想是什么,主要的思想派别或是思想家有哪些,能够帮助读者在学习中国法律史的过程中对各项制度有更为深入的理解,对各个王朝的不同法制特点亦有更加透彻的认识,也可以让读者在纵向时序上对法律思想史的发展脉络有较为清晰的把握。

（二）时间跨度延伸至共和国时期

1949年中国共产党人推翻了南京国民政府统治,取得了中国革命的全面胜利。这次社会巨变引发了政权性质、社会结构、社会组织以及意识形态等政治方面的根本改变,也开启了中国法律发展的新篇章。在新中国成立以后的近半个世纪里,中国的法制建设历程曾随着中国国运兴旺昌盛而繁荣发展,也曾在国家的动荡中衰颓和凋零,经历了一个轨迹十分明显的曲折发展的过程。

从1954年第一部《宪法》及众多其他规范性法律文件被制定开始,法制建设工作逐步展开。但在“文革”期间,全国人民代表大会会议停止10年,立法和司法工作全面停滞,社会主义法制遭到严重破坏。1976年粉碎“四人帮”,中国共产党领导全国人民拨乱反正,国家各项工作逐步恢复。1997年9月,党的十五大正式提出“依法治国,是党领导人民治理国家的基本方略”。1999年,九届全国人大二次会议通过《宪法修正案》,将“依法治国,建设社会主义法治国家”载入宪法。依法治国基本方略和建设社会主义法治国家得到实践,中国特色社会主义法律体系逐步建立并进一步完善。

可以说,这一段历史在以往的教材编写中一直未能得到足够的重视。1949年之后的法制建设,深刻地影响着当下甚至未来的法制建设。通过对这一历史时期的学习,有利于读者把握新中国法制建设的经验与教训,同时也有利于读者进一步深刻地理解并反思当下的法制建设。

第一章 先秦时期的法律思想与制度

先秦时期(公元前 21 世纪 - 公元前 221 年)是指秦始皇统一六国、建立秦朝之前的历史时代,从传说中的三皇五帝,经历了夏、商、西周以及春秋、战国等重大历史阶段。在这一时期,中国的祖先创造了光辉璀璨的历史文明,其中夏商时期的甲骨文与殷商时期的青铜器,都是人类文明的重要历史标志。这一时期的大思想家孔子和其他诸子百家,开创了我国历史上第一次学术文化的繁荣,点燃了中国文明的思想烈火。随着从分散向统一的伟大历史进程的逐步迈进,中国法律文明得以孕育和发展壮大,奠定了中国传统法律的基本格局。

第一节 中国法律文明的孕育

一、中国早期文明国家的形成

法律的形成和发展,是从原始习惯逐步过渡到国家形态的法律这样一个历史过程。中国法律的起源或中国法律文明的早期孕育,充分呈现出这一基本特性。根据考古发掘,距今五六千年以降的新石器时代后期,黄河流域的仰韶文化、龙山文化、大汶口文化以及长江流域的河姆渡文化、良渚文化等,先后都已进入氏族公社的发达时期。而从历史传说和古书记载来看,这一时期开始形成了三个对立的较大部落联盟,即以炎帝、黄帝为中心的华夏部落联盟,以蚩尤为中心的东夷部落联盟,以及以三苗为中心的苗蛮部落联盟。在三大部落的战争冲突中,华夏部落联盟中的黄帝部落不断得以扩张,最终被众多部落、氏族拥戴为中原盟主,征东夷,讨苗蛮,尧、舜、禹相继成为这个中央部落联盟的首领。

出于战争和组织生产的需要,部落联盟内部逐渐形成一些公共职能,由此开始出现一些承担公共职能的人员或机构,凌驾于社会之上的公共权力日益进入人们的视野。而“国家的本质特征,是和人民大众分离的公共权力”^①,这就表明这一时期的部落联盟已经初步具备了文明国家的雏形。从史书记载来看,黄帝“官名皆以云命,为云师。置左右大监,监于万国……举风后、力牧、常先、大鸿以治民”^②。而舜任部落首领以后,进一步采取措施完善公共管理职能、建设公共管理机构,任用了由其直接统辖的高级职官二十二人,分管工程、农业、狱讼、祭祀、手工业等,并且划分全国地方行政单位,设立地方行政长官。

① 《马克思恩格斯选集》(第 4 卷),人民出版社 1972 年版,第 114 页。

② 《史记·五帝本纪》。

值得注意的是,这一时期的部落联盟既然建立在联合这一政治基础上,公共权力并没有被异化为后来“家天下”的权力私有性与专断性。在重大决策尤其是职官的任用方式方面,作为部落联盟首领的尧、舜、禹不仅有着“禅让”帝位的传闻美谈,而且在很大程度上都要咨询甚至听从“四岳”的意见。譬如尧担任部落联盟首领期间,“四岳”荐举鲧治理洪水,尧认为不可,而“四岳”再强行请试,直至试而无功方才罢休。这充分表明,古代中国政治文明形成之初,并未陷入君主专制的藩篱,而是有着相当强烈的原始民主色彩。美国19世纪杰出的社会科学家摩尔根(Lewis H.Morgan)在考察古代希腊社会时,认为希腊早期经历了从氏族社会向政治社会的过渡,而氏族社会的制度体系大致按照四个完备的组织阶段依次递升:一是氏族,以血缘为基础;二是胞族,可能是由从一个母氏族分化出来的兄弟氏族结合成的;三是部落,由几个胞族组成,同一部落的成员操同一种方言;四是民族,由几个部落组成,它们合并在一起构成一个氏族社会,并占据共同的领域。在摩尔根看来,“每一个氏族、每一个胞族、每一个部落,都是一个组织完备的自治团体;当几个部落联合成为一个民族时,其所产生的组织原则也将同该民族的各个组成部分的活动原则相协调”^①,氏族制度由于建立在这些组织完备的自治团体的基础上,因此在本质上是民主制度。摩尔根这样的观点,大致也符合中国早期文明的基本情形。正因为如此,先秦时期的夏、商、周三代虽然带有“家天下”的浓厚倾向,但其主流的政治体制,即分封制或封建制,仍然有着贵族民主制的强烈印记,这与秦始皇建立帝制之后的君主专制还是不可同日而语的。

随着部落联盟对内、对外事务的日益扩张,迫切需要形成稳定的规则和程序,部落联盟早期那种自发形成的习俗或习惯已经难以为继。这就需要在既有的习俗秩序上固化或改造已有的习惯,并以部落联盟的强制力确保其得以实施,作为文明国家所特有的强制性规则体系的法律也就这样登上了历史舞台。而在这一历史过程中,中国法律的起源主要依赖两条途径:一是氏族、部落、部落联盟最初依托血缘纽带不断扩展,逐渐形成的祖先崇拜、祭祀活动造就了覆盖社会生产、生活各个领域的习俗或习惯,这就是礼;二是伴随部落、部落联盟不断的兼并战争,既需要创造规则对内发号施令,又需要采取措施对外进行威慑和镇压,从而产生了刑。《左传》说的“国之大事,在祀与戎”,深刻表明了祭祀与战争对于中国早期文明所具有的关键意义,因此其所导源出来的礼与刑也就理所当然地构成了整个先秦时期中国法律文明的核心内容。而最终将礼、刑统合起来加以运用的基本指导思想,就是影响中国法律文明最为深远的概念——德。

二、起源于祭祀的礼

中国文明最初发端于黄河流域与长江流域中下游,这里土地肥沃,四季分明,以种植、养殖业为主的农耕经济具有得天独厚的自然条件,得以迅速发展起来。农耕经济的生产方式,逐渐形成各氏族、各部落聚族而居、安土重迁的生活习俗,遂使血缘因素成为部落管理机制中最为重要的社会纽带,那种自然而然形成的祖先崇拜与祭祀活动逐步发展成为一定的典礼和仪式,从而赋予了中国法律文明极其强烈的礼法色彩。

^① [美]路易斯·亨利·摩尔根:《古代社会》(上册),杨东莼、马雍、马巨译,商务印书馆1977年版,第242页。

“礼，履也。所以事神致福也。”^①许慎的解释充分反映了礼源于祭祀这一历史事实。依赖血缘纽带这一社会关系，华夏先民必将视祖先为英雄，其死后也就成为具有超人力量的神灵，现世子孙通过定期对祖先的祭祀活动，与祖先沟通情感，并祈求祖先对自己的佑护。这种祭祀活动从家庭起步，不断上升、扩展到整个氏族、部落、部落联盟。在这一上升、扩展过程中，典礼与仪式不断为部落、部落联盟的公共权力所改写，日益成为严格的礼仪和程序规则。从对参与祭祀者的身份限制，到祭祀活动的具体实施，包括祭祀参与者的位置、祭祀管理的分工、祭祀的语言与动作等，都逐步转变成相当严格的习俗与规则。而这些，正是部落、部落联盟社会中世俗身份、地位与作用的真实反映。因此，部落、部落联盟必须凭借公共权力这一强制力，保证这些礼仪和程序规则能够得到贯彻和实施。这样长期发展下来，礼不仅涵盖了社会生产、生活的所有领域，而且受到国家强制力的保护，成为中国法律文明的重要渊源。

中国早期的礼究竟是什么样子？没有确切的文字记载可以佐证。后世记录较为详尽的礼，当为周礼，至于殷商王朝的礼，史书大都暧昧不明。孔子说：“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。”^②又说：“殷因于夏礼，所损益可知也；周因于殷礼，所损益可知也……”^③可见夏商时期的礼，到了孔子所在的时代，因为文献记载不详，已经只能口述而无法详加引证了。那么在“三皇五帝”所谓的传说时代，礼就更无文献记载的可能了。但是我们可以确定，夏、商、西周的礼既然具有历史沿袭关系，其前应该也是因袭和改造过来的，所以司马迁也说：“缘人情而制礼，依人性而作仪，其所由来尚矣。”^④因此，礼源远流长，应与人类社会同其久远，三代以前的礼，虽很简略，但已初具规模，并且已经具有了习惯法的性质，这为后来礼的内容和精神方面的转化，奠定了重要的历史基础。

三、起源于战争的刑

中国古代以法为刑，刑、法、律在某种意义上可以互训，这在中国古代文献中可谓司空见惯。《尔雅》说：“刑，法也。”《说文》曰：“法，刑也。”《唐律疏议·名例》云：“法，亦律也。”所以曾有学者断言：“在历史上，中国刑法史是法制史的重心。除了刑法史的法制史，便觉空洞无物。”^⑤造就中国古代法律这一特点的关键，是法律起源于战争，而战争无疑属于一种凭借武力的征服，而这当然就为需要强制力支持的刑罚提供了重要保证。对此，中国古人早有深刻的认识，提出了“刑起于兵”或“兵刑合一”的学说。

《国语·鲁语》最先将刑罚与征伐混为一谈，其所提出的“大刑用甲兵”明显反映出战争就是最为严厉的刑罚制裁。而《商君书》说“刑者，武也”^⑥，又言“内行刀锯，外用甲兵”^⑦，亦显然将战争与刑罚视为一体。后世史书大多认可此种学说。《辽史·刑法志上》更是明言：“刑

① 《说文解字》。

② 《论语·八佾》。

③ 《论语·为政》。

④ 《史记·礼书》。

⑤ 蔡枢衡：《中国刑法史》，中国法制出版社 2005 年版，序、第 4 页。

⑥ 《商君书·修权》。

⑦ 《商君书·画策》。