

华东政法学院系列教材

# 中国法律制度史

主编 / 丁凌华 副主编 / 赵元信

法律出版社

---

# 中国法律制度史

主 编 丁凌华

副主编 赵元信

法律出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

中国法律制度史/丁凌华主编. - 北京:法律出版社,1999.9

ISBN 7-5036-2907-X

I.中… II.丁… III.①法制史-中国-古代②法制史-中国-近代 IV.D929.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 33601 号

---

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/上海市印刷三厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/13.65

字数/323 千

---

版本/1999 年 8 月第 1 版

1999 年 8 月第 1 次印刷

印数/0,000-5,000 本

---

社址/北京市海淀区西三环北路 105 号首都师范大学科原大厦 4 层  
邮编/100037

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

---

书号:ISBN7-5036-2907-X/D·2618

定价:21.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

# 目 录

绪论..... 1

## 第一编 上古法律制度史

**第一章 夏商法律制度**

第一节 夏商法律概述 ..... 12

第二节 夏商统治思想及定罪原则 ..... 15

第三节 夏商司法审判 ..... 20

**第二章 西周法律制度**

第一节 西周立法概述 ..... 24

第二节 西周刑法及其适用原则 ..... 28

第三节 西周礼和刑的适用 ..... 40

第四节 西周司法制度 ..... 43

**第三章 春秋战国时期的法律制度**

第一节 春秋时期的法律变革 ..... 49

第二节 战国时期的法律制度 ..... 54

## 第二编 中古法律制度史

### 第四章 秦朝法律制度

- 第一节 《云梦秦简》 ..... 69
- 第二节 秦律的基本内容 ..... 72
- 第三节 秦朝司法制度 ..... 87

### 第五章 汉代法律制度

- 第一节 汉代立法概况 ..... 91
- 第二节 汉律的基本内容 ..... 100
- 第三节 汉代司法制度 ..... 116

### 第六章 魏晋南北朝法律制度

- 第一节 魏晋南北朝立法概况 ..... 131
- 第二节 魏晋南北朝法律变革 ..... 136
- 第三节 魏晋南北朝司法制度 ..... 144

### 第七章 隋唐法律制度

- 第一节 隋朝法律制度 ..... 149
- 第二节 唐初法制指导思想 ..... 152
- 第三节 唐代立法概况 ..... 156
- 第四节 唐律的基本内容 ..... 168
- 第五节 唐代司法制度 ..... 186

### 第八章 五代十国与宋辽金元法律制度

- 第一节 五代十国法律制度 ..... 195
- 第二节 宋代法律制度 ..... 201
- 第三节 辽、金法律制度 ..... 210
- 第四节 元代法律制度 ..... 213

<b>第九章 明代法律制度</b>	
第一节	明代立法概况····· 219
第二节	明代法律内容的主要变化····· 229
第三节	明代司法制度····· 233
<b>第十章 清代法律制度</b>	
第一节	清代立法概况····· 242
第二节	清代法律的主要特点····· 248
第三节	清代司法制度····· 251
<b>第十一章 古代民事法律规范</b>	
第一节	古代民事法律规范的特点及其成因····· 258
第二节	古代婚姻法规范····· 260
第三节	古代家庭法规范····· 271
第四节	古代继承法规范····· 276
第五节	古代物权法规范····· 285
第六节	古代债法规范····· 290
<b>第十二章 古代行政法律规范</b>	
第一节	古代行政立法概况····· 295
第二节	古代行政组织····· 303
第三节	古代行政官吏的管理····· 310
<b>第三编 近代法律制度史</b>	
<b>第十三章 晚清法律制度的变革</b>	
第一节	晚清“预备立宪”····· 322
第二节	晚清立法改革····· 330
第三节	晚清司法制度的变革····· 339

<b>第十四章 南京临时政府法律制度</b>	
第一节 辛亥革命后的局势与《临时政府组织大纲》	345
第二节 《中华民国临时约法》	347
第三节 南京临时政府的革命法令	353
第四节 南京临时政府司法制度	359
<b>第十五章 北洋政府法律制度</b>	
第一节 北洋政府制宪活动	363
第二节 北洋政府的立法特点与法律内容	367
第三节 北洋政府司法制度	370
<b>第十六章 南京国民政府法律制度</b>	
第一节 南京国民政府立法概况	372
第二节 南京国民政府立宪活动	374
第三节 南京国民政府民事立法	378
第四节 南京国民政府刑事立法	381
第五节 南京国民政府行政立法	383
第六节 南京国民政府司法制度	386
<b>第十七章 革命根据地时期人民民主政权法律制度</b>	
第一节 人民民主政权立法概况	393
第二节 人民民主政权宪法性文件	397
第三节 人民民主政权土地立法	403
第四节 人民民主政权刑事立法	409
第五节 人民民主政权婚姻立法	413
第六节 人民民主政权劳动立法	416
第七节 人民民主政权司法制度	419
<b>后记</b>	427

## 绪 论

中国法律制度史属于法学专业基础课程。高等法学教育的法学专业课程,包括基础法学与部门法学两大类。基础法学则包含法理学与法律史学两大支类,法律史学又大致可分解为法律制度史与法律思想史两个分支,而法律制度史在法学本科课程中,一般又划分为中国法律制度史与外国法律制度史两门课程。在司法部确定的部属法学院校法学类专业重点课程中,法制史被确定为14门主干课程之一。在我国目前法学类专业课程设置中,中国法律制度史是全日制法学本科以及成人高等法学教育的必修课程之一。

中国法律制度史是研究中国历史上法律制度产生、发展、沿革的特点及其规律的科学。关于中国法律制度史的范畴,学术界历来有不同的观点。日本汉学界研究中国法制史始于19世纪末叶,研究领域不断拓宽,举凡中国历史上由国家制定颁布、具有国家强制力性质的制度,以及约定俗成的习惯法,均属广义的国家法范畴,故职官制度、服饰制度、籍帐制度、年号制度、历法制度等均纳入中国法制史的范畴。因此法制史即制度史,凡研究中国制度史的学者几乎都可以称为中国法制史专家。受日本汉学界影响,一些东南亚国家与地区的学者也有类似倾向。以上可以称之为“大法制”的观点。中国大陆自1979年恢复法律院校,设置中国法制史课程以来,基本是按照现代部门法的分类来规范与研究中国法制史。但最初的教材范畴基本局限于刑事立法与婚姻继承等方



面,随着资料的拓展与研究的深入,已扩展到民法、经济法、行政法等方面,1999年1月出版的《中国法制通史》十卷本可以说是大陆20年来中国法制史研究的总结。以上可以称之为“小法制”的观点。以日本汉学界为代表的“大法制”观点着力于各个历史阶段法制发展的个性特点,以中国大陆法制史学界为代表的“小法制”观点则注重于传统法制演变的共性特征。在研究方法上,前者往往采用类似于“汉学”的考据手段,后者则主要采用类似于“宋学”的经世致用方法。两者利弊互见,互为补充,近年来大陆法制史学界在传统经济法史与行政法史方面的研究,在资料的采用上已出现与“大法制”观点融合的趋势。限于教学课时与教材篇幅,本书基本采用“小法制”的写法,经济法史尚未纳入,但对民法史与行政法史有所加强,全书在观点与资料上尽可能吸收了近年来中国法制史的研究成果。

学习中国法律制度史的目的,就是要总结历史的经验教训,为社会主义法制建设服务,这是大陆法制史学界的共识。本书的侧重点,在于使学生了解什么是封建法。我们不能把封建法简单地理解为已经消亡的中古时期的法律制度,了解封建法不仅要窥知封建法律制度的概貌,更重要的是要洞悉什么是封建法律意识。中国的封建法律意识历史悠久,影响深远,不仅统治古人,也影响今人。与中国法律思想史通过思想层面来了解封建法律意识不同,中国法律制度史是通过制度层面来了解封建法律意识。

首先,从中国封建法的地位看,在世界法制发展史上,中国的封建法律制度巍然耸立东亚两千余年,自成一独立的体系,即中华法系。日本著名学者穗积陈重在19世纪末叶出版的《法律进化论》一书中首先提出世界历史上之法制基本可划分为五大法系的理论,即中华法系、印度法系、伊斯兰法系、罗马法系、英美法系。中华法系即中国封建法系曾对世界的法制发展作出过重大的贡

献,影响及于各东亚邻国,在世界法制发展史上占有重要的一席之地。仅就这一点而言,作为一名法学高等院校的学生,对我们祖先创立的煌煌中华法系没有一个基本的了解,至少是一种法学理论素养的缺憾。

其次,从封建法与近代法的关系看,中国近代的法制史,是一部民主与法治同专制与人治不断斗争的历史。中国的先进知识分子从遭受西方列强侵略的惨痛教训中,认识到西方宪政与法制的先进性,认识到政治体制与法制的改革才是中华民族重新崛起的希望所在。但在 1840 年至 1949 年的百年近代史中,中国人民用了 70 多年的时间经过种种尝试(包括君主立宪制)后才最终推翻了封建王朝,但专制与人治并没有结束。其后的 30 余年,掌握中央政权的统治者,除了孙中山领导的中华民国南京临时政府短暂三个月的昙花一现外,无论是北洋政权还是国民党政权,实质上仍是没有皇帝的专制政权。从袁记约法、贿选宪法到训政时期约法、六法全书,尽管民主与法治的词藻装饰得越来越多,但专制与人治的实质并没有本质上的改变。封建法制传统与意识的顽固性以及在中国实现民主与法治的艰难,由此可见。在中国近代百年法制史上唯有的两个亮点,就是南京临时政府时期制定的《中华民国临时约法》与一系列革命法令,以及中国共产党领导下革命根据地的人民民主法制(事实上也存在某些封建法律意识的影响,但不是主流)。中华人民共和国的成立,表明历史最终选择了民主与法治的正确朝向。

第三,从封建法与现实的关系看,反封建仍是当今社会主义法制建设的重要任务之一。从表象上言,中华法系随着满清王朝的正寝已基本消亡,但其对当代中国社会的影响仍不可忽视。中国自 1911 年辛亥革命以来,资本主义从未得到过充分的发展,这就给 1949 年后建设社会主义带来极大的隐患。新中国的成立只是

建设社会主义的前提,但不能保证我们一定能走上繁荣与民主的道路,我们还没有解决落后的农业经济以及由此而产生的专制与人治的问题,社会主义搞得不好,仍会复燃封建主义。这就是为什么封建法的某些典型特征,在社会主义社会中仍然或多或少有所反映。

封建立法“法自君出”,君主掌握着最高的立法权,皇帝的诏命至高无上,可以补充乃至取代法律,具有最高的法律效力。纵观文革十年,宪法缺少权威而形同具文,权力特别是高层权力缺乏有效的制约,公民权益甚至人身安全都缺乏有效的保障,最高指示、中央文革小组的红头文件充斥天下,甚至凌驾于宪法之上,“无法无天”。那种对法制的践踏、视人命如草芥的状况,坦率地说,甚至不如某些开明的封建王朝。重视刑法轻视民法,也是封建法固有观念之一,我们建国至今近半个世纪,刑法一再修订颁布,却尚未制定出一部完善的民法,大量民事纠纷处于无法可依的状态,权利本位尚未取代义务本位,民众思想上“无讼”、“惧讼”的传统观念仍很普遍。道德的法律化也是封建法的特征之一,而以法律手段解决道德问题至今仍被一些人奉为稳定社会秩序的捷径。特权法与家族主义法是封建刑法的两大基本特征,在社会主义社会法治不健全的情况下,封建的特权法演变为以党纪代国法、以功劳抵刑罚、以行政处分代替刑事处罚等;封建的家族主义法演变为政治上的荫庇与株连,一荣俱荣,一损俱损,1957年的右派分子、文革中的黑五类分子的亲属大多承受过这种政治歧视、人格歧视。行政干预司法是封建司法的主要特征,封建中央行政机构的长官可以干预或直接参与司法,地方机构更是行政与司法合一,而我们建国后由于体制的缺陷与传统观念的影响,行政干预司法、人情干预司法一度习以为常。就以上所举数例,也可见我们的社会主义法制建设如果倒退,不会倒退到资本主义法,而只会倒退到封建法。因此

可以说,反封建仍是目前我国社会主义法制建设的首要任务。

第四,学习中国法律制度史,应该看到今天的中国是历史的中国的沿续和发展,我们应该批判地吸取封建法律中某些有价值的东西,弃与扬结合,而不能数典忘祖,对本国以往的历史持全盘否定的态度。一方面,我们应该站在历史的角度,客观地对当时的法律制度进行实事求是的评判。某些在今天看来是过时的、落后的东西,在历史上的某个特定时期却可能是适时的、进步的,如董仲舒的春秋决狱、唐律的以礼入律、西周的同姓不婚、唐宋的科举制度等等。

另一方面,我们应该看到封建法律中的某些原则至今仍有其可借鉴的价值。譬如封建法律中所体现的吏治思想,研究古代法律文献可以发现,封建法律在惩治官吏的贪赃枉法、渎职违法方面的内容占有相当大的比重。如唐律 12 篇中的职制律与断狱律几乎完全是针对官吏的,卫禁律、擅兴律中大量条文的对象也主要是官吏,加上其它各篇中注明“监临”、“主守”字样者,可以说唐律 500 条中约三分之一的条文是直接针对官吏制定的。而在朱元璋亲自制定的明大诰中,更是百分之八十五以上的条文是惩治贪官污吏的,且刑罚极为严峻。这些说明封建统治者深谙“明主治吏不治民”的统治策略,知道官吏阶层的腐败无能或廉洁高效是关系到封建统治生死存亡的大问题。又如立法的宽简原则一直被开明的封建王朝奉为圭臬,历史上秦朝、隋朝都是法网严密、用刑峻刻,结果均二世而亡,而继之而起的汉唐的繁荣期如文景之治、贞观之治则都与立法的宽简有直接的关联,这一点对今天的民主与法制建设是否也有一些启示呢?再如封建司法中的慎刑原则,过去有些学者、有些教材将封建司法制度描绘得越来越黑暗,事实并非如此,举例来说:北魏以来的刑讯制度化,只看到其使刑讯手段合法化的一面是片面的,其主要目的是限制刑讯手段之滥用,规定了刑

讯的前提、刑讯的程序、刑具的规格、刑讯的次数与总量、刑讯的对象、执刑的人员等一系列限制,客观地说,这是中国古代司法制度进步化的体现。古代中央司法机构在先秦时仅设审判一条系统,至秦汉魏晋南北朝时设审判与监察两条系统,隋唐以后又增设复核达三条系统。再看诉讼程序中的复审、上诉、直诉制度的渐趋完善,死刑复奏制在北魏以后的确立与发展,会审制度的对象由官吏扩展至平民,会审机构由临时转向固定,刑罚由肉刑演变为自由刑,等等,确实可以体察到封建司法中慎刑原则缓慢而又不懈的发展。

本书所阐述的中国法律制度史,始自夏商,迄至 1949 年。分为上古法制史、中古法制史、近代法制史三编。上古包括国家建立以来的夏、商、周(含西周与春秋战国时期)时期,中古包括自秦统一天下至 1840 年鸦片战争止的大一统的封建中央集权制时期,近代包括自 1840 年至 1949 年新中国成立止的晚清、南京临时政府、北洋政府、南京国民政府以及时间上与之并行但性质截然不同的人民民主政权时期。

本书成书匆促,缺漏谬误在所不免,衷心希望有识见者教正。

## 第一编 上古法律制度史

中国的上古时期,经历了漫长的奴隶制社会夏、商、周三代。

关于法律的起源,中国走过的是一条与世界上其它早期民族同样的道路,但由于各民族生活习性、生存环境、生产方式等的不同,法产生的内容、形式及其涵容的文化成分又很不相同,而呈现出不同的特点。

一般地说,法律是生产力发展到一定水平的产物。在经历了一长段没有国家、没有刑罚的社会以后,随着生产力由低下状态的逐渐提高,出现了贫富分化,有了私有财产,私有观念开始萌发,犯罪也就出现了。这就是说,当财物占有的不平等取代原始平等后,就会有犯罪。诚如马克思所说的:“蔑视社会秩序的最明显最极端的表现就是犯罪。”<sup>①</sup> 这里的“社会秩序”指的是统治关系的制度化。人类从无序状态进入有序状态,原始氏族演化为国家组织,这时,法律也就由习惯逐步演变为法律。

特殊地说,中华民族的祖先生活在自然条件优越的黄河、长江流域,较早步入农业经济,但生活环境相对封闭。农业社会的结构形态因生产活动的主观需要和环境条件的客观因素使血缘纽带不仅没有割断,反而愈加牢固。因而,法的产生及上古社会的法律制度就有了以下特点:

第一,兵刑合一。古代战争都是以掠夺土地和人口为目的

① 《马克思恩格斯全集》第2卷,第416页。

② 《马克思恩格斯全集》第2卷,第416页。

的。中外历史上有许多著名战争的记载,中国的有共工蚩尤之战、黄帝蚩尤之战、黄帝炎帝之战,夏启与有扈氏也进行过长期的战争。《汉书·刑法志》说:“黄帝以兵定天下,此刑之大者。”兵就是战争,就是大刑,它的对象是本族以外的异族部落。频繁战争大大加强了身兼军事首长的氏族首领的权威,血缘纽带也日益加固,同时,刑也在战争中不断完善,所谓:“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。”<sup>①</sup>

第二,礼化为法。法律产生以前的古代社会,调节社会关系的准则和指导人们行为的规范是氏族成员共同遵守的习惯。中国奴隶社会的习惯法,主要表现为“礼”。所谓礼,最初就是“盛玉以奉神人之器谓之若丰。推之而奉神人之酒礼亦谓之礼。又推之而奉神人之事通谓之礼。”<sup>②</sup>这是说,礼原来是祭神灵和祭人鬼的器具,盛有两块玉。后来供祭的酒也叫礼。再后凡是进行祭礼的一切活动统统叫礼。有这类活动就有一定的仪式,因而礼的最早涵义是为祭祀举行的仪式。人们祭祀本族的祖先,祭祀的主祭权掌握在氏族首领手中。随着贫富贵贱的分野日益突出,氏族首领利用权利攫取财富,又利用财富扩大权力,他们既控制了萌芽状态中的政治权利,又垄断了祭祀的主祭权,政权和族权合二为一。由此,原始状态的礼也逐渐由氏族的习惯演化而具有法的性质和作用。

第三,家国相通。由于商品经济的不发达,中国奴隶社会未能像古代西方的雅典、罗马那样打破氏族血缘关系的纽带,以地域划分公民。在进入阶级社会后,人们的血缘关系不但没有松动、解体,反而逐渐被打上阶级烙印,越来越牢固,成为维系社会的经济、

① 《汉书·刑法志》。

② 王国维:《观堂集林·卷六·释礼》。

政治、文化的结实纽带。国家组织的发展,不过是统治者贵族的血缘关系亲疏尊卑的日益制度化、法律化的反映,维系血缘家庭的伦理道德规范同维护阶级统治的国家法律完全相通,家国一体,孝移作忠,父权族权延伸为君权,“齐家——治国——平天下”一贯到底。

上古时期的法律制度产生中的这些特点,与古罗马由经济发展推动法的产生,古希腊浓厚的民主政治色彩及古埃及鲜明的神权法色彩有着明显的差异。在法的发展过程中,也因人们认识上的不同进程,留下了关于法的不同记载。

中国古代对于什么是法并没有下过精确的定义,人们认识法的功能,却并不想也不曾从理念上去推定法的内涵。古代表达法的用语,依据其实际内容和功用,在不同历史时期是不同的。春秋以前多称刑,如《禹刑》、《汤刑》、《九刑》、《吕刑》、《刑书》、《刑鼎》。刑兼有“法”和“罚”两层含义。《尔雅·释诂》:“刑,常也,法也。”《易》:“井(刑),法也。”《尚书·大禹》:“刑期于无刑”。《说文》:“刑,国之刑罚也。”《玉篇》:“刑,罚之总名也。”这时的刑,以惩罚手段为内容,作为常法,起威吓作用。法这个概念,在三代以后被广泛运用。如晋有《被庐之法》,楚有《茅门之法》,魏李悝作《法经》。法字古写为“金”,又作“灋”。《尔雅·释诂》释:“法,常也。”《说文》对之作了解释:“灋,刑也。平之如水,从水;廌,所以触不直者去之,从去。”廌是一种兽名,又名獬豸,《说文》谓:“廌,兽也,似山牛一角,古者决讼,令触不直。”汉代王充认为:“廌,一角之羊也,性知有罚。皋陶治狱,其罪疑者,令羊触之,有罪则触,无罪则不触。”<sup>①</sup>从记载来看,法是古代神明裁判留下的痕迹,其中包含了正直、公平这样一种判断价值。至于律,战国时商鞅受《法经》

<sup>①</sup> 《论衡·是应》。



以相秦，改法为律。按《说文》：“律，均布也，从律声。”均布是古乐器中调节音律的工具，所谓：“范天下之不一，而归于一。”《管子·七臣七主》：“律者，所以定分止争也。”《尔雅·释名》：“律，累也，累人心使不得放肆也。”表明律要求人们的行为整齐划一，服从于既定的规范。

由上观之，刑、法、律三者各具特定的含义，并有着相通而演化的过程。此外，在奴隶制时代，誓、诰、命也是法律的代名词，“誓用之于军旅”，“诰用之于会同”，命则随时而发，指导国家活动。

与古巴比伦古罗马法律与生俱来的公开性相比，中国上古法律还有一个从秘密到公开的过程。西周以前，氏族贵族成了政权首领后，为了垄断统治权，以“刑不可知”，“威不可测”的秘密法任意制裁广大奴隶和平民。西周虽然有在部分人中间公布常用刑典的记载，但贵族仍以“议事以制”控制刑辟，此即现在所说的“非法定刑主义”，使法仍然笼罩着一片神秘的烟雾。直到新上台的地主阶级从统治千余年的奴隶主贵族手里夺得政权，并要以法律为武器去制裁旧贵族，维护自己的既得利益时，法律身上的迷雾才被扫尽。当它赤裸裸地站在人们面前时，人们却并未受到明示的法条的保护，而是开始遭受它的利爪的无情宰割。