



江西省法学教材系列

中国法制史

新编

主 编 吴晓玲
副主编 曾绍东 谢红星



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位



江 西 省 法 学 教 材 系 列

中国法制史

新编

► 撰稿人（按撰稿章节顺序）：

吴晓玲 刘 璐 杨光庆 谢红星
张 杨 曾绍东



厦门大学出版社

XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

中国法制史/吴晓玲主编. —厦门: 厦门大学出版社, 2015.8

江西省法学教材系列

ISBN 978-7-5615-5587-3

I. ①中… II. ①吴… 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(2015)第 126241 号

官方合作网络销售商:



厦门大学出版社出版发行

(地址: 厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编: 361008)

总编办电话: 0592-2182177 传真: 0592-2181406

营销中心电话: 0592-2184458 传真: 0592-2181365

网址: <http://www.xmupress.com>

邮箱: xmup@xmupress.com

厦门市金凯龙印刷有限公司印刷

2015 年 8 月第 1 版 2015 年 8 月第 1 次印刷

开本: 787 × 1092 1/16 印张: 22.5 插页: 2

字数: 520 千字

定价: 45.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

► 主编简介

吴晓玲，女，江西南昌人，1967年11月生，1991年毕业于江西大学（现南昌大学）哲学系，获哲学硕士学位；2005年毕业于中国政法大学法学院法律史专业，获法学博士学位。从1996年开始从事《中国法制史》、《中国法律思想史》教学至今，现为南昌大学法学院教授，硕士生导师，中国法律史学会理事。出版专著《宋明理学视野中的法律》一部，在省级以上刊物发表论文数十篇。

总序

党的十八大根据全面建成小康社会的新形势和新要求,作出了“全面推进依法治国”的重大决策和战略部署。习近平同志在中央政治局就全面推进依法治国进行集体学习时强调,要坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进,坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设。江西省第十三次党代会根据建设富裕和谐秀美江西的发展战略,提出了加快推进依法治省进程的明确要求。党中央、江西省委为新时期法学研究和法学教育事业的发展提出了新的要求并指明了方向。

法律的进步和法治的完善,是一项综合性、系统性的社会工程。全民法律意识、法律素质的提高,是实现全面推进依法治国战略关键的、决定性的因素。在推进法律进步和法治完善进程中,法学教育无疑处于基础的地位。江西省的法学教育自20世纪70年代末恢复开展以来,取得了长足的进步。时至今日,开设法学本科教育的大专院校就有20余所,培养了大批的优秀法律专业人才。随着国家的发展、社会的进步和法治建设的深入推进,高等法学教育日益面临新的任务。这就需要全省高校各法学院(系)加强合作与交流,共同推进我省高等法学教育事业的发展,以适应全社会对法律专业人才的多样化需求。要搞好法学教育,自然离不开一套好的法学教材。为了适应新形势下我省高等法学教育和民主法治实践发展的需要,提升法学本科教学和研究水平,江西省法学会组织全省高校各法学院(系)联合编写了这套适应法学本科教育,具有江西特色,符合社会主义法治理念要求的法学系列教材。

本套教材以我省高校主要法学院(系)的师资力量为依托,由具有丰富教学经验和科研能力的资深教授领衔主编,约请全省20余所高校法学专业骨干教师联袂参编,作者权威,阵容强大。在内容和体例上,教材特别强调以学生为本,从法学本科生的知识需要出发,既注重保留传统教材的精华,又力求有所突破和创新。首先,各册教材根据巩固基础、够用好学的要求,对相应领域的法律知识进行了高度整合,形成一个逻辑严密、便于理解掌握的知识体系,帮助学生打下扎实的法律专业基础。其次,突出理论与实践的结合,在各章之前增设了“引例”,通过案例激发学生的学习动力和兴趣,切入相关知识体系,从而进一步理解抽象的法律专业知识。同时,根据当前法科学生必须通过司

法考试方能取得司法从业资格的实际需要,注意理论教育与职业教育之间的衔接,在各章之后增加了“司法考试真题链接”,帮助学生将理论知识与司法考试有机结合起来。在学术观点上,为了避免给学生学习上带来过多的困惑,通篇采用了我国法学界公认的理论观点,对存有争议的部分不作深入探讨。

本套教材既是江西省各高校法学院(系)通力协作、共同努力的结果,集中体现了我省法学教学与科研的最新成果,凝聚了广大教师的心血和智慧,也是一套面向新时期、反映我省当今高等法学教育最新状况的法学教材。相信本套教材的出版,一定能够为新时期我省高等法学教育的繁荣发展发挥应有的作用。

本套教材的编写,由厦门大学出版社策划并提供大力支持,得到了中共江西省委政法委的指导。在此,谨致深切的谢意。由于水平和经验有限,错误和不当之处在所难免,敬请读者批评指正,以助日后不断修改完善。

江西省法学教材系列编委会

2013年3月



前言

1997年“中国法制史”被确定为法学专业14门主干课程之一,各大出版社相继出版了不少教材,2000年后出版了各类21世纪法学系列教程和规划教材。这些教材大多按照历史朝代顺序来分割出中国传统法律发展的各个阶段,对每一朝代法律的内容又依据现代部门法的划分标准来分别描述。这一体例之所以被普遍采用,是因为其基本可以实现教材应有的大部分功能:按照朝代顺序逐一编纂下来,每一个时期出现的法律制度的内容和背景都有论述,结构工整内容翔实;法律制度的沿革变化清晰可见;体例容易规整划一,不致杂乱跳跃;学生备考方便,知识点完备也容易查找。但是,这类教材也有一些遗憾,比如按照现代部门法标准来梳理中国古代法律,有些内容无法一一对应,有些内容即便能对应也显得牵强;每个朝代都有各个部门法的论述,在内容上难免重复和雷同;这种体例擅长于制度铺陈,而且侧重体现的是应然制度,应然与实然之间的落差较少反映。

基于以上的认识,本教材编写力图做一些新的尝试,采用一种不同于传统的结构体例。全书采用类似专题的形式,分为五章,第一章到第四章,每一章既单独成立又与其他章有内在联系。第一章中国古代法律渊源和第二章中国古代基本法律制度,论述的是中国传统法制的主要内容,这两章尽可能完整呈现传统法制的应然状态。第三章是将中国历史上对法制发展进程有重大推动作用的法律事件加以列举和描述,有些内容是对第一章和第二章的背景阐述。这一部分涉及的时空领域宏大,因此对事件的选取不可能周全,更多反映的是编写者的认识,但力求“持之有故”。第四章中国古代法律史上的人和案,试图从一个侧面反映中国传统法律运行的实态。这部分内容力争呈现的是前述制度在具体的法律人操作下的具体运用。中国古代案例丰富,数量也众多,编写者只能依据自己的主张对案例进行撷取;有些案例所涵盖的内蕴深刻、背景复杂,编写者也只能略加评点,难以言尽。第五章是近代法制,编者在此章以变

革为主线,阐述在清末时期中国传统法制的变革,中华民国时期中国近代法制体系的确立和在新民主主义革命时期人民民主政权法制的建设轨迹。

显然这不是一本有完整知识点、有标准答案的高大全教材,挂一漏万是肯定的。编写者只是希望这本教材能“见制、见事、见人、见案”,通过制度、事件、人物和案例给读者呈现一幅关于中国法制史长卷的一些局部特写图,而不是全景长卷画。编写者期望这是一本能引起读者对中国传统法律兴趣和好奇的教材,能让读者通读下来之后对中国古代法律的大致状况有基本了解,同时也对某个具体的案件由什么机构什么人来审理、依据什么来审理、哪些因素可能影响案件的审理、最后的判决结果是怎么形成的诸如此类的关于中国传统法律基本问题有所认识。

本教材的编写者均是高校从事中国法制史教学的一线教师,对现有教材的局限有直接体会,因此创新意愿强烈。但是,破易立难,囿于各种因素的局限,本书的编写过程充满犹疑和忐忑。不管怎样,这本具有实验性质的教材体现了编写者的勇气和努力,希望学界能借此而予以宽纳。

本书各章写作分工如下:

吴晓玲(南昌大学法学院教授,博士):导论、第1章第1节。

刘璐(赣南医学院讲师,硕士):第1章第2、3节。

杨光庆(江西科技师范大学讲师,硕士):第2章。

谢红星(江西财经大学副教授,博士):第3章。

张杨(江西财经职业学院讲师,硕士):第4章。

曾绍东(江西师范大学副教授,博士):第5章。



目 录

导论/1

第一章 中国古代法律渊源/11

第一节 中国历代律典	11
第二节 令、格、式、敕	24
第三节 其他法律形式	31

第二章 中国古代基本法律制度/38

第一节 刑事法律制度	38
第二节 民事法律制度	85
第三节 行政法律制度	115
第四节 司法制度	146

第三章 中国古代法律史上的大事件/171

第一节 传统法制草创时期的法律事件	171
第二节 传统法制奠基时期的法律事件	182
第三节 传统法制发展成熟时期的法律事件	215
第四节 传统法制衰落时期的法律事件	224

第四章 中国古代的法律人和案/237

第一节 中国古代法律人	237
第二节 中国古代案例采摭	255

第五章 中国近代法制变革/268

第一节 清末法制变革	268
第二节 中华民国法制变革	290
第三节 新民主主义革命时期人民民主政权法制建设	323

导 论

一、中国法制史学科的创设和学科研究的发展

中国法制史作为一门学科,其创设可追溯到中国近代第一所正规大学——京师大学堂和第一批官办法政学堂的设立。光绪二十八年(1902年)通过的由梁启超主笔的《大学堂章程》^①把大学分设为七个学科,其中法律学归为政治科之内,法律学科的学制设置为四年,其开设的有关中国法制史的科目有两门:一门是“中国历代刑律考”,学时安排为第一学年、第二学年均为每周一小时,课程内容为“取汉代辑本、唐律疏议、明律及各史刑法志、择要自行编纂”。另一门是“中国古今历代法制考”,学时安排为第一、第二、第三学年,均为每周三小时,第四学年每周两小时,课程内容为“此时暂行摘讲近人所编《三通考辑要》,日本有《中国法制史》可仿其义例,自行编纂教授,较为简易”。从课时安排来看,在政治学门科目中,“中国古今历代法制考”被列为主课,是四年内讲授最多的一门课,甚至在“经学科大学科目”中也把其作为辅助科目,在三年期间每年必须学习,每周学时分别为一、二、三小时不等。光绪三十二年(1906年)由沈家本、伍廷芳起草的《京师法政学堂章程》也规定了在正科政治和法律两门中分别开设法制史课程,其中三年制的法律科分别在第一学年的第一、第二学期开设“大清律例及唐明律”和“现行法制及历代法制沿革”,周学时数分别是四小时和三小时。可以说,清末法政学堂的创设是中国近代法律教育正式开始的标志,其中所开设的中国法制史课程,也伴随着近代中国法律教育的开展而逐渐发展成为一门独立的学科。^②而清末法政教育与清末新政一样,都是按照日本的模式在进行,是日本法律教育在中国的翻版,其中《中国古今历代法制考》是仿照日本的《中国法制史》的义例而编纂,主要内容局限于历代律典和刑法史方面。

民国以后的大学法律教育,沿着清末法政学堂所开辟的发展之路,不断完善。到1939年,南京国民政府教育部正式公布了调整后的大学法律教育科目,其中“中国法制史”被列为第三学年的必修课。此后,这一制度基本成为定制。

新中国成立后到20世纪60年代中期,中国法制史学科的起步和发展是依循苏联法律教学的模式。1953年中国人民大学出版社翻印出版了苏联司法部全联盟法学研究所编的《国家与法权通史》(第一至第三分册)。该书被苏联高等教育部审定为法律专科学校与大学法律系教科书,由法律书籍国家出版局先后于1949—1951年出版发行。此书的理论前提在前言中表述得十分清晰,就是国家与法权通史这门学科的理论核心是反对资产阶级学者把法权理解为超阶级性质的智力活动和道德评价的产物,而主张“国家是一个具

① 《大清法规大全》卷三,《大学堂章程》。

② 王健:《中国近代的法律教育》,中国政法大学1999年博士论文。



体的历史现象,是在人类发展的一定阶段上,与劳动分工、私有财产的出现、阶级的产生,阶级矛盾的不可调和的结果而产生的”。在这一理论前提下,苏联学者确立了“国家与法权通史”这门学科的研究对象是:如何并在何种条件下,在历史上存在过的人类社会中发生了阶级的划分,并产生了一定类型的生产关系及与其相适应的国家与法权上层建筑;称为国家的这个机器,如何在阶级社会存在的悠长岁月中实行有产者少数对劳动者多数的压迫;如何并用何种方法、何种手段在每一个时代及每一个国家中——不论其相互间的一切区别——保证并达到这个目的。这种以阶级标准来确立和划分国家与法权通史这门学科的研究内容和研究方法的思想,直接影响了新中国学者对这个学科的构建。新中国第一部《中国国家与法权历史讲义》(第一至第三分册)就是依据苏联的理论体系和结构编排的。全书分为四编共三册,第一编为奴隶制时期,第二编为封建时期,第三编为半殖民地半封建时期,第四编为人民民主政权时期(1949年前)。这一时期编印的一批国家与法权历史的教材,基本都是按照这种结构编成的。这批教材虽然采用阶级分析的方法,但对中国历代法律制度的基本内容进行了呈现和归纳,为20世纪80年代后中国法制史教材的编订奠定了基础。

“文革”十年法学教育基本停滞,刚刚起步的中国法制史学也陷入了迷茫。1979年,经过两代学者近30年的努力,中国法律史学会在吉林省长春市举行了正式成立大会。这是“文革”后中国法学家成立的第一个全国一级学会。在这次会议上,最主要的成果就是在总结前人研究成果的基础上,正式取消新中国成立以来一直沿用的苏联“国家与法权通史”的学科称谓,正式将学科名称确定为“中国法制史”;同时,还就中国法制史的研究范围和研究对象进行了探讨,将中国法律制度的产生、发展、变化和消亡作为研究主体,以中国历史上不同类型的法律制度的实质、特点、主要内容及自身发展规律作为研究对象。这种界定使得中国法制史学科与中国政治制度作了分割,也使得学科的研究范围更加集中、研究对象更加专门化。

如果说,中国法制史作为一门学科伴随着中国近代法律教育的开始而创设,那么这个学科的学术研究则在其创设后的半个世纪内已然形成了蓬勃发展的态势。据统计,在20世纪上半叶,50年间国内学者共发表有关专著38种,论文140余篇。其中一些如沈家本的《历代刑法考》、程树德的《九朝律考》、陈顾远的《中国法制史》、杨鸿烈的《中国法律思想史》和瞿同祖的《中国法律与中国社会》,都是这个时期出现的经典之作。^①这些经典之作哪怕是今天从事中国法制史研究的学者都无法绕开,都乐于引用。第二个迅速发展时期就是20世纪80年代到21世纪初,据初步统计,20多年来,国内中国法制史学者发表的有关研究论文近3000篇,出版有关的学术专著、教材和研究论文集总计达到200多部。^②不仅编写出版了适用于各个层次法学教育的中国法制史教材近百部,而且出现了大量基于不同研究视角进行研究的学术专著,这些专著为我们展现了中国传统法律制度的不同侧面和深刻内蕴,为这一学科在此后的进一步发展构筑了一个高台。这些不同的研究视角包括:法制通史研究、断代法制史研究、部门法制史研究、专题法制史研究和法制史料的

① 韩秀桃等编著:《中国法制史》,法律出版社2000年版,第16页。

② 曾宪义:《法律史学科的研究现状与发展趋势的调查报告》,载《法学家》1995年第6期。

整理与研究。其中,法制通史研究有代表性的著作如张晋藩的《中华法制文明的演进》。特别值得提及的是耗时十余年由国内主要法制史学者共同撰写并汇集了当时最新研究成果的《中国法制通史》(十卷本)是通史研究的集大成者,具有里程碑的意义。断代法制史研究被奉为经典的成果如杨廷福的《唐律初探》;部门法制史研究我们能看到的成果包括刑法史研究、民法史研究和诉讼法史研究等;专题法制史研究成果更是不可胜数;法制史料的整理与点校是中国法制史研究工作的基础,比如对历代刑法志的点校和整理,《中华传世法典》的出版,为揭示中国传统法律及其发展轨迹提供了直接史料依据。另外,对域外特别是日本学者的中国法制史研究成果的译介,如对仁井田升《唐令拾遗》的翻译出版,为研究唐代律令提供了具有极高价值的学术参照和资料来源。

21 世纪以来,中国法制史学术研究在时间、地域和研究内容三个维度得到拓展。从时间跨度来看,古代法制史是法制史研究的传统重点,20 世纪末学者们开始把视角聚焦在近代法制史上,21 世纪以来,学界开始涉猎新中国成立后的法制问题,也就是把中国法制史研究的时间跨度延伸到了现代。从大历史的角度,今天之前发生的事情就是历史了,因此从今天往前追溯,把相关的法律制度问题都纳入法制史的研究范围,也并没有大的不妥。这种拓展,意义表现在可以使法制史的研究增加现实性,提升直接的现实意义和价值。从地域来看,中国法制史的研究对象也有一些变化,由之前主要研究汉民族区域的法律制度,到研究少数民族的法律制度;由中国大陆的法律制度扩展到将港、澳、台地区的法律制度纳入研究视野;由研究中国主权行使区域的法律制度拓展到研究中国主权不能行使区域但仍属于中国地域范围的法律制度,比如不少学者开展的对近代租界内法律制度卓有成效的研究。从研究内容来看,近年来让人耳目一新的成果更多地集中在微观研究或者从社会学、人类学、文化学的角度对法律的阐释。总的来说,21 世纪的中国法制史研究开辟了更广阔的领域,有了更多样的视角,也涌现了更多元的成果。

二、对中国法制史学科价值的认识

如前所述,中国法制史从创设之初就是法科专业的一门必修课程,今天“中国法制史”更是一门高等学校法学专业的主干课程。作为一门研究中国传统法制发生、发展、演变的历史课程,这个学科为何一直得到重视?应该怎样理解它的价值呢?

法科学生以当代法律为主要学习目标,那么法律是什么呢?关于当代法律应当掌握哪些思考资料呢?德国著名法学家 K. 茨威格特和 H. 克茨在其专著《比较法总论》中说,法律是一个任何人无法依靠直觉了解的整体,这个整体包含着诸多复杂的因子。“关于法律问题的思考资料必须是:过去的和现在的全世界的法律;以及同法律相关的地理、气候、人种;各民族的历史命运——战争、革命、建国、奴役;宗教和伦理观念;各个人的抱负和创造力、商品生产与消费的要求;各阶层、党派和阶级的利益;各种思潮,不仅封建主义、自由主义、社会主义产生各自不同的法律,各种思潮、已选定的法律道理的合乎逻辑的考虑,特别是对于一种国家和法律的理想的追求,都是起作用的。所有这一切在社会、经济和法律的形成上都是互为前提的。所有发达民族的法律在阳光下迎风闪烁,千姿百态。”^①法律

^① [德]K. 茨威格特和 H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社 2004 年版,第 49 页。



是各种因素相互作用的产物,当然也是历史的产物。因此,追根溯源地去获取其历史的面貌、去找寻过去的样态,是理解当代法律、更好地掌握当代法律的必要条件之一。中国当代法律体系虽然来源于西方,但伴随着执政党半个多世纪的努力,已经表现出不同于西方法系的独特性,这些独特性更多的是中国特有的国情带来的,而中国法制史所呈现的正是中国在法制方面的国情知识。了解当代法制的国情,包括了解当代法制产生的土壤和运行的环境,还有相关法律现象背后深刻的历史背景。可以说,当我们拥有了一定的传统法制史知识,对中国当代法律的理解将不仅是制度本身,而且是制度产生的根源和运行的环境;对中国当代法律的关注不仅是现状的还将是历史的,更是未来发展的。我们所拥有的法律知识将不再是表层的而是纵贯的,不再是一维的而是增加了历史向度的。

中国法制史作为历史学和法学的交叉学科,它当然地具有历史学所特有的学科价值:以古鉴今。中国传统法制绵延不断 4000 余年,是一个巨大的智识宝库,蕴藏着数千年法制建设的经验,这些经验来源于这块土壤,对于同一块土壤中成长出的当代法制应该有着天然的可吸收性。当代法律制度是对西方法律制度的嫁接和移植,但本土化的过程中产生了各种各样的困境,而且随着社会的不断发展,各种新问题不能完全照搬西方的方法来解决,与其亦步亦趋跟随西方人,或许从传统法制建设中吸取经验,寻找启示更为可行。中国传统法制在过去的几千年中,曾经相当成功地实现了个人、社会 and 环境的和谐共存,将这些经验加以提炼和总结并使其能对当代有所启发和激活思路,正是中国法制史这个学科的任务和方向,也是其学科价值所在。台湾地区法律史学者张伟仁在 20 世纪 70 年代,曾有一段很形象的描述,或许对我们理解中国法制史学科的价值和中国法制史学者的应为仍然有帮助:“过去中国人一直跟着西方人走,就像是逃难的人,慌慌张张地随着汹涌的人潮盲目奔跑。现在到了一片荆棘之地,眼看着前面水深火热,那带头乱窜的西方人也愣住了说可能还要折回原来的路上去。这时,‘难民’中应该有人从惊慌失措的人群中走出来,丢下肩头的包袱,攀上一处高岗,回头看一看他们所来自的地方和前此所走过的路径,然后再向四周探望一下目前的处境和将来可能的去向。这便是目前的中国学者,尤其是法制史学者所应该做的事情:暂且从目前社会的枝节问题中跳出来,抛开个人的小名小利,定下心来,理一理中国的过去,看一看中国的将来,将中国目前的法制,放在历史的潮流里和世界的背景里来研究,一方面探索它以往的成因,一方面分析它今后的处境,拟订出一套整体的发展方略,以指导解决目前中国法制中的各种枝节问题,并帮助推进西方法制改革,逐步促成一个世界性的新法制。”^①

三、中国法制史学科的史料概略

中国法制史史料的发掘与整理是学科发展的前提和保障,新中国成立以后,史学家、考古学界在考证、考古及史料整理和点校上所取得的重要成就,大大推动了中国法制史学的研究工作,不少法制学者也在这方面做出了巨大的努力,使得我们今天得以拥有一些珍

^① 张伟仁主编:《中国法制史书目》,台湾“中央研究院”历史语言研究所专刊 1976 年版,序。

稀法律史籍并便利使用。这些史料大略有以下几类,限于篇幅,在此仅作不完全归纳^①:

(1)法律典籍类。典型的如《中华传世法典》(六卷),法律出版社2000年版。内容包括刘俊文点校的《唐律疏议》,薛梅卿点校的《宋刑统》,史金波点校的《天盛改旧新定律令》,郭成伟点校的《大元通制条格》,怀效锋点校的《大明律》,田涛、郑秦点校的《大清律例》。

还有如刘海年、杨一凡主编的《中国珍稀法律典籍集成》(甲、乙、丙三编),科学出版社1997年版。该书旨在收录散失、罕见的古代法律孤本、珍本以及文物中的法律史料,力图将中国古代一些罕见法律文献以集中编辑的方式再现。主要内容包括甲编(商至西夏卷):甲骨文中所见商代刑法、金文中所见法律、云梦秦简中所见秦代法律和法律文书、汉代屯戍遗简中的法律、吐鲁番法律文书、西夏法典等。乙编(明代卷):大明律、御制大诰四种、洪武二十二年律、洪武永乐榜文、军政条例、宪纲、皇明成化条例两种、弘治问刑条例、吏部条例、皇明条法事类纂、宗藩条例、嘉靖问刑条例、嘉靖新例、皇明诏令、嘉隆新例等。丙编(清代卷):盛京满文档案中的律令五种、殿本大清律例、撰修条例、刑部现行则例、蒙古律例、藩例、回例、西藏章程等。

(2)二十四史中的《刑法志》专章。从汉代开始,在历代正史中都单列《刑法志》专章,专门记载一代法制发展轨迹,论述法制经验,有些《刑法志》还很清晰地对前代法制发展线索作了归纳和总结,如《汉书·刑法志》就用儒家的观点归纳了汉之前的法律发展历史,唐代成书的《晋书·刑法志》、《隋书·刑法志》也分别记载了汉至晋、晋至唐的法制沿革历史。因此,历代刑法志也是中国法制史研究的重要资料来源。有的学者对各大刑法志单独进行了注释。主要有《汉书刑法志注释》^②、《旧唐书刑法志注释》^③、《宋史刑法志注释》^④、《晋书刑法志注释》^⑤和《中国历代刑法志注释》^⑥。群众出版社1988年出版了《历代刑法志》,该书在1962年翻印商务印书馆《历代刑法志》(1938年版)的基础上,根据中华书局出版的《二十四史点校本》编排出版。内容包括汉书刑法志(附节录的《汉书王莽传》)、晋书刑法志(附后汉书刑法资料、三国志魏书刑法资料)、魏书刑法志、隋书刑法志(包括南朝的宋、齐、梁、陈,南北朝的后魏、北齐、后周)、旧唐书刑法志、唐书刑法志、旧五代史刑法志、宋史刑法志、辽史刑法志、金史刑法志、元史刑法志(附《新元史刑法志》)、明史刑法志、清史稿刑法志。

(3)考古发掘资料。1975年12月湖北省云梦县睡虎地11号秦墓中出土了1155支(另残片80片)秦代竹简,这些竹简绝大部分是法律文书。之前人们对秦律的了解主要是

① 俞荣根:《大陆中国古代法律史研究概述》,载《现代法学》1995年第4期。文章全面总结了新中国成立以来影响中国法制史学发展的主要史料以及整理情况。

② 赵增祥、徐世虹注:《汉书刑法志注释》,法律出版社1983年版。另有幸子牛注:《汉书刑法志注释》,群众出版社1984年版。

③ 马建石、杨育棠注释:《旧唐书刑法志注释》,群众出版社1985年版。

④ 上海社会科学院政治法律研究所编:《宋史刑法志注释》,群众出版社1979年版。1982年该社又出版了《宋史刑法志注释续集》。

⑤ 张警注释:《晋书刑法志注释》,成都科技大学出版社1994年版。

⑥ 高潮、马建石主编:《中国历代刑法志注释》,吉林人民出版社1994年版。

通过汉代文献《史记》中的描述,这些竹简刷新了人们对秦律的认识,也推动了对秦代法制的研究。1978年由文物出版社出版发行的《睡虎地秦墓竹简》,内容包括《编年纪》、《语书》、《秦律十八种》、《效律》、《秦律杂抄》、《法律答问》、《封诊式》、《为吏之道》、《日书》甲种、《日书》乙种等十种秦简。

《侯马盟书》由山西省文物工作委员会根据1965年在山西省侯马市出土的“侯马盟书”整理,文物出版社1975年出版发行的。主要内容是誓辞,盟主是春秋时期的赵鞅,共分为五类:宗盟类、委质类、纳室类、诅咒类、卜筮类,反映了夏、商、周时期“盟辞”这一法律形式的价值。

《居延汉简甲乙编》由中国社会科学院考古学研究所编,中华书局1981年出版。另有谢桂华等编,文物出版社1987年出版的《居延汉简释文合校》。居延汉简内容十分广泛,不仅记述了居延地区屯戍活动的兴衰,而且保存了西汉中期到东汉初年的重要文献资料。其中简册《建宁三年侯粟君所责寇恩事》共36枚,是一份完整的诉讼档案,不仅记载了汉代治狱刑讯制度的具体内容与诉讼词的格式及诉讼程序,而且对于研究汉代治狱拷讯制度以及边郡地区民政与军事两大系统的职权关系,都有重要价值。

《银雀山汉墓竹简》是由银雀山汉墓竹简整理小组整理,文物出版社1985年出版的。1974年山东省临沂市银雀山出土一批汉简,约五千支,其中《守法守令十三篇》是战国时期齐国的法律资料,十分珍贵。

《敦煌吐鲁番唐代法制文书考释》由中华书局1989年出版,作者刘俊文。该书把敦煌、吐鲁番法学的唐代法典律、疏、令、格、式及其他官私法档案共38件汇集成册,加以考证、校补和笺释。

《张家山汉简》是1983年末到1984年初在湖北江陵张家山发掘的247号墓出土了一批汉简,其中包括一些重要的法律文献,有奏谳书和二年律令,奏谳书是汉代议罪案例的汇编,二年律令包括27种律和1种令,内容涉及西汉初年政治、经济、军事、地理、社会生活等多方面,由于首简背面有“二年律令”四字,因此命名。2001年张家山汉简整理小组公布《二年律令》,此问题立刻成为学界关注和讨论的焦点。^①

(4)官方和民间法律文书汇集。《中国历代契约会编考释》由张传玺主编,北京大学出版社1995年出版。该书上起西周,下至民国,历时3000多年,共收契约1402件,集中了国内外此类资料的精华。其中有相当数量的珍品,此前从未发表。该书按照朝代分为八部分,每部分按契约的性质分类,每类再按契约的时序编排。契约就内容分类有买卖、典当、借贷、租佃、雇佣、取予、赠送、鬻书、合伙、结社、招赘、放良、放妻、领养等,就形式而言有红契、白契、官版契纸、官印契草,此外还有文牒、问帐、公据、契尾、税票、推单等。所收契约以汉民族为主,兼收各个少数民族的契约。

《清代乾嘉道巴县档案选编》(上)由四川大学历史系、四川省档案馆主编,四川大学出版社1989年出版。“巴县档案”是“清代巴县县署全宗”的简称,共十三万多卷,上起乾隆二十二年(1757年),下至宣统三年(1911年),内容多为巴县衙门受理的民刑事诉状、签

^① 中国社会科学院简帛研究中心编:《张家山汉简二年律令研究文集》,广西师范大学出版社2010年第2版。

票、传票,堂讯笔录中的口供、判词、结状等,还有省督衙门、布政司、按察司、道、府颁发的札令、告示、咨文,以及与其他州县往来移送的公文。其中,司法档案的数量最多,达9万多件。

21世纪出版了几部大部头的法律文献丛书,包括判牍文献和地方法律文献。如杨一凡、徐立志主编,中国社会科学出版社2005年出版的《历代判例判牍》(12册)收入先秦至明清代表性的判例判牍文献43种;杨一凡、刘笃才主编,世界图书出版公司2006年出版的《中国古代地方法律文献甲编》(10册影印本),收入秦、汉、唐、宋、元、明地方法律65种,是研究中国古代地方法制特别是民间事务管理法律制度的重要史料;杨一凡、王旭主编,社会科学文献出版社2006年出版的《古代榜文告示汇存》(10册),该书收入宋、元、明、清60余名各级地方长官和朝廷派出巡按各地的官员发布的榜文、告示1700余件,对当代中国地方法制建设有一定借鉴价值。

律学是中国古代法律文化中一个很重要的组成部分,明清时期一些律学著作对研究传统法律不可或缺。怀效锋主编,法律出版社出版的《中国律学丛刊》汇集了明清人的律学著作,已经点校出版的有《唐明律合编》(清薛允升著,怀效锋、李鸣点校)、《大清律辑注》(清沈之奇著,怀效锋、李鸣点校)、《读律佩觿》(清王明德著,何勤华点校)、《读律琐言》(明雷梦麟著,怀效锋、李鸣点校)。

日本学者仁井田升根据对唐代令的整理而成书的《唐令拾遗》,由粟劲等译,长春出版社1989年出版。该书从近百种中日古籍中搜集、整理出唐令718条,并以日本《养老令》为参照,同时在每条令文后附以自魏晋至明朝同类内容的令文,相较汇编而成。所整理的唐令涵盖唐代社会的各个方面,是一部研究中国古代令这种行政法规的极具价值的资料汇编。

四、关于中国法律起源问题的观点

中国传统法律的起源问题,是中国法制史学的基本问题。学界将这个问题分解为几个小问题展开了探讨,诸如:中国法律具体产生于何时?中国法律是经过什么途径和方式产生的?中国法律起源的特点是什么?中西法律产生的具体途径有差异吗?差异在哪儿?

关于中国法律起源的时代,20世纪二三十年代的学者程树德、杨鸿烈、陈顾远等就展开了探讨。当时的中国考古学尚处于初期阶段,证实夏代存在的历史实物资料尚未出土,除了石器时代的一些遗址发掘外,最大的成就是殷墟的发掘和研究,所以这个时期的学者依据殷墟甲骨文资料断定,中国有文字可考的信史自商代开始。

随着考古学的发展和新的地下实物资料的发掘,中国法律的起源和法律制度确切存在的年代在往前推移。刑法史学家蔡枢衡就认为,自从原始共产主义所有制在神农氏末期开始崩溃以来,中国刑罚史经历了四个刑罚体系的发展,分别是五帝时代以死刑为中心的刑罚体系、三王时代以肉刑为中心的刑罚体系、隋唐至清以徒刑体罚为中心的刑罚体系和清末以后以自由刑为中心的刑罚体系。刑罚体系在五帝时代就已经有了,也就意味着法律从黄帝时期就已经存在了。

新中国成立后法史学界一般认为,中国法律产生于夏代,也即伴随着中国历史上第一

个国家的出现而产生。《中国大百科全书·法学家》就持这种观点。《中国法制通史》辟专章探讨了法律起源问题,并对“夏代说”提出质疑,作者引用恩格斯观点,认为法律的产生是国家产生的原因而不是结果。“在社会发展某个很早的阶段,产生了这样的一种需要:把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共同规则概括起来,设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯,后来便成了法律。随着法律的产生,就必然产生出以维护法律为职责的机关——公共权力,即国家。”^①显然,按照恩格斯的说法,在国家与法律的起源上是先有法律后有国家,法律产生于国家之前。法律产生于河南龙山文化时期和尧舜时代,其年代大约在公元前 2400 年,比学界通说的向前推了 400 年左右。

关于中国法起源的具体途径和模式问题,一种观点认为“刑起于兵”。“刑起于兵”,即法律起源于古代的氏族战争。《国语》《尚书》《汉书》等文献都有文字记载兵刑同一与“刑起于兵”,如《国语·晋语六》记范文子语曰:“君人者刑其民,成而后振武于外,是以内和而外威。……夫战,刑也,刑之过也。……细无怨而大不过,而后可以武,刑外之不服者。”同时,上古三代和秦汉的司法官名称也带有兵刑同一和“刑起于兵”的痕迹,如先秦司法官称为“士”、“士师”、“司寇”、“廷尉”,都是源于军职。还有一种观点,中国法起源于氏族习俗,特别是婚姻家庭和其他一些民事法律规范与氏族习俗的渊源关系密切。比如“同姓不婚”原则,最初就是一种氏族习俗。上古时代,姓是氏族的标志,同姓即属同一个氏族或同一血亲集团,同姓结婚,不利于后代繁衍,所谓“男女同姓,其生不蕃”,因而早在母系氏族时代就已经盛行族外婚。这种习俗延续到周代,就是礼制中的“同姓不婚”,礼法合一转化为法律。《礼记·曲礼上》:“礼尚往来,往而不来非礼也,来而不往亦非礼也。”这是原始礼俗的一个突出特征。不同的氏族经常往来,互通有无,交换物品,并伴有一定仪式。这个已经涉及民事法律关系的起源:主体之间的平等交换关系。

关于中西法律起源的差异,有学者认为,中西法律形成的直接途径和具体方式互不相同,中国古代法最初主要形成于部族之间的征战,而西方古代法(古希腊法、古罗马法)则是氏族内部及平民与贵族之间矛盾和斗争的直接产物。^②还有学者认为,中国法律起源于氏族之间的战争,西方法律起源于氏族内部各种力量的妥协,前者是不妥协的结果,后者是妥协的结果。^③还有学者提出,中西国家与法产生途径的差异,不仅决定了国家的组织方式,而且也规定了法的社会功能。“古代希腊、罗马国家与法肇始于平民与贵族的冲突,在某种意义上,它们是社会妥协的结果,而不是任何一方以暴力无条件地强加于对方的命令。所以,尽管这种法不能不因社会集团力量的消长而偏于这一方或那一方,也不能不因为它是国家的强制力而具有镇压的职能,但它毕竟是用以确定和保护社会各阶级权利的重要手段,并因此获得一体遵行的效力。正因为有这样的历史前提,希腊城邦国家的政治正义论和罗马私法才可能繁盛发达起来,西方文明也才可能发展成今天这个样

① 《马克思恩格斯选集》第 2 卷,人民出版社 1995 年版,第 238~239 页。

② 张中秋:《中西法律文化比较研究》,中国政法大学出版社 2006 年第 3 版,第 4~37 页。

③ 蒲坚主编:《中国法制通史》第 1 卷,法律出版社 1999 年版,第 64~68 页。