

 人民法学文存
Renmin faxue wencun

丁凌华 著



艰难与希望： 中国法律制度史讲课实录

Hardship and Hope:

Lecture Record of History of Chinese Legal System



人民出版社

丁凌华 著



艰难与希望：

中国法律制度史讲课实录

Hardship and Hope:
Lecture Record of History of Chinese Legal System

 人民教育出版社

责任编辑:李春林

封面设计:肖 辉

版式设计:程凤琴

责任校对:王 惠

图书在版编目(CIP)数据

艰难与希望:中国法律制度史讲课实录/丁凌华 著.

-北京:人民出版社,2008.12

ISBN 978-7-01-007205-0

I. 艰… II. 丁… III. 法制史-中国 IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 114118 号

艰难与希望:中国法律制度史讲课实录

JIANNAN YU XIWANG;ZHONGGUO FALÜ ZHIDUSHI JIANGKE SHILU

丁凌华 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京新魏印刷厂印刷 新华书店经销

2008 年 12 月第 1 版 2008 年 12 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:16.125

字数:374 千字 印数:0,001-4,000 册

ISBN 978-7-01-007205-0 定价:35.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

几点说明

一、本书为作者在华东政法大学为本科学生开设的《中国法制史》课程讲课实录。共 17 讲,一次一讲,每次 3 节课,每节课或者说每个课时为 45 分钟,故每讲为 135 分钟,即 2 小时 1 刻钟。按学校的安排,每学期讲课时间为 18 周,中间遇“五一”或“十一”长假放假一次,实际每学期讲课时间为 17 周。每讲内容约在 2 万字左右,第 10 讲以后每讲内容略有增加,原因一是怕来不及讲,故语速有所加快,二是因为近代部分不必涉及古汉语,学生理解上没有困难。第 17 讲实际上是半次课的内容,因为接下去半次课要给学生谈谈考试的注意事项以及答疑。所以本课程安排课时为 54 课时,实际讲课课时为 50 课时。

二、本书为讲课实录,先是由研究生根据讲课录音记录成稿,再由作者本人根据实录文稿进行整理,整理工作陆陆续续近一年的时间,主要做了以下几方面的工作:第一,删除重复文字。讲课是口头表达,学生的接收信息器官为耳朵,左耳进右耳出,必须不断重复才能加深印象。但看书的信息接收器官为眼睛,人的头脑对文字的印象远比对语言的印象要深得多,过多重复的文字极易使阅读者疲劳。因此形成书稿必须要删除某些过于重复的部分。但除了删除重复的内容以外,本书仍尽量保留了讲课时的口语化,使读者能有一种与学生共鸣的现场感。第二,核对资料。这是整

理工作中最主要的部分，耗费时间较多。本书涉及资料极为广泛，人的记忆力毕竟有限，作者作为教师在讲授过程中不免有记忆出错和遗漏之处，因此本书中有部分内容是事后补正的。即使如此，也不能保证现在书中的内容是绝对无误的，因此恳切希望同行和读者不吝指正。

三、本书目录以每一讲的内容作为标题，教材中的章、节标题则在文内以黑体字标出，以便于作者查寻。个别稀见字则在字后括号内标注拼音，以方便阅读。文中括号内为学生听课时的现场反映或事后的拼音标注。

四、本讲课实录使用的教材为丁凌华主编的《中国法律制度史》（法律出版社1999年版），但现今各大学的教材以及所讲述的重点大同小异，因此读者对照何种教材，或者有无教材，都不影响对于本书的阅读。

五、由于本书受讲课实录体例的限制，除了讲课中直接说明的以外，无法一一标示资料 and 他人观点的出处。而且有些观点因为年代久远或平时随手浏览所得，讲课时偶然触发，即使不受体例的限制，也难以准确标示，这一点还要请有关学者以及本书的读者谅解，如能明示解惑则不胜感激。

作 者

目 录

第一讲 绪论、夏商法律制度 (1)

导读 中国法制史课程在法学教育中的地位——绪论
 (2)——何为中国法制史? 大法制与小法制——为什么要学习中国法制史? 反封建是社会主义法制建设最重要的一个任务——中华法系是世界五大法系之一——封建法律意识的影响: 诏命与政策, 重刑轻民与刀把子观念, 特权法与家族主义法, 重实体轻程序与行政干预司法, 道德法律化与第三者问题——关于教材目录的说明——**第一章: 夏商法律制度(13)**——夏商国家的疑问——古代法律起源的时间——禹刑、汤刑——阴阳学说与奴隶制五刑, “五”的神秘性, 五刑与甲骨文, 法内刑与法外刑——天罚与《甘誓》, 神判与时代的正义标准, 甲骨占卜与吉凶判决, 鳧触不直与神兽判决

第二讲 西周法律制度(上) (32)

导读 **第二章: 西周法律制度(32)**——镐京与洛邑, 断代工程与牧野之战的时间, 周公与西周法制——《九刑》不是成文法, 流刑与恕道, 赎刑与计算标准, 鞭作官

刑与扑作教刑——《吕刑》与《穆天子传》——礼是宗法等级名分,宗法等级的含义,名分与“百人逐兔”——原始的礼与夏朝“绝地天通”,祭祀与庙数等级——礼的形式与五礼,凶礼与丧葬等级,嘉礼与冠笄之礼——亲亲原则与九族、三党,尊尊原则与待遇等级

第三讲 西周法律制度(下)、春秋战国法律制度(上) …… (61)

导读 “帝祖合一”到“帝祖分离”,以德配天与明德慎罚,天命与革命——眚与非眚,惟终与非终,“三典”原则——礼与刑的一致性,礼与刑在地位、作用、适用对象上的不同——大司寇与小司寇,钩金与“千钧一发”,五听与审讯观察——**第三章:春秋战国时期的法律制度(73)**——春秋五霸与战国七雄——西周井田制与劳役地租,春秋私田制与实物地租,承包制与人身依附关系的减轻,经济实力与政治要求,新兴地主与成文法成因——郑国与子产铸刑鼎,叔向的反对与子产的不争论态度,刑鼎是春秋时期最好的成文法形式——晋国范宣子与第二部成文法——邓析竹刑与法律培训班——李悝的变法措施与《法经》的颁布

第四讲 春秋战国法律制度(下)、秦朝法律制度 …………… (86)

导读 《法经》最早是唐代人记载的,明人董说《七国考》中《法经》内容的真伪,今人伪造的全本《法经》——《法经》六篇篇目,“盗”与“贼”的区别,“具法”的地位——《法经》的特点——姬鞅、公孙鞅、卫鞅、商鞅:先秦姓与氏的区别——帝道、王道与霸

道——改法为律与什伍连坐,弃灰于道与巫术——**第四章:秦朝的法律制度(100)**——云梦考古与睡虎地秦简——秦简中的法律形式——身高与刑事责任年龄,诬告反坐与计赃论罪——种类繁多的秦朝刑罚:死刑与弃市、腰斩、具五刑、枭首,作刑与城旦舂、鬼薪白粲、隶臣妾、司寇、候,赏刑——秦朝中央司法机关两条系统的形成——公室告与非公室告——秦朝司法官吏的审判责任

第五讲 汉代法律制度(上)…………… (114)

导读 第五章:汉代的法律制度(114)——汉初布衣将相局面与无为而治——《史记》中的三个老子与李耳——老子的法律思想,清静无为与愚民政策,诗仙与诗圣——汉初轻徭薄赋与约法省刑——汉武帝与德主刑辅——约法三章——《九章律》与户、兴、厩三律——《傍章》与叔孙通——《越官律》与张汤,酷吏与清官——《朝律》与诸侯王——“汉律六十篇”——汉代法律形式:律、令、科、比——缙紫上书与汉文帝废除肉刑,景帝时笞刑的减轻与《箠令》的颁布,斩左趾与斩右趾,官刑的存废——上请制度与特权法——亲亲得相首匿与家族主义法

第六讲 汉代法律制度(下)、魏晋南北朝法律制度(上) … (144)

导读 捕盗没有阶级性——立藩与削藩,汉武帝削藩法令,推恩令的高明与酎金律的无赖——汉代司法机构的两个变化:中朝官尚书向外朝官转化及其司法职

能,监察区划向行政区划转化——审判程序:鞠狱、读鞠与乞鞠——录囚制度的出现——《春秋》与三传,“春秋决狱”与陪审团,“论心定罪”与“本事原志”——秋冬行刑制——第六章:魏晋南北朝的法律制度(160)——“国家不幸诗家幸”——朝代更替表与简介,《曹魏律》、《泰始律》、《北魏律》与《北齐律》——《张杜律》与律学两大流派,杜预与《三国演义》——法律形式的变化——《北齐律》与“名例律”,十二篇与隋、唐、宋法典

第七讲 魏晋南北朝法律制度(下)、隋唐法律制度(上) … (172)

导读 儒家思想法典化:八议、官当与封建特权法,重罪十条与封建法律的最高原则,准五服制罪与家族主义法,“五服”的等级——刑罚制度的变化与封建五刑制的初步形成——律博士与大理寺的出现——刑讯制度化是古代司法进步的标志,南梁测囚法与南陈立测法——死刑奏报制度——直诉制度——第七章:隋唐法律制度(186)——盛唐成因:民族大融合与长江流域的开发——隋朝之“隋”——《开皇律》与《大业律》,《开皇律》的创新——唐初法制指导思想,“春秋”与“阳秋”——律、令、格、式与贞观年间的敕命流程——《唐六典》的性质

第八讲 隋唐法律制度(中)…………… (203)

导读 《武德律》、《贞观律》、《永徽律》与《律疏》的修订,中日学者关于《开元律》的争议——唐律中五刑的

等级,笞杖、常行杖与讯囚杖,绞刑与吊刑——十恶罪的内容,谋反与反革命罪,谋大逆与侵犯皇权象征物,谋叛与降叛,不道与蛊毒,历史上的两种内乱罪——官僚贵族的特权法:议、请、减、赎与等级特权,官当及其减免罪程序——六赃与财产犯罪——同居相为隐原则,亲属相隐范围的扩大——化外人相犯处理原则——法无明文下的比附原则,举重明轻与举轻明重——隋唐中央司法机构三个系统的形成,刑部的职能,三司推事——地方机构的行政与司法合一,地方官吏选拔的“身、言、书、判”标准——唐代告诉的限制

第九讲 隋唐法律制度(下)、五代宋元法律制度 (234)

导读 唐律关于刑讯的限制——越诉与直诉,唐代直诉的方式——司法官吏“出入人罪”的刑事责任——

第八章:五代与宋、元的法律制度(239)——唐末与五代的藩镇割据——五代立法的变化:刑统与编敕的出现——五代刑罚的变化:陵迟与刺配的出现——北宋专制集权的形成与编敕的成因——《宋刑统》的体例,刊版印刷与活字印刷——编敕与敕令格式的形成——折杖法,刺配刑,陵迟刑与野史记录——审刑院与提点刑狱司——鞠谳分司制,翻异别推制,理雪制度,务限制度,宋慈与《洗冤集录》——元代也有辉煌——《大扎撒》与畏吾儿蒙文——《大元通制》与蒙式汉语——《元典章》与六部分篇——元代中央司法机构,宣政院与萨迦派帝师

第十讲 明清法律制度 (263)

导读 第九章：明代的法律制度(263)——“治乱世用重典”——《大明律》的编制体例特点——《大诰》内容的特点——充军刑，流刑是封建五刑中调整最大最频繁的刑种——“轻其所轻，重其所重”——明代中央司法机构的变化：废除宰相和刑部、大理寺的职能互换，御史台改为都察院与六科——申明亭——特务机构：锦衣卫、东厂、西厂、内行厂——诉讼权利的限制——朝审、大审、热审，慎刑与恤刑——**第十章：清代法律制度(285)**——《大清律例》的律与例——少数民族立法与《理藩院则例》，《钦定西藏章程》与金瓶掣签制度——理藩院——刑名幕友——秋审与朝审，秋审大典

第十一讲 古代民事法规(上) (295)

导读 第十一章：古代民事法规(295)——古代民事法律不发达的表现——民事法律不发达的成因：黄河流域的地理因素、自给自足的经济因素、重农抑商的政治因素、重义轻利的思想因素——婚姻的目的：合二姓之好，事宗庙与继后世——血食祭祀与男尊女卑——婚姻原则的一夫一妻制与实践上的一妻多妾制，天子配偶的数量，正妻的不同称呼——父母之命，刘兰芝与唐琬的悲剧——媒妁之言，媒人与广告，私媒与官媒——婚姻六礼的程序：“纳采”与大雁，“问名”与八字，“纳吉”与占卜，“纳征”与聘礼，“请期”与黄历，“亲迎”与合卺——同姓不婚与附远厚别，良贱不婚与

官私奴婢——“七出”与休妻——“三不去”与陈世美的黑锅

第十二讲 古代民事法规(下)、晚清法律制度的变革(上)…………… (328)

导读 父权与夫权在法律上的体现——宗祧继承,“大宗祧制”与“小宗祧制”——爵位与食封的继承——财产继承,诸子均分与中央集权——土地典卖程序——典权与中国特色——书面契约形式,从“质剂”到合同契、单契——**第十二章:古代行政法律规范(346)**——**第十三章:晚清法律制度的变革(346)**——晚清预备立宪的背景:前膛炮、黑色炸药与木质战船,“师夷长技以制夷”与洋务运动,马尾海战与甲午海战,康梁维新与孙文革命,庚子事变与晚清新政,日俄战争与预备立宪——《钦定宪法大纲》与维护君权——咨议局的选举与成立,资政院的人选与权限

第十三讲 晚清法律制度的变革(下)…………… (359)

导读 “皇族内阁”与王朝丧钟,辛亥革命的必然与偶然,“滦州兵谏”与“十九信条”——修订法律馆与修订法律大臣沈家本、伍廷芳——《大清现行刑律》的特点——法理派与礼教派的争议,国家主义还是家族主义——《大清新刑律》的特点——领事裁判权:定义与关键词,中英《五口通商章程》,观审制度与会审公廨,“红头阿三”,提篮桥监狱,洋泾浜与英帝国霸权,领事裁判权的影响——晚清司法制度的改革

第十四讲 中华民国时期的法律制度(上)…………… (387)

导读 第十四章：中华民国时期的法律制度
(387)——中华民国的三个阶段——《临时政府组织大纲》的制定与特点，总统制、两权分立、一院制——孙中山与南北和谈——《临时约法》的主要内容，葛底斯堡演说与三民主义，五族共和与五色旗，权能分治与五权分立，平均地权与自报地价，外蒙与中国版图——《临时约法》的特点与历史意义——雍发与剪辫，缠足与劝禁，禁烟与禁赌，——改阴历为阳历，黄帝纪元与中华民国纪年——临时中央审判所，司法官考试与律师制度——改良与革命

第十五讲 中华民国时期的法律制度(下)…………… (419)

导读 “北洋”的来历——宋教仁被刺案与宪政民主的破产，“二次革命”的鲁莽与第一届国会的葬送，生不逢时的“天坛宪草”——约法会议与“袁记约法”——《修正大总统选举法》与“洪宪”复辟——后袁世凯时期北洋政府的十年宪政：国会第二期常会、安福国会、新新国会，国会第三期常会与国会的终结，曹锟贿选与“1923年宪法”——北洋政府立法活动的特点——国民党的重新崛起与定都南京——六法全书——孙中山“建国三时期”的失误与《训政时期约法》——“五五宪草”与“1947年宪法”——领事裁判权的取消

第十六讲 革命根据地时期的法律制度(上)…………… (454)

导读 第十五章:革命根据地时期人民民主政权的法律制度(454)——根据地立法的三个阶段与基本概念——人民民主法制的特点——《中华苏维埃共和国宪法大纲》的制定,联合中农的重要性,大纲的主要内容,完全民族自决权的错误——《陕甘宁边区施政纲领》的制定与主要内容,“三三制”原则的正确解读——《陕甘宁边区宪法原则》的制定及其过渡时期的特征,“议行合一”制的争议,“耕者有其田”的不同内涵——《井冈山土地法》的“左”倾思想——《兴国土地法》的重要变化——《中华苏维埃共和国土地法》的主要内容,“没收富农土地”的提出与斯大林“消灭富农”运动,三种土地证——抗日民主政权土地立法的两大变化,“二五减租”的发明权——解放战争是三年还是四年?“五四指示”是“征购”而非“没收”地主土地——《中国土地法大纲》的主要内容及其人性化表述——解放战争时期根据地的名称问题

第十七讲 革命根据地时期的法律制度(下)…………… (485)

导读 马锡五审判方式,封捧儿婚姻案件与群众路线的审判理念,超职权主义的审判模式与多元化社会的特定法律需求——人民调解制度的范围、形式与三大原则的形成——毛泽东新年献辞与蒋介石低调求和,王明及其起草的中共中央废除六法全书的指示,周恩来的意见与谨慎,指示内容与大批判语言——希望从

这门课中得到历史的启迪

后记 (500)

第一讲 绪论、夏商法律制度

我们这门课的名称呢,叫做中国法律制度史,简称就叫中国法制史,再简就叫中法史。我到这里来上课,并不是因为学校规定教授必须给本科开课,不是被迫的,我是喜欢给本科生上课的,至少有一个好处,人多,热闹,气氛比较热烈,我教了二十多年书,年年都给本科生上课,就是喜欢热闹,好为人师啊。(笑声)过去有一句话,说“教授教授,越教越瘦”,我的长相,就说明这句话是有道理的。(笑声)因为天天上课,在家说话也习惯了大嗓门,我女儿就给我起了个外号,叫“叫兽”。(板书,哄堂大笑)

言归正传,我先谈一下中国法制史课程在法学教育中的地位。我们知道,我们法学本科四年,大约要学 50 门左右课程,这里面大致可以分为两类,一是基础类,就是语文、外语、哲学、逻辑、体育、毛概、邓论等等,这是基础课,什么专业都要学的。二是专业类,就是法学专业基础理论课程,这部分占的比例较小,中国法制史就属于这部分,还包括法理、外国法制史等,另一部分是部门法课程,那就多了,如刑法、民法、商法、经济法、行政法、国际法、诉讼法等。那么,中国法制史这门课的定位呢,就是法学专业基础理论课程,在我们的法学教育当中,它是占到一个主干课的成分。在司法部所规定的法律院校的十四门主干课程中,中国法制史就是其中的一门。

今天是第一次课，我先来谈一下绪论。

绪者，开端也，在绪论里面，我想谈两个问题：

第一，何为中国法制史？

我们在大学里面的课程啊，我们有一个感觉，就是说，我们过去在小学里面一直到中学里面学过的课程，我们往往是把它们当作绝对真理。但是到了大学以后，我们就会发现，没有绝对真理，真理都是相对的。因此，很多问题实际上都是有争论的，没有一个绝对真理的东西在那里。我们过去学理工科这个方面的东西，比方说，我们从小学开始，就说 $1+1=2$ 就是绝对真理。而如果读到大学，也是学理工科的话，可能你们老师会对你们说， $1+1=2$ 只是在我们这样一个三维空间里，而到了四维空间里就不一定是这样的，到多维空间里就更不一定是了。那么理工科是如此，文科更是如此，没有绝对真理。所谓真理，它都是相对的，都有一定的时间和条件，没有永恒的真理，绝对的真理是没有的。因此，我们的文科每一门课都是有争论的，包括它的范围有哪些，都是有争论的，我们中国法制史也是如此。很多课程，它的范围没有一个固定的说法，这个范畴都是有弹性的，是不固定的。就像现在的民法和商法的界线，本身也是不大好界定的。公法和私法之间的界线也不大好定。当然你要给它下一个具体的定义也是可以的，但是往往在具体的对象面前，就不好确定了。那么中国法制史也是如此。

什么叫做中国法制史，本身就有两种观点：

一种观点认为，凡是中国历史上，统治阶级以强制力来推行的那些制度都叫法制史，因为它具有法律的效力。那么这样一来，我们就可以感觉到，这个法制史的范围就比较大，这个观点，我们管它叫做大法制的观点。大法制这种观点，不仅仅包括我们狭义上