

中国法制史

华东政法学院教材编审委员会审定

主 编 徐永康

副主编 丁凌华

Zhongguo Fazhishi

Zhubian Xu Yongkang

Fubian Dinglinghua

Shanghai Zhengfa Xueyuan

Shanghai Bian Shen Wei Yuan Hui

Shanghai

Shanghai Ligong Daxue

Chubanshe

华东政法学院
系列教材

华东理工大学出版社

中国法制史

主 编:徐永康

副主编:丁凌华

华东理工大学出版社

(沪)新登字 208 号

主 编:徐永康

副主编:丁凌华

撰稿人:(以撰写章节先后为序)

郝铁川 钱元凯

殷啸虎 赵元信

丁凌华 徐永康

中国法制史

主 编:徐永康

副主编:丁凌华

华东理工大学出版社出版发行

上海市梅陇路 130 号 邮政编码 200237

上海展望印刷厂印刷

开本 850×1168 1/32 印张 11 字数 305 千字

1994 年 8 月第 1 版 1999 年 2 月第 3 次印刷

印数 7001—9000 册

ISBN 7-5628-0482-6/D·3 定价 12.00 元

目 录

绪言	1
第一编 奴隶社会的法律制度	6
第一章 夏、商的法律制度	9
第一节 夏朝的法律制度	9
第二节 商朝的法律制度	12
第二章 西周的法律制度	17
第一节 西周的习惯法——礼	17
第二节 西周刑法及其适用原则	32
第三节 西周礼与刑的关系	38
第四节 西周的司法审判制度	41
第三章 春秋时期法律制度的变革	45
第一节 “礼崩乐坏”和奴隶制法制的解体	45
第二节 “礼治”向“法治”的转换	47
第二编 封建社会的法律制度	51
第四章 战国时期的法律制度	54
第一节 李悝《法经》概述	54
第二节 商鞅的法制改革	58
第三节 战国时期司法审判制度的变化	60
第五章 秦的法律制度	62
第一节 秦的立法概况	62
第二节 秦律的基本内容	66
第三节 秦法律制度的特点	76
第四节 秦的司法制度	79

第六章	两汉的法律制度	82
第一节	汉朝的立法	82
第二节	两汉法律的基本内容	87
第三节	两汉的司法制度	94
第七章	三国两晋南北朝的法律制度	100
第一节	三国两晋南北朝的立法概况	100
第二节	三国两晋南北朝法律的发展变化	106
第三节	三国两晋南北朝的司法制度	112
第八章	隋唐五代的法律制度	116
第一节	隋朝法制概况	116
第二节	唐朝立法概况	119
第三节	《唐律》的基本内容	124
第四节	唐朝的司法制度	148
第五节	五代法律制度	153
第九章	宋、辽、金、元的法律制度	158
第一节	宋朝的法律制度	158
第二节	辽、金的法律制度	166
第三节	元朝的法律制度	167
第十章	明朝的法律制度	171
第一节	明朝的立法概况	171
第二节	明朝法律的变化与特点	179
第三节	明朝的司法制度	183
第十一章	清朝的法律制度	189
第一节	清朝的立法概况	189
第二节	清朝法律的主要内容和特点	192
第三节	清朝的司法审判制度	199
第十二章	中国古代婚姻家庭和财产法规范	207
第一节	古代婚姻家庭和财产法规范的基本情况	207
第二节	婚姻制度	209

第三节	家庭制度·····	216
第四节	继承制度·····	221
第五节	物权与债权制度·····	225
第十三章	中国古代行政法规范·····	232
第一节	古代行政法渊源·····	232
第二节	古代行政组织·····	237
第三节	古代行政官吏的管理·····	243
第三编	半殖民地半封建社会的法律制度 ·····	254
第十四章	鸦片战争后清朝的法制·····	256
第一节	清末的“预备立宪”·····	256
第二节	清末的修订法律·····	263
第三节	清末司法制度的变化·····	270
第十五章	南京临时政府的法制·····	275
第一节	《中华民国临时约法》·····	275
第二节	南京临时政府的革命法令·····	281
第三节	南京临时政府的司法制度·····	286
第十六章	北洋政府的法律制度·····	290
第一节	北洋政府的制宪活动·····	290
第二节	北洋政府的立法特点和法律内容·····	294
第三节	北洋政府的司法制度·····	296
第十七章	国民党政府的法律制度·····	298
第一节	国民党政府的立法概况·····	298
第二节	国民党政府的《六法全书》·····	300
第三节	国民党政府的司法制度·····	313
第十八章	人民民主政权的法制·····	315
第一节	人民民主政权的立法概况·····	315
第二节	人民民主政权的宪法性文件·····	321
第三节	人民民主政权的土地立法·····	326
第四节	人民民主政权的劳动立法·····	331

第五节	人民民主政权的婚姻立法.....	333
第六节	人民民主政权的刑事立法.....	335
第七节	人民民主政权的司法制度.....	338
编写说明		345

绪 言

法律制度和其他社会现象一样，有自己产生、发展的过程和规律。今天的法律制度是昨天法律制度的发展和继续。因此，为了更好地了解今天，就有必要研究昨天。是法律制度的这种历史和现实的客观联系决定了法律史学在整个法学体系中具有不可或缺的重要地位。

在世界五大文明古国和地区中，唯一薪火不曾间断的就是中国的历史和文化。本世纪以来，中国的历史文化备受其他民族和国家，尤其是西方的重视，因此，学习和研究中国法制史就显得十分必要。

一、中国法制史的研究对象

本世纪 50 年代和 60 年代，学术界对于中国法制史的研究对象曾经先后进行了两次讨论，形成了一些不同的观点。这些观点可以归纳为以下五种：

第一，把法制史理解为法律编纂史或法律沿革史，依照这种观点写成的法制史，基本上是一部立法史。

第二，把法制史理解为国家制度、政治设施和法律制度的演变史。它虽然阐述一定类型的法律制度的实质和特点，但却用很大的篇幅讲述社会阶级结构、经济体系以及国家政权组织等。依照这种观点写成的法制史，基本上是一部内容庞杂的国家制度史。

第三，认为法制史的研究对象既包括法律制度，也包括国家一系列具体制度，例如选官制度、田赋制度、货币制度、土地制度等。

第四，把法制史理解为各种法律制度的历史部分的综合或专题汇编。按照这种观点编写的中国法制史著作是按刑法、民法、诉讼法、亲属法、身份法的体系编写而成的。

第五，把法制史理解为主要是探讨刑法的制定、内容、沿革及其对后世的影响。这种认识是从中国封建时代法律形式上的民刑不分而来的。依照这种观点写成的法制史，就会是一部刑法史。

上述不同观点是从不同角度来审视中国法制史，因此各有所长，亦各有其局限性。我们认为，法制史的研究对象只能是以法律制度的产生、发展、变化和消亡为主线，探讨历史上不同类型的法律制度的实质、特点、主要内容及其历史发展规律，不能把法制史写成政治史、经济史、军事史、法制史的大杂烩。

二、学习中国法制史的理论意义和现实意义

如果把法学划分为基础法学和应用法学的话，那么，中国法制史无疑属于基础法学的一个学科。

学习中国法制史的理论意义在于：

第一，有助于我们树立历史唯物主义观点，提高理论思辨能力。历史唯物论是一切社会人文科学的理论基础，是我们观察、认识、把握社会发展的锐利武器。然而，“马克思的整个世界观不是教义，而是方法。它提供的不是现成的教条，而是进一步研究的出发点和供这种研究使用的方法”。^①因此，我们把历史唯物论和中国法制史的学习相结合，一方面可以深化对历史唯物论的认识，另一方面又可以发展、丰富历史唯物论。哲学如果没有历史，那就是空洞的；历史没有哲学，则是盲目的。

第二，扩大知识面，建立合理的知识结构，为掌握法学打下比较坚实的基础。学习法学和学习其他科学一样，深度和广度是相辅相成的。具备了广博的法学知识，才能深入掌握法学，并进一

^① 《马克思恩格斯全集》第39卷，第406页。

步有所创见,这即古人说的“由博返约”。古今中外优秀的法律工作者和作出贡献的法学家,没有一个不是这样。学习中国法制史是扩大法学知识面的一条重要途径。

学习中国法制史的现实意义在于:

第一,批判、肃清封建主义余毒,建设社会主义精神文明。这是现行宪法赋予每个公民的权利,也是我们不容推卸的责任。无法可依、有法不依、有法乱依、违法不究,是当前法制建设中暴露出来的突出问题,贯穿其中的一根主线是法律虚无主义。在中国,以法律至上为核心的法治观何以不能根深叶茂?已经生效的法律何以不能令人满意地实行?其原因是多方面的,但从历史传统的角度来看,它与中国传统的德治观、礼治观、人治观具有莫大的关系。我们的法制建设必须紧紧围绕着经济建设这个中心,以发展社会生产力为根本宗旨,但几千年来的传统法律文化却是以“三纲五常”为中心,以巩固皇权为宗旨,在法典编纂上,诸法合体,以刑为主,重刑轻民,以维护专制秩序。建国以来,在一度以“阶级斗争为纲”的错误思想指导下,重刑法、轻民法,迄今还没有一部保护商品经济关系发展的民法典;从法学的角度来看,中国的改革开放是一种“从身份到契约”的运动,而契约关系的特点是主体平等、等价有偿。但几千年来的传统法律文化与此大相径庭,它注重的是人们政治上的尊卑贵贱、血缘上的亲疏远近,据此而设定人们的权利与义务。建国以来,这种传统的影响仍然存在,表现在刑法领域,就是职务犯罪在立法上和执法上所受到的处罚明显低于其他主体;表现在民法领域,就是强调民事主体的差异,同样的民事行为,仅仅因为是不同的民事主体,就适用不同的民事法律,人为地强化了民事主体的不平等;在行政诉讼领域,“民告官”仍非易事,官官相护的事情时有发生。这一切表明,传统的法律观念严重地阻碍了法制现代化事业的发展,已到了不破旧就无以立新的地步。

第二,为建设具有中国特色的社会主义法制和法学提供参考

借鉴的资料。法制建设和法学发展不能割断历史。传统法律文化中既有糟粕，亦有精华，我们必须取其精华，去其糟粕。现实是历史的否定和克服，但否定和克服之中又有肯定和保存，因此现实是历史变与不变的统一。事实证明，经过扬弃，传统法律文化中的某些内容可以成为社会主义法制的有用之物。例如，现行刑法中的死刑缓期执行，与《大清律例》中的斩监候、绞监候就有一定的相通之处；时下不少学者建议刑法增设的见危不救罪，《唐律疏议》中早已有之；古代有些制度如：上级机关对下级进行司法检查的“录囚”；死刑执行前的复核；执法原情，法教结合等等，对今天的法制建设也仍然具有借鉴意义。

三、学习中国法制史的方法

辩证唯物论和历史唯物论是学习中国法制史的根本方法。除此之外，在具体学习方法方面，这里提出以下几点以供参考：

第一，掌握基本发展线索。纵观上下几千年的历史，可以看出：一是宗法制、家族制和家长制；二是礼与刑的关系，纲常伦理的刑法化、法律化；三是专制独裁，等级特权。这三者就像三根编结竹简的绳子，贯穿于整个历史（包括法制史），影响及于现在。学习中国法制史要注意把握这一基本发展线索。

第二，明确各个时期的基本特点。本教材根据社会形态的差异，将中国法制史分为三编，它们分别属于奴隶制社会、封建制社会和半殖民地半封建社会的法律制度。本教材对各编的特点都作了叙述，学习时需要注意。此外，战国、秦朝的法律制度带有强烈的法家色彩；西汉是由法向儒转化的时期；魏晋南北朝是儒家学说和法律全面结合（引礼入法）的时期；隋唐是封建法律儒家化的完成时期；宋元明清是封建法律走向残酷、行政干预司法日益严重的时期；近代法制具有半殖民地半封建色彩；新民主主义革命时期人民民主政权的法制具有鲜明的阶段性，等等。这些特点，学习时亦需注意。

第三，精和博相结合，循序渐进。“精”指的是要精读教材，力求掌握基本内容，然后针对教材中理解不深的问题找有关参考书阅读，这样既可以加深对基本内容的理解，又可以向博的方面发展。特别要注意阅读一些中西法律观念和法律制度相比较的论著，以有利于对中国法制史特色的把握。

第一编 奴隶社会的法律制度

中国奴隶社会形成于夏代，中经殷商、西周，而结束于春秋战国之交，历时 1600 余年。

中国奴隶社会阶级与国家关系产生的具体道路和存在形式，不同于古代欧洲的雅典、罗马和日耳曼。夏、商、周三代先民大都生活在黄河流域，自然条件的优越，使他们在以木石为主要工具的生产力发展水平较低阶段，在家长制家庭公社基础上，由氏族首领职能的世袭而逐渐产生和发展了阶级与国家。由于工商业未像雅典、罗马那样获得充分发展，血缘纽带没有完全割断，各家族的族长组成了不同等级的奴隶主贵族统治集团，军事民主制时期的“世袭王权”和“世袭贵族”被牢固地保留下来，而不像雅典、罗马和日耳曼人那样，打破血缘关系，建立以地缘关系为基础的奴隶制国家政权。

法律是社会政治、经济关系的记录。由于中西奴隶社会经济、政治关系具有诸多不同之处，因而中西奴隶社会的法律制度亦不会相同而各具特色。概而言之，中国奴隶社会的法律制度主要具有如下特点：

第一，兵、刑合一。古代西方的法律是平民与贵族互相斗争、互相妥协的结果，也就是说，是由原来的氏族裂变为不同的阶级以后而产生的。而中国奴隶社会法律则是通过一个部落氏族对另一个部落氏族的征战而产生的。所以，古人经常兵刑并提，兵即是战争。刑出于兵，说的是刑与战争分不开。所谓“大刑用甲兵”，指最重的刑罚是实行军事讨伐，有兴师问罪之意。如传说中作为部落联盟首领的尧、舜、禹所进行的战争；国家形成之后，夏启对

有扈氏的战争，均属动用“大刑”。“其次用斧钺，中刑用刀锯，其次用钻凿，薄刑用鞭扑”^①，则是惩治内部人们轻重不同的刑罚。刑出于兵，兵刑同制，还表现为司法与兵政的掌管者一身二任。司法官称“士”或“士师”、“司寇”、“廷尉”等等，原来都是军职。最后，为了取得战争的胜利，必须有严格的军纪即军法，兵刑合一亦即军法与刑的合一。

第二，习惯法为主，成文法为辅。由于中国奴隶社会商品经济不发达，未能像雅典、罗马那样产生独立的工商奴隶主和平民阶层，氏族贵族掌握了国家政权，因而他们沿用了氏族社会的一些风俗习惯，并注进了新的阶级压迫内容，藉此来统治人民。

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礼。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”^②。礼原来是祭祀神灵和祭祀人鬼的器皿，盛有两件玉。后来供祭的酒也叫礼，再后凡是进行祭礼的一切活动统称为礼。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，是人们自觉自愿遵循的习惯。出于对共同祖先的尊重和敬畏，能不能参加氏族祭祖的仪式，乃是区别人们是否属于这个氏族的基本条件。因为据说祖先是享用外族人祭祀的。氏族晚期，成员之间权力和财富的差别日益显著，贫富贵贱的分野日益突出，原来的氏族首领利用权力掠夺大量财富，逐渐形成了世袭君主和世袭贵族。他们垄断了祭祀的主祭权，政权与族权合二为一。礼的等级性的出现，使原始社会的习惯规则——礼逐渐演化而具有法的性质和作用。中国奴隶社会的法主要体现为礼，所谓“夏礼”、“殷礼”、“周礼”即是这种习惯法。

除了习惯法外，中国奴隶社会还有一些成文法。它主要表现为刑罚规范，是辅助礼的实施的。像《吕刑》、《九刑》之类的刑典只是说明了刑律的条目及审理案件的方法，而未和具体的犯罪行为

^① 《汉书·刑法志》。

^② 王国维：《观堂集林·释礼》。

密切联系起来，缺乏犯罪的概念规定，对违礼行为怎样定罪量刑，完全由贵族司法官临时计议。

第三，国法与宗法的合一。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，打破氏族血缘关系纽带，以地域划分公民，而是大量地保留了部落、氏族的外壳。人们的血缘关系不但没有松动、解体，恰恰相反，而是逐渐被打上阶级烙印，越来越牢固。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。这个过程开始于夏，经历殷商，至西周趋于完备。

中国古代的家族与国家的关系，在中国奴隶社会表现为直接结合，在中国封建社会则表现为间接结合。因此，在中国奴隶社会，国法和家法是合二为一的。

古代雅典在世界法制史上的重要贡献是“宪法”（其内容主要是民主制度，相当于近代以后的宪法，习惯上把它称为宪法）；古代罗马在世界法制史上的重要贡献是“私法”（即民法）；中国夏、商、周三代的法律制度不及雅典、罗马发达，尤其是不像罗马那样培育出了民法体系和精神，因而它的特点仅仅在于宗法伦理性。中西奴隶社会法律制度的这些差异，原因在于商品经济发展水平的不同所致。商品经济在雅典产生了民主政治，在罗马产生了私法制度，而中国夏商周三代商品经济极不发达，因而血缘关系纽带没有被斩断，法律制度具有浓厚的宗法伦理性。

宗法伦理性强调维护宗法伦常，忠孝结合；强调义务本位，偏重刑法，等等。这些都对中国封建社会的法律制度发生了重要影响。

第一章 夏、商的法律制度

(约公元前 21 世纪～前 11 世纪)

约公元前 21 世纪，夏部落的首领禹突破“帝”位“禅让”的传统，不传贤而传子，变禅让制为世袭制，“天下为公”从此转变为“天下为家”，这是中国奴隶制国家形成的标志。法律和国家是相互依存的，伴随着夏王朝奴隶制国家的建立，夏朝的法律也就应运而生了。然而由于年代久远，史料缺乏，夏朝法制的完整面貌难以得知。继夏而起的商朝，史料较夏朝丰富，但比较起西周仍属简略。因此，本编将夏商两朝法制并在一章叙述。

第一节 夏朝的法律制度

由禹建立的我国历史上第一个奴隶制王朝夏朝，共传 14 世，17 王，至桀而亡，历时 400 余年。

一、《禹刑》概述

《左传·昭公六年》记载：“夏有乱政而作禹刑”。这里的“禹刑”不是专指由禹所制定的法律，而是夏朝法律的总称。

中国古代法和律不连称。春秋以前多称刑，如夏称《禹刑》，商称《汤刑》，西周为《九刑》和《吕刑》，春秋郑国子产作《刑书》、晋国赵鞅铸“刑鼎”。“法”字被广泛运用是从春秋、战国之际开始的，如晋国有“被庐之法”，楚国有“茅门之法”，魏国李悝著《法经》。商鞅变法，改法为律。从秦汉至明清，除唐末和两宋称“刑统”、元称“通制”之外，都称律。

刑字的本义，《说文解字》释曰：“刑，剉也（用刀割脖子）”，即杀头的刑罚。《礼记·王制》曰：“刑者，刑也，刑者成也，一成而不

可变也”。《玉篇》曰：“刑，罚总名也”。古代刑字又作荆，《说文解字》曰：“荆，罚罪也。从井从刀”。归纳起来，古代刑字有两种含义，一是杀头的刑罚，二是惩罚犯罪的法。

法字，古文为。《说文解字》曰：“法，刑也。平之如水，从水；，所以触不直者去之，从去”。，即解豸，或作獬豸。《说文解字》曰：“獬豸，兽也，似山牛一角，古者决讼，令触不直。象形从豸”。《汉书·舆服志》：“獬豸，神羊，能别曲直”。公平裁判，明断曲直，就是古代对法字涵义的理解。

律字，《说文律字》曰：“律，均布也，从彳，聿声”。“均布”是古代乐器中调音律的工具，使不和谐、不协调的归于和谐、协调。《正韵》曰：“律吕万法所出，故法令谓之律”。《管子·七臣七主》曰：“律者，所以定分止争也”。《尔雅·释名》曰：“律，累也。累人心使不得放肆也”。就是说律令也像均布调音律一样，要求人们的行为整齐划一，知道什么是合法行为，什么是非法行为，应该做什么，不应该做什么。《太平御览》六三八卷引杜预《晋律序》：“律以正罪名”。总之，律是规定刑名和定罪科刑的依据。

此外，辟字，《说文解字》曰：“辟，法也。从卩，从辛，从口，用法者也”。古代辟与法、刑是通用的。

由上可知，古代说的法、律与现代意义的法、法律有所不同。现代意义的法或法律是指由国家制定或认可的法律规范的总称；而古代的法、律则偏重于刑和刑罚。

《禹刑》的基本内容，可以归纳为以下几项：

（一）墨、劓、剕、宫、辟五刑

五刑是《禹刑》的重要内容之一。据《尚书·吕刑》记载，五刑来自苗民。苗民作“五虐之刑”，即劓、刵（一说为刖）、髡、黥等肉刑和剥夺生命的“丽”刑（即离，指身首分离的大辟）。劓是割鼻，刵是割耳，髡是去势；黥是在脸部刺以特殊标志。苗民“杀戮无辜”，禹因此率兵讨伐，灭苗后，诋其意而用其法，又援用了苗民的“五虐之刑”，并改刵为髡，即凿去膝盖骨。在此基础上，发展为