

中国专门史文库

中国法制史

下册

陈晓枫 柳正权 著



武汉大学出版社
WUHAN UNIVERSITY PRESS



中国政法大学图书馆

中国法制史

下册



中国专门史文库

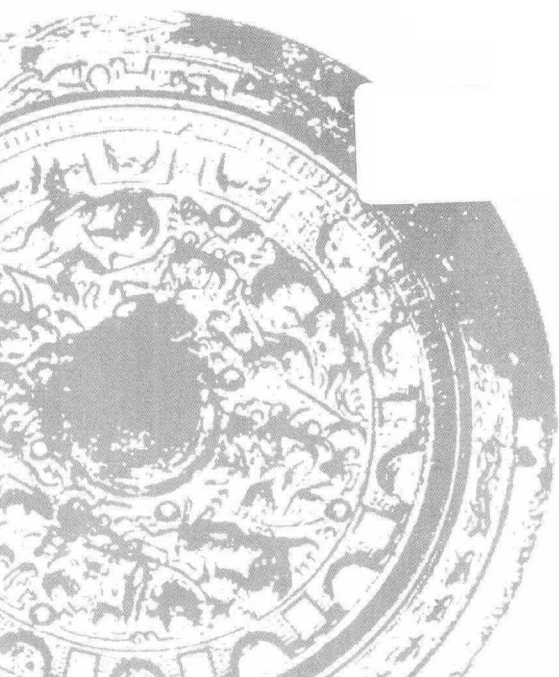
中国法制史

下册

陈晓枫
柳正权 著



武汉大学出版社
WUHAN UNIVERSITY PRESS



图书在版编目(CIP)数据

中国法制史(上、下册)/陈晓枫,柳正权著. —武汉:武汉大学出版社,2012.12

中国专门史文库

ISBN 978-7-307-10332-0

I. 中… II. ①陈… ②柳… III. 法制史—中国 IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 289036 号

责任编辑:胡程立 朱凌云 责任校对:刘 欣 版式设计:马 佳

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: cbs22@whu.edu.cn 网址: www.wdp.whu.edu.cn)

印刷:武汉中远印务有限公司

开本: 720 × 1000 1/16 印张: 54 字数: 774 千字 插页: 5

版次: 2012 年 12 月第 1 版 2012 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-10332-0/D · 1203 定价: 118.00 元(上、下册)

版权所有,不得翻印;凡购我社的图书,如有质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

目 录

第八章 中国行政法史·····	423
第一节 中国古代有无行政法之争论·····	423
一、中国古代有无行政法之争论·····	424
二、中国古代有无行政法之争论的表现形式·····	429
三、中国古代有无行政法之争论的根源·····	434
第二节 中国古代行政法主要渊源·····	435
一、中国古代行政法渊源的主要标准·····	436
二、中国古代行政法主要渊源·····	438
第三节 中国古代行政法基本原则·····	447
一、中国古代法律制度的核心原则·····	447
二、中国古代行政法的其他原则·····	449
三、中国古代行政法基本原则的展开·····	451
第四节 中国古代行政组织·····	457
一、中国古代行政组织·····	457
二、中国古代行政组织的基本特征·····	465
第五节 中国古代职官制度·····	467

一、中国古代职官管理	468
二、中国古代职官制度的基本特征	480
第六节 中国古代行政活动	480
一、中国古代行政活动研究的基本分类	481
二、中国古代行政活动的内容	482
三、中国古代行政活动的基本特征	487
四、经济行政行为	489
第七节 中国古代行政程序	508
一、中国古代行政程序的价值	509
二、古代行政程序的特征	514
第八节 行政法学在近现代中国的引入和发展	517
一、行政法学在近现代中国的引入和发展	518
二、近现代中国的行政法学	519
第九节 近现代中国行政法	520
一、行政法原则	520
二、行政立法	521
三、行政组织	523
四、行政行为	530
五、行政救济	531
第十节 革命根据地时期行政法制	534
一、革命根据地时期的行政法制理论	534
二、革命根据地时期的行政法制	536
第九章 中国刑法史	541
第一节 概述	541
第二节 古代刑法基本原则	545
一、罪刑擅断原则	546
二、同罪异罚原则	552
三、同态报应原则	558
第三节 刑法的原罪功能	560
第四节 犯罪和犯罪主体	568

一、犯罪	568
二、犯罪主体	569
第五节 罪过形式和犯罪特征	575
一、罪过形式	575
二、定罪原理、定罪原则与归罪方式	579
三、保辜制度	592
第六节 犯罪形态	595
一、既遂和未遂	595
二、共同犯罪	598
三、累犯制度	604
四、数罪制度	606
第七节 排除犯罪性的行为	607
一、报仇	607
二、防卫	608
三、其他排除犯罪性事由	612
第八节 重罪	613
一、十恶	613
二、六赃	614
三、七杀	617
四、奸党	618
第九节 刑罚体系的演变和社会防卫性措施	620
一、刑罚体系的演变	620
二、连坐、族刑	625
三、社会防卫性措施	634
四、代刑	636
第十节 罪状暨罪名及其归类	637
一、罪状的特点	637
二、罪名的概括	641
第十一节 自首	650
一、起源	650
二、立法原理	651

三、构成条件	651
四、自首种类	652
五、法律后果	652
第十二节 公罪与私罪	653
一、起源	653
二、犯罪构成	654
三、法律责任	654
第十章 中国民事法史	656
第一节 传统民法制度概论	656
一、基本内容	660
二、部门法地位和法律渊源	661
三、主要特征	665
四、基本原则	672
第二节 民事法律关系	676
一、民事主体及行为能力	676
二、物	682
三、民事法律行为	686
四、期限与时效制度	688
第三节 古代中国的财产制度	688
一、物权制度	689
二、所有权及所有权的取得	689
三、土地所有权	691
四、用益物权	696
五、担保物权	697
六、债权制度	701
七、契约	702
八、侵权行为的损害赔偿	710
第四节 古代中国的婚姻家庭制度	710
一、婚姻制度	710
二、亲属制度	717
第五节 古代中国的继承制度	720

一、基本原则	720
二、宗祧继承	721
三、财产继承(家产分析)	723
四、封爵和食封继承	726
第六节 传统民法的近代化	726
一、清末修律中的《大清民律草案》	727
二、北京政府时期的《民律草案》	730
三、南京国民政府时期的《民国民法典》	731
四、革命根据地政权的民法内容	734
 第十一章 中国司法诉讼制度史	737
第一节 司法诉讼制度概述	737
一、司法诉讼概念界定	737
二、中国古代司法诉讼的特征	739
第二节 中国古代司法组织	749
一、司法机构	749
二、司法中的监察	766
三、狱政管理	769
第三节 中国古代诉讼制度	773
一、中国古代的起诉方式	773
二、中国古代的诉权限制	779
三、中国古代的诉讼程序	786
四、中国古代的裁判准据	806
第四节 清末民国的司法诉讼	814
一、清末司法诉讼制度	814
二、民国司法诉讼制度	816
三、革命根据地的司法诉讼	825
 主要参考文献	831
 后 记	847

第八章

中国行政法史

由于“在部门法界分中，中国古代法律与现代法律相对应的难点，在于建构的体系规则和部门法以内的划分规则不同”^①，致使从中国古代法律制度中很难析出现代意义的行政法律体系。然而，在西法东渐的过程中，行政法成为中国近代法制的重要组成部分，并在民国时期成为独立法律部门。那么，既然行政法已经成为近现代中国法律体系的有机组成部分，也就有必要了解其在近现代中国法制中的演化过程，更要了解其历史渊源。而只有运用现代行政法的原理去重新梳理中国古代法制，才能构建传统与现代对接的桥梁，透视行政法的传统与现代。

第一节 中国古代有无行政法之争论

中国古代法律体系与现代法律体系存在着极大差异，因此，由

^① 陈晓枫：《中国法制史新编》（第二版），武汉大学出版社2011年版，前言第2页。

现代行政法理审视,中国古代是否存在行政法?对此,有学者指出:“有关古代是否有行政法的问题未见有专门的论著讨论,但是相当一部分的教材和论著在论及行政法的概念及其历史发展时,对这一问题仍多有涉及,不过其探讨的角度和依据的标准与80年代中期颇有差异,从一个侧面体现了我国当代行政法学一些理念的发展。”^①即使进入21世纪以后,中国古代有无行政法这个争论也并未平息。所以,有必要对此进行分析。

一、中国古代有无行政法之争论

综观中国古代行政法之争论,大体上分为三种:一种是完全肯定说,即中国古代存在行政法;一种是完全否定说,即中国古代不存在行政法;还有一种是折中说。兹对上述说法作一梳理和置评。

(一) 完全肯定说

这种学说认为,中国古代有行政法,因为“自进入阶级社会后,有了国家,就有政府,就必然有管理活动的各种法规……否则如何进行管理和统治?”^②对此观点,有学者指出:“这种观点将行政法理解为有关行政机关的组织及管理的法,认为有国家即有行政机关即有行政法,所以资本主义社会有资本主义行政法,封建社会自然就有封建行政法,这是80年代中期我国行政法学的恢复时期的主流的观点,显示出对行政法概念理解的片面性和局限性。”^③值得注意的是,这种完全肯定中国古代存在行政法的观念主要集中在我国法制史学界的学人身上。不过,在改革开放初期,也有一些行政法学者持有这种看法。“行政法学界也普遍采用了《会典》是行政法典说,王珉灿、张尚鹗等编《行政法概要》中明确将《清

① 杨海坤:《跨入21世纪的中国行政法学》,中国人事出版社2000年版,第64页。

② 杨海坤:《跨入21世纪的中国行政法学》,中国人事出版社2000年版,第66页。

③ 杨海坤:《跨入21世纪的中国行政法学》,中国人事出版社2000年版,第67页。

会典》作为晚清的封建行政法典。在他们编的教学参考资料中还选录了《会典》的原文。其他的行政法教科书也都接受‘古代行政法’的概念，并将《会典》作为有代表性的行政法典。”^① 这种学说主要流行于 20 世纪 80 年代中期以后相当长的一段时期。而这种观点在目前中国法制史研究中依然处于主流地位。^②

值得注意的是，近代不少学者亦肯定我国古代有行政法。以梁启超为例，他在《论中国成文法编制之沿革得失》一文中提到：“然近世学者解释行政法之定义，谓行政法者，总括关于政权作用之法规的全体也。此定义若当，则今传《唐六典》足以当之矣。我国自汉以来，诸种法典中，虽偏重刑法，而关于行政作用之规定者，固已不少，特东鳞西爪，未泐成书。”又认为，“自《唐六典》既颁以后，历代相沿，如《元典章》、《明会典》，乃至现行之《大清会典》，咸汲其流”。这种认识源自于日本学者，“日本博士织田万氏，谓我国行政法法典，发达最早，而推本于周礼”^③。而日本学者织田万则指出：中国古代“尚有法典，以规定施政之大则，余假称之曰‘行政法典’，如彼《周礼》是也”。并认为各国行政法典编纂晚于刑法典，这是共同趋势。“余尝征诸列国法制沿革，刑法先起编成法典，其余皆继而起者，势固当然耳。然则中国行政法典之编纂稍全者果有之乎？西汉以来，有律，有令，有格，有式，皆书记载施政之准则。而其能具法典之体裁，以为后世模范者，莫若于《唐六典》矣。”^④ 由此可见，之所以将其称为行政法典，只是一个“假称”而已。

① 张晋藩：《中国法制史研究综述》，中国人民公安大学出版社 1990 年版，第 374 页。

② 但是，行政法研究的学者在这一问题上的观点已经发生变化，参见完全否定说。

③ 梁启超：《论中国成文法编制之沿革得失》，载梁启超：《梁启超法学文集》，范忠信选编，中国政法大学出版社 2000 年版，第 146、163、146 页。

④ [日] 织田万：《清国行政法》，李秀清、王沛点校，中国政法大学出版社 2003 年版，第 46～47 页。

（二）完全否定说

与上述第一种截然相反的观点则完全否定中国古代有行政法。这种观点认为，中国古代的所谓“行政法”主要规定国家机构的设置和职责范围，其性质类似于“组织法”法规，实际上可将之命名为“官制法”，而非“行政法”。因为“官制法”和“行政法”的历史渊源、社会职能和内在精神完全不同。如果将中国古代的“官制法”看做是“行政法”，那就是“没有比这更糊涂的观念、更混乱的逻辑和更荒谬的结论了”。^① 这种观点主要为 20 世纪 80 年代中后期一些法律文化研究学者们所提出的。同时，一些行政法学者也表达了类似的观点。有学者认为：“我国不曾有过现代西方国家资产阶级性质的行政法和行政法律制度。”^② 持有这种观点的学者是以现代行政法理念为价值立场来立论的，具有鲜明的时代特征。

值得注意的是，完全否定说也并非仅现代学者所持有。即使在近现代中国，亦不乏学者对此予以认同。我国台湾地区管欧和林纪东等学者的著作始终延续了 1949 年以前的观点，即行政法产生具有特定的条件。如管欧认为，行政与行政法不能混为一谈，有行政并非即有行政法之存在，因古时所谓行政，仅系握有统治权之君主或极少数人意思之表现，为所欲为；同时，行政法的起源和发展必须具备下列因素：一是民权思想之激荡，二是行政事项之增繁，三是科学技术之发达，四是社会观念之影响，五是国际关系之增进。而林纪东认为行政法发生的思想原因有：个人主义、自由主义、民主政治、法治政治、权力分工和立法至上。^③

上述观点表明，西方行政法学的引入，使得中国人开始用另一

① 梁治平等：《新波斯人信札——变化中的法观念》，中国法制出版社 2000 年版，第 44～65 页。该书曾于 1988 年在贵州人民出版社出版。

② 姜明安：《行政法与行政诉讼法》，高等教育出版社、北京大学出版社 1999 年版，第 55 页。

③ 参见公丕祥：《法律文化的冲突与融合——中国近现代法制与西方法律文化的关联考察》，中国广播电视出版社 1993 年版，第 190 页。

种视野来认识自己的法律文明，从而在法律观念上发生了深刻的变化。

（三）折中说

面对 20 世纪 80 年代所产生的“中国古代有无行政法”命题，此后的许多学者，不论是行政法学者还是中国法制史学者，均试图解决这一问题。正如有人注意到，“法学界关于中国古代有无行政法的争论，如今逐渐转变为法学内不同法学学科间的分野：法史界一致认为中国古代有行政法，而行政法学界则普遍持相反意见”^①。但是，从整体来看，其持论不再如 20 世纪 80 年代中后期的要么全面肯定，要么完全否定，而往往持折中的立场和观点。应松年教授认为，“在总体上否定资本主义社会以前存在现代意义的行政法并不否认中国古代存在行政法规范。事实上，我国古代社会历朝历代都有许多单独或者合一的行政法规范，其种类繁多、数量极多、范围很广。因此，不应该用‘中国古代不存在行政法’这一断语简单加以否定”。他还认为，“必须明确，我们所讲的行政法是现代意义的行政法。从法律的角度理解，是指在近代作为一个独立部门法产生的行政法。古代诸法合体，当然谈不上作为独立部门的行政法”。^② 这种观点的典型性在于其认为中国古代有行政法规范，但是没有行政法。正如有学者在总结这一论争时指出：“我们也赞成‘古代有古代意义的行政法’这一观点，但觉得关于古代是否有行政法这一问题的讨论还有以下四点应予补充说明：1. 古代行政法是指部门行政法还是行政法规范，这是讨论我国古代是否有行政法的逻辑起点。而显然各家观点对‘行政法’的理解是不同的……2. 究竟何为行政法也是在探讨古代是否有行政法时必须加以明确的前提条件。……3. 并非所有的古代行政法规范都可进行价值判断，不体现价值取向（如阶级性）的社会普遍适用规范（简称社会法）也是古代行政法的重要组成部分。……4. 有关我国古代行

① 徐岚、王梅雾：《解读古代行政法之争：历史与本土法律文化视角》，载《湖南行政学院学报》2007 年第 1 期。

② 应松年：《行政法学新论》，中国方正出版社 1998 年版，第 15 页。

政法的价值内涵应全面衡量……”因此，“我们认为我国古代行政法渊源悠久，内容浩博，具有鲜明的特点，以行政组织、行政管理为主要内容，是中华法系的重要组成部分，尽管它与体现着民主、平等精神的现代行政法有着重大的区别，但它的科学价值和借鉴意义也是不容忽视的”。^①

这种折中说一方面肯定了中国古代行政法的存在，另一方面又对这种行政法类型与现代行政法进行区别。其具体做法就是将行政法和行政规范相区分。这种说法也基本为中国法制史和行政法学两个学科所接受。

作者认为：对于中国古代有无行政法观点的辨识，关键在于辨识标准。上述莫衷一是的争论缘由，说到底还是标准不一、各说各话。若按现代行政法的制约政府权力的基本原理，中国古代肯定没有现代意义的行政法。这种认识是基于现代行政法价值的判断；若从制度功能及表现形式来判断，中国古代的大量的、设置细密的行政组织、行政管理制度，这些都是行政法的重要内容，从这个意义说，中国古代行政法很发达。从不同的辨识标准必然导致不同的结论来分析，双方结论都在情理之中。但是从学者服务社会、关怀社会的角度来讨论，任何学说都应当起到现实关怀作用。从制度整合的角度看，自清末以降，中国人为探索富国强兵之路历尽艰辛。从“西器、西技”到“西法、西制”，并引进现代行政法律制度，建立了中国行政法体系。中国现代行政法由于受传统法律文化的影响，在引入西法体系中的行政话语时，文化对其进行了概念重组及整合，吸取了外来行政的表象成分，继承了中国古代行政法的核心价值，从而形成了现有的中国行政法律制度。因是传统法律文化整合的结果，其既异于西法中的行政法，未将制约政府权力的行政理念贯穿其中，又更多地成为权力侵夺权利的制度假借。同时，亦不完全同于中国古代的行政法，毕竟在文本上我们引进了较先进的制

^① 杨海坤：《跨入 21 世纪的中国行政法学》，中国人事出版社 2000 年版，第 67～70 页。

度，也吸收了现代行政法理念，使中国现代行政法在话语体系上西方化了。但是文化的惯性及作用，规定了人们行动的方向。我国现代行政法在文本上虽然确立了现代行政法原则，但在具体的制度设计上却存在致命短板，缺乏实施现代行政理念的系统制度设计以及限制行政恣肆的刚性制度保障，使行政法基本原则不能社会实现。其基本功能以及核心价值上却向传统回归，导致行政法并未起到应有的作用，甚至于违背立法初衷，并未起到应有的作用。

从文化影响的角度看，任何制度都需要文化的支撑，文化规定了制度实现的程度，以及制度的效率。不顾文化的影响，盲目进行制度移植，历史证明是失败的。因此，任何制度的设置都必须正视文化。在我国古代有当时世界上最精密的行政设计，有系统的行政组织、行政管理规范，而且大多行政规范对于行政权的运作起到了积极作用，历代相沿。罔顾历史文化背景，幻想通过制度引进就能切割历史糟粕，实现行政法治，显然不现实。因此，我们要建设现代行政法制度体系，规范行政权的运作，就必须正视传统，直面中国古代行政法规范体系。因而，否定说的价值判别的合理之处，就是要充分认识到行政法和功能在于治“官”，而非治“民”，中国古代的行政法最为欠缺的正是此价值；肯定说的合理之处在于正视了中国古代的行政法及其制度影响，但过于强调继承制度，又容易继受传统的专制价值。基于此，在我国建设法治国家、构建现代行政法制度的今天，正视中国古代行政法，充分认识其功能和价值，在扬弃的基础上，建设我国的行政法治是很有必要的。

二、中国古代有无行政法之争论的表现形式

中国古代有无行政法之争论并不是单纯地就这一命题而展开的，而是围绕着古代的法现象展开的。这种法现象就是在“律”之外，中国古代尚存在着“典”这一一脉相承的文本系统。其最为典型的的就是《唐六典》和明清会典。而追溯其源头，又不能不涉及《周礼》。所有这些文本的存在，均需要中国法律史学者从法律性质上对其定性，由此在认识上出现了种种分歧。

（一）《周礼》的法律性质

按照顾颉刚的研究,《周礼》一书出自战国学者之手,很可能是齐国的稷下学派为实现大一统而勾画的政府机构的蓝图,其内容主要来自对于战国时期各国行政机构的采录,同时也反映了若干西周时期的职官制度。^① 尽管如此,该书对后世中国政治制度史影响甚巨,以至于无论是中央政治组织还是地方政治组织均可以从中找到历史的原型。不过,围绕着《周礼》的性质,在理论上却引起了很大争议。有学者认为,《周礼》是一部周代的行政法典,其中所记载的国家机构和职官,是西周时期国家机关设置的具体规定。^② 有学者亦认为,“《周礼》一书则是行政法规的汇编”,“从《周礼》书中所反映的政府组织来看,已具有行政法典的形式”。^③ 对此,有些研究者认为:“礼是古时宪政法律体系中必不可少的一部分,而‘集礼于政’的完备体现则是作为行政法雏形的《周礼·春官篇》,它将礼的高度上升到了与治国之政、治民与土地、治军政、治刑等相同的地位,甚至排名仅在治国与治民之后。礼作为一个时代特色的元素,它的注入使《周礼》成为富有当时的时代特色之行政法雏形。”^④ 不过,有学者在研究古代礼仪法时却提出,“中国古代的礼仪习俗与规则其大量内容被法律化,即由朝廷确认或制定,明令遵行,礼仪法成为法律体系中一个重要的组成部分,一个自成体系的法律门类,甚至在唐以后实现了法典化,有诸

① 顾颉刚:《“周公制礼”的传说和〈周官〉一书的出现》,载《文史》第6辑,中华书局,1979年。转引自杨一凡:《新编中国法制史》,社科文献出版社2005年版,第185页。

② 杨一凡:《新编中国法制史》,社科文献出版社2005年版,第185页。

③ 白钢:《中国政治制度史》(第一卷总论),人民出版社1997年版,第787页。

④ 翟树毅、韩洋:《〈周礼〉:中国古代行政法之雏形》,载《法制与社会》2009年第9期。