

中国古代法律体系新论

刘广安 著

高第

Zhongguo Gudai
Fali Tixi Xinlun

中国古代
法律体系
新论

刘广安 著

中国政法大学出版社
Beijing University of Political Science and Law Press
100081 Beijing

作者简介

刘广安，中国政法大学教授，博士生导师，北京大学法学院兼职教授。北京大学法学学士（1983年），中国政法大学法学硕士（1986年），法学博士（1989年）。著有《清代民族立法研究》、《中华法系的再认识》等书。讲授中国法制史、中国法律思想史等课程。



前言

1997年，我申请的《中国立法史研究》课题，获得司法部立项。因经费太少，只完成了关于明代立法的3万余字的论文，收入张晋藩先生主编的由法律出版社1999年出版的《中国法制通史》第七卷之中，未能出版独立的著作。后来陆续发表了几篇相关的论文，也没有独立成书。2011年6月以来，为准备中国政法大学2011级法律史专业博士生导师课《中国古代法律体系综论》的讲稿，我集录了中国古代法律体系认识的发展的一些资料。为参加中国政法大学法律史学研究院2011年10月在北京举办的国际学术研讨会，撰写了《令在中国古代的作用》的论文。近年来我写的法史学论文，主要涉及中国传统法典与法律体系的新的认识问题、中华法系与中国法史学发展的反思问题。所写论文不论长短，不论是根据立法者建构的体系还是根据研究者建构的体系，都希望能在法史学的学术认识功能、历史借鉴功能和文化教育功能方面，发现新的视角，提出新的问题，阐明新的观点，或辨析新旧史料，运用切合论题特点的方法，为深化法史学的认识、推动法史学的发展作出滴水穿石的努力。为方便与学界同仁交流，特选择近年独立撰写的法史学论文和部分发言提纲，结集出版，谨请博雅君子批评指正。

郑重声明

高等教育出版社依法对本书享有专有出版权。任何未经许可的复制、销售行为均违反《中华人民共和国著作权法》，其为人将承担相应的民事责任和行政责任；构成犯罪的，将被依法追究刑事责任。为了维护市场秩序，保护读者的合法权益，避免读者误用盗版书造成不良后果，我社将配合行政执法部门和司法机关对违法犯罪的单位和个人进行严厉打击。社会各界人士如发现上述侵权行为，希望及时举报，本社将奖励举报有功人员。

反盗版举报电话 (010) 58581897 58582371 58581879

反盗版举报传真 (010) 82086060

反盗版举报邮箱 dd@hep.com.cn

通信地址 北京市西城区德外大街4号 高等教育出版社法务部

邮政编码 100120

前言

中国传统法典与法律体系反思

3

中国古代法律体系认识的发展

23

古代律典的确定性与不确定性

35

中国古代法典作用的再探讨

45

令在中国古代的作用

57

明朝法律体系综论

81

清朝法律体系概要

131

法典概念在晚清论著中的运用

139

晚清人士对部门法体系的认识

147

中华法系特点的发展

163

中华法系生命力的重新认识	173
六法概念引进中国的反思	189
儒家法律特点的再认识	197
法家法治思想的再评说	207
中国法史学基础问题反思	219
梁启超的中国法史学观	233
中国法制史的分类认识	245
法史学著作的典范	253
重读《中国法律与中国社会》	261
前言选录	275
发言选录	295
自传选录	307
后记	327



中国传统法典与 法律体系反思

关键词:

中国传统法典
法律体系
反思

摘要 近代以来的学者对中国传统法典与法律体系的认识，存在不同的观点。张晋藩先生对这方面的问题进行了更高程度的理论概括，提出了有广泛影响力的学术观点，改变了中国法制史研究长期集中于刑事法史领域的局限，促进了中国法制史研究在部门法史和专门法史领域的展开；改变了否定中国古代存在民法的观点影响突出的局面，促进了中国民法史研究的发展和深化。张先生的论述对中国法制史研究领域的拓展和理论水平的提高产生了重大的影响，值得我们认真总结。

一、近代学者对中国传统法典与法律体系的认识

在近代学者中，沈家本、梁启超吸收西方近代法律体系的理论，对中国传统法典与法律体系的反思较早。沈家本在清末主持修律过程中，曾对刑法和刑事诉讼法的关系有专门的论述。他认为：“诸律中以刑事诉讼律尤为切要。西人有言曰：刑律不善不足于害良民，刑事诉讼律不备，即良民亦罹其害。盖刑律为体，而诉讼为用，二者相为维系，固不容偏废也。中国第有刑律，而刑事诉讼律向无专名，然其规程，律文中不少概见。李悝《法经》有《囚法》、《捕法》，《唐律疏议》谓：《囚法》即《断狱律》，《捕法》即《捕亡律》，此即刑诉之权舆。汉魏以降，篇目迭更，亦暨宋明，代有修改。其中如告劾、传覆、系囚、鞠狱、讨捕、斗讼诸律，规定綦详。我朝钦定《大清律例》，亦列诉讼、断狱、捕亡等目。是中国未尝无刑事诉讼律，特散见于刑律之中，未特设专律耳。”¹ 沈家本还从“体用”关系角度谈到刑法和诉讼法的关系，他认为：“法律一道，因时制宜，大致以刑法为体，

1—《大清刑事诉讼律草案·奏疏》。

以诉讼法为用。体不全，无以标立法之宗旨；用不备，无以收行法之实功。二者相因，不容偏废。”²

沈家本对民法和民事诉讼法的关系也有专门的论述。他认为：“东西各国法制虽殊，然于人民私权秩序维护至周，既有民律以立其基，更有民事诉讼律以达其用。是以专断之弊绝，而明允之效彰。中国民、刑不分，由来已久。刑事诉讼虽无专书，然其规程，尚互见于刑律。独至民事诉讼，因无整齐画一之规，易为百病丛生之府。若不速定专律，曲防事制，政平讼理未必可期，司法前途不无阻碍。”³

沈家本在论述从西方引进的近代部门法的关系时，常与中国历史上的法律体系相比较，认为中国传统法律已经包含有西方近代部门法的内容。他认为：中国“往昔律书体裁虽专属刑事，而军事、民事、商事以及诉讼等项错综其间”⁴。“查中国诉讼断狱，附见刑律，沿用唐明旧制，用意重在简括。揆诸今日情形，亟应扩充，以期详备。泰西各国诉讼之法，均系另辑专书，复析为民事、刑事二项。”⁵

沈家本的以上论述，影响了后来的中国法制史学者的以下认识：

第一，中国传统法典包含有西方近代部门法的内容，是诸法合体的法典。

第二，中国传统法律在形式上是以刑为主的法律。

梁启超是在晚清时期运用近代法典概念论述中国法制史

2—《修订法律大臣沈家本等奏进呈诉讼法拟请先行试办折》，载朱寿朋编：《光绪朝东华录》（第5册），中华书局，1958，总第5504—5506页。
3—《民事诉讼律·奏折》，修订法律馆印刷。

4—《光绪新法令》第20册，沈家本《进呈刑律分则草案折》。

5—《修订法律大臣沈家本等奏进呈诉讼法拟请先行试办折》，载朱寿朋编：《光绪朝东华录》（第5册），中华书局，1958，总第5504—5506页。

6— 梁启超:《饮冰室合集》第二册,《文集》第二册(十六),中华书局,1989,第1—61页。

的代表人物。他在1906年撰写的《论中国成文法编制之沿革得失》⁶一文中,大量引用了日本法学家穗积陈重《法典论》的观点,在利用外来法典理论的基础之上提出了自己对法典的认识。他认为:“成文法之初起,不过随时随事,制定为多数之单行法。及单行法发布既多,不得不撮而录之,于是所谓法典者见焉。然法典之编纂,其始毫无组织,不过集录旧文而已。及立法之技量稍进,于是或为类聚体之编纂,或为编年体之编纂,画然成一体裁。及立法之理论益进,于是更根据学理以为编纂,凡法律之内容及外形,皆有一定之原理原则以组织之,而完善之法典始见。”进而提出了关于中国历代法典产生和发展的观点,认为:“及春秋战国,而集合多数单行法,以编纂法典之事业,蚤已萌芽。后汉魏晋之交,法典之资料益富,而编纂之体裁亦益讲,有组织之大法典,先于世界万国而见其成立(罗马法典之编成在西历534年,当我梁武帝中大通六年。晋新律之颁布在晋武帝泰始四年,当彼268年)。唐宋明清,承流蹈轨,滋粲然矣。其所以能占四大法系之一,而粲然有声于世界者,盖有由也。”梁启超虽然称赞中国法典产生的历史早,有沿革清晰的历代成果,但又认为中国历史上的法典“编纂太无意识,去取之间绝无一贯的条理以为之衡。故一法典中而其文意相矛盾者,指不胜屈,使用法者无所适从,而法典之效力以相消而不复存在。此不得不谓编纂方法拙劣之所致也”。他进而认

为缺乏系统严密的总则是历代法典的主要缺陷，“我国今日现行两大法典，其《大清会典》无所谓总则，不必论矣。其《大清律例》沿晋唐之旧，首置《名例律》一门，颇有合于总则之义。虽然《大清律例》之《名例律》有非贯通于全律之大原则而亦入其中者，有贯通于全律之大原则而不入其中者，谓《名例律》足以包举诸律焉不得也，谓诸律悉无触背《名例律》焉不得也。故《名例律》者，有总则之名而未能全举其实者也。夫《大清律例》为发达最古稍称完备之书，而犹若是，其他更无论矣。”梁启超运用近代法典概念和理论批评中国传统法典，看到了传统法典的某些缺陷，但对传统法典的指导思想和总则篇的历史地位认识有偏差。在法家思想占统治地位的时代，传统法典贯穿着君主本位的立法思想和指导原则。在儒家思想占统治地位的时代，传统法典贯穿着家族本位的立法思想和指导原则，而家族本位实际是君主本位的基础。所以，君主本位是贯穿于《法经》至《大清律例》的中国传统法典的总的指导思想和基本原则。中国传统法典在概念、内容、形式和范围方面，与近代受西方法律思想影响的法典有很大不同，但并非无意识的、无基本原则的松散的组合体，而是有明确立法思想的有稳定基本原则的固有法典。⁷

梁启超根据西方近代部门法分类的理论认识中国古代的法律体系，比沈家本更进了一步。他认为：“近今学者言法律

7- 参见刘广安：
《法典概念在晚清
论著中的运用》，载
《华东政法大学学
报》2009年第6期。

之分类，其说虽不一，而最普通者，则大别为公法、私法之两种。公法者，所以规定国之组织，及国与人民之关系，国与国之关系者也。私法者，所以规定人民相互之关系，及甲国人与乙国人之关系者也。公法之中，有规定国家之根本的组织者，是名宪法。有规定行政机关及其活动之规律者，是为行政法。有为国家自卫起见，科刑罚于犯法之人者，是为刑法。两独立国之间，互定其法律关系者，是为国际公法。私法之中，有规定一般私人间之权利义务者，是为民法。或于民法中，别取其关于商人商事者，为特别法，以详定之，是为商法。有规定甲国私人与乙国私人间之权利义务者，是为国际私法。法律分类之大概如是，今以我国历代遗传及今日现行之成文法按之。……我国法律之发达，垂三千年。法典之文，万牛可汗，而关于私法之规定，殆绝无之。夫我国素贱商，商法之不别定，无足怪者。若乃普通之民法，据常理论之，则以数千年文明之社会，其所以相结合相维护之规律，宜极详备。乃至今日，而所恃以相安者，仍属不文之惯例。而历代主权者，卒未尝为一专典以规定之，其散见于户律户典者，亦罗罗清疏，曾不足以资保障，此实咄咄怪事也。”⁸梁氏在文中注明，公法、私法的界说，参考了日本学者梅谦次郎《民法原理》一书的观点。关于西方近代部门法与中国历代成文法的关系，参考了日本学者浅井虎夫发表在《史学杂志》第14卷第8号上的观点。梁氏还特别补充说

8— 梁启超：《论中国成文法编制之沿革得失》。见《饮冰室合集》第二册，《文集》第二册（十六），中华书局，1989，第1—61页。以下引文或大意转述皆出于此书，不再一一注释。

明，西方近代部门法的分类与中国历史上根据六部职掌的法律分类，形式不同，体系不同，不可以等同视之。浅井虎夫列表比附的观点，不是十分正确的。梁启超意识到了西方近代部门法与中国历代成文法在形式和体系上的不同，但还没有找到更为合理、更为圆满的解释方法。直到今天，中国法史学者仍在为找到更为清楚、更为准确的以今释古的解释方法而努力。

梁启超对唐代法律体系的评论，也突出地反映了他对中国传统法律体系的认识。他根据《唐六典》和《旧唐书·刑法志》对律、令、格、式四种法律形式的解释认为：唐代的令为一般的国法，格为行政法及民法，律为刑法，式为施行诸法的细则。他对自己认识的准确性不太肯定，补充说：“然考诸当时之载籍，其界限亦不甚分明，今举其名而推定其性质。”他根据《唐六典》所载唐令的篇目看到：“律令两者对象之目的物，固有相同者（如律有《卫禁》，令有《宫卫》。律有《户婚》，令有《户令》。律有《厩库》，令有《仓库》、《厩牧》等），而令之范围甚广，律之范围较狭也。令则普涉于一般国法，律则专限于刑法也。然则律与令二者非性质上之差别（两者皆有固定的性质与格、式异），而资料上之差别也。非如日本命令与法律之差别，实如日本刑法与其他法律之差别也。”

梁启超接受日本学者织田万关于中国古代有行政法与刑