

简体版

中國法史導論

黃源盛◎著

014056025

D929
130

简体版

中国法史导论

Z h o n g g u o F a s h i D a o l u n

黄源盛◎著



北航

C1744091



GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS
广西师范大学出版社

·桂林·

D929
130

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法史导论 / 黄源盛著. —桂林: 广西师范大学出版社, 2014.9

ISBN 978-7-5495-5663-2

I. ①中… II. ①黄… III. ①法制史—研究—中国
IV. ①D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 147292 号

广西师范大学出版社出版发行

(广西桂林市中华路 22 号 邮政编码: 541001)
网址: <http://www.bbtpress.com>

出版人: 何林夏

全国新华书店经销

广西大华印刷有限公司印刷

(广西南宁市高新区科园大道 62 号 邮政编码: 530007)

开本: 787 mm × 1 092 mm 1/16

印张: 31.25 字数: 450 千字

2014 年 9 月第 1 版 2014 年 9 月第 1 次印刷

印数: 0 001~5 000 册 定价: 68.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。



黄源盛

1955年生于台湾云林。台湾大学法学博士，日本京都大学法学部研究。政治大学法学院前特聘教授，现专任辅仁大学法律学系教授，“中研院”历史语言研究所兼任研究员。先后兼职于台北大学、台湾大学、东吴大学等校，讲授法制史、中国法律思想史、刑法。专长法史学、刑法学，著有《中国传统法制与思想》（1998，五南）、《民初法律变迁与裁判》（2000，台湾政治大学法学丛书47）、《法律继受与近代中国法》（2007，台湾政治大学法学丛书55）、《汉唐法制与儒家传统》（2009，元照）、《民初大理院与裁判》（2011，元照）以及《中国法史导论》（2013，犁斋社）等书，另有法史学相关学术论文多篇。

近二十年，致力于“民初司法档案”与“晚清民国立法史料”的整编与研究，纂辑有《平政院裁决录存》（2007，五南）、《景印大理院民事判例百选》（2009，五南）、《晚清民国刑法史料辑注》（2010，元照）、《大理院民事判例辑存》（2012，犁斋社）、《大理院刑事判例辑存》（2013，犁斋社）、国民政府时期《最高法院民事判例辑存（1928—1934）》（2014，犁斋社）、国民政府时期《最高法院刑事判例辑存（1928—1934）》（2014，犁斋社）等法制史料数十册。主编《法制史研究》，推动各项法史学术研究计划。

序

凡事讲求实效的当代人，每逢学校新开一门课，总喜欢问：为什么要学？学什么？怎么学？

传统中国，明代以前，法制史的研究乃属史学的一部分，自清代开始，专门从事斯学的研究者才姗姗来到。从某种意义上说，一门学科要在学术界确立地位，为世人所承认，必须在大学里正规系统地讲课。而“法制史”课程列为大学法律系所必修者，可远溯自清光绪三十二年（1906）修律大臣沈家本所筹办的“京师法律学堂”，当时所开列的科目为“大清律例及唐明律”、“现行法制及历代法制沿革”；可以说，沈氏是中国法史学科的奠基人。后历经民初北京政府颁布的《大学令》和《大学规程》，其中所订法科课程中均列有“法制史”一科；到了20世纪40年代初，几经修定后，“中国法制史”列为必修课，已趋于定型。

时移势迁，近些年，时人常将法史视为“冷僻之物”，学生对于修习法史课程的意义与价值，多少有些疑惑，甚至有畏难和排斥的情绪；法律学研究所更少有人选修这方面的课程，每多以为“学而不能求现，

‘所学何用?’时也!势也!早在数十年前,论者对于法制史教育就有“办学既轻其事,教学者益懈其责,修学者至于虚应故事!”的感叹,至今仍未多改善,何以致之?

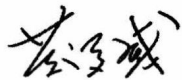
现实如此这般,法史学教育究竟该如何重新定位?要如何避免这门学科被极端“边缘化”?这须要认清真相,也要勇于承担与善加应对。多年来,我一直以为,一门学科进步的迟速,往往视其修习的兴趣以为衡;兴趣浓厚,无须鞭策,水到渠成;兴趣淡然,勉强督促,也难有功。

或许要问:怎样才能提升年轻人对法史修学的兴致?首要之务,或在于师资的适才适所;其次,是教材内容的脱俗中肯以及教学方式的生动深刻;尤其重要的,恐怕是观念的改变,要让学子能意识到,过去的法律制度或法律思想,对于眼前的法文化仍有抽刀断水的关联性;历史告诉我们,传统与当代并非那么地泾渭分明,也没有所谓的楚河汉界;传统既是一宗包袱,也是一笔资产。如果,我们不对过去的法文化作一番深入的考察与评价,便无法理解中华法系是如何从传统过渡到近现代,也就不能从中得到一些有益的借镜与启示,更不能为未来的法制改革获得机先。

青春最是留不住,年少时爱好文史的初衷犹在,而今发已苍苍,生命悄悄地来到了秋天的季节,“秋者,天之别调”;和往常一样,喜欢悠游于山林之间。宁心静观万物,一粒种子,从大树上掉下来,不到三秒钟,就被小鸟吃了;一粒种子,从大树上掉下来,落在石头上,过了三天就被烈日晒干了;一粒种子,从大树上掉下来,刚好掉在温沃的土壤里,数月之后,长出幼苗,幸得有心人士的呵护,逾三五十年之后,又是一棵耸秀大树!同样是一粒种子,“因”相同,“果”何以如此不一样?或许,这就是我年轻时不太能体悟的所谓“万般因缘”吧!

“飞花坠叶当中，可作因缘观。”这些年来，经常引用这句话。三不五时，漫步于居家附近的内双溪畔，空山素月，水自潺潺，遥想起当年孔夫子在川上的感叹：“逝者如斯夫，不舍昼夜！”也想起李白《把酒问月》的片段：“今人不见古时月，今月曾经照古人。古人今人若流水，共看明月皆如此。”自出入海内外各大学法史讲堂以来，流光也似水，忽忽已历三十个年头，一直想写一本既能通达也能扼要的教科书，无奈心长手短，蹉跎迄今！前年岁杪，忽觉众缘和谐，乃翻检过去积稿盈尺的讲义，而当面对两三千年漫漫中国法文化长河，到底该如何拣择？思量者再。

作为一本大学教课用书，当然无法纵横深论，也不可能面面俱到；既要避免陷于断烂朝报式的堆砌，也要不落入天马行空式的议论，尤要顾及讲教时数的局限；古今多少事，欲说还休；最后，只能“轻其所轻、重其所重”，有选择性地集中讲述其中几个核心课题而已；自先秦以迄民国，以“历史时期”区分为经，从法律规范、法律制度到法律思想、法律意识乃至司法实践，以“问题导向”解析为纬，兼采“变”与“不变”的静态与动态书写方式，删简修并既有讲稿，勉以成编；不求完整，但求“阙”中有料，如此足矣！希望有助于年轻学子人文素养的提升；也至盼有缘人，能提供高见，以利来日的正谬补阙。是为序！



2014（甲午），初春

于台北外双溪，犁斋

目 录

1	导言：法史学的第一堂课	1
1.1	法史学的名称、性质及其定位/3	
1.1.1	法史学的各种名称及其含义	
1.1.2	法史学的学科性质及其在法学体系中的定位	
1.2	法史学研究的对象与范围/11	
1.2.1	法律规范	
1.2.2	法律制度	
1.2.3	法律思想	
1.2.4	法律意识	
1.2.5	司法实践	
1.2.6	其他领域	
1.3	研究中国法史的目的和方法/21	
1.3.1	关于研究目的	
1.3.2	关于研究方法	

绪编 路漫修远 上下求索

2	规范的源流与法系的形成	39
---	-------------------	----

2.1	人类社会规范的起源及其衍化/40	
2.1.1	由图腾崇拜到答布禁忌	
2.1.2	从灋、律、刑的解诂看中国法规范的原型	
2.1.3	从复仇到私力公权力化	
2.2	传统中国社会中的习惯与习惯法/53	
2.2.1	从习惯（俗）到习惯法	
2.2.2	习惯与制定法的关系	
2.3	历史中的罗马法系与中华法系/60	
2.3.1	西方的罗马法系	
2.3.2	中华法系的形成与发展特色	
2.3.3	中华法系对东亚诸国的影响	
3	传统中国法文化的内涵及其特征	73
3.1	天人感通的法理论基础/74	
3.1.1	法理思想层面	
3.1.2	立法与司法方面	
3.2	以刑为主的规范混同编纂体例/81	
3.2.1	关于法典编纂体例	
3.2.2	关于民事法不发达的原因	
3.2.3	采客观具体的立法技术	
3.3	以家族伦理义务为本位的法律实质精神/89	
3.3.1	关于家族本位	
3.3.2	关于伦理本位	
3.3.3	关于义务本位	
3.4	司法与行政合中有分/98	
3.4.1	关于中央司法机关	
3.4.2	关于地方司法机关	
3.5	法的世界与现实的世界/105	
3.5.1	无讼乎？惧讼乎？	
3.5.2	民间规范乎？国法乎？	

3.5.3 比附援引乎? 罪刑法定乎?

上古篇 古典法文化的原型

4	先秦时期的封建社会与法理思想.....	119
4.1	西周的封建体制与法理念/119	
4.1.1	宗法制度的社会	
4.1.2	周公的法理思想	
4.1.3	德、礼与刑的关系	
4.2	先秦诸子的法理论/127	
4.2.1	对于天道的观念	
4.2.2	对于人性的看法	
4.2.3	对于“法”地位的态度	
4.3	春秋晚期成文法公布的争议/148	
4.3.1	从习惯法到成文法	
4.3.2	成文法的公布	
4.4	中国体系化成文法典的始原/158	
4.4.1	李悝其人及其时代	
4.4.2	《法经》的主要内容和特点	
4.4.3	《法经》对后世的影响及其历史意义	
5	秦汉法制与两汉春秋折狱.....	166
5.1	《睡虎地秦墓竹简》与秦律/166	
5.1.1	《睡虎地秦墓竹简》的出土	
5.1.2	从秦简管窥秦律的形式与内容	
5.2	汉初法制的规制与运作/171	
5.2.1	刘邦与民“约法三章”	
5.2.2	萧何制定《九章律》	
5.2.3	汉代的法规范形式	

5.3 《张家山汉墓竹简》与汉初法制/181

5.3.1 《二年律令》

5.3.2 《奏谏书》

5.4 春秋折狱与儒家传统/185

5.4.1 “春秋折狱”的义涵及其盛行的时代背景

5.4.2 董仲舒春秋折狱案例探微

5.4.3 董仲舒以外的“春秋折狱”案例

5.4.4 春秋折狱平议

中古篇 成文法典的成熟与因袭

6 唐律中的礼刑思想..... 217

6.1 唐律的前世今生/218

6.1.1 唐律的渊源

6.1.2 唐朝的法规范形式

6.1.3 律和律疏

6.2 唐律立法思想的理论基础/228

6.2.1 源于天道的人文秩序精神

6.2.2 儒家思想法律化的支配

6.2.3 外儒内法与泛道德思想现实政术的运作

6.3 唐律礼本刑用观的具体内容/234

6.3.1 罪刑因身份而异

6.3.2 据礼以释律之例

6.3.3 不应得为条的运用

6.4 唐律礼本刑用观评述/246

6.4.1 道德·礼与刑的纠葛

6.4.2 积极面与再反思

7 宋元时代的法律文化..... 257

- 7.1 宋代的立法与司法/258
 - 7.1.1 《宋刑统》的制定
 - 7.1.2 司法诉讼制度的转化
- 7.2 宋朝法制的变与不变/264
 - 7.2.1 皇权与司法
 - 7.2.2 刑制变化
 - 7.2.3 婚姻继承的法制
- 7.3 宋朝的司法考试及案牘判语/268
 - 7.3.1 宋代的司法考试
 - 7.3.2 宋代的案牘判语——《名公书判清明集》
- 7.4 元朝法制的变化及其特点/275
 - 7.4.1 元朝的立法活动
 - 7.4.2 元朝法律的基本特点
- 7.5 元代的刑制与司法机构/283
 - 7.5.1 元朝刑制的变化
 - 7.5.2 元朝的司法机构

近世篇 中国法文化的盘整与转化

- 8 明清社会与法制的发展..... 291
 - 8.1 明朝法律的基本内容与特色/292
 - 8.1.1 《大明律》与《明大诰》
 - 8.1.2 唐、明律的比较
 - 8.1.3 《问刑条例》与《大明律》的关系
 - 8.2 明朝的司法制度/298
 - 8.2.1 中央司法机构
 - 8.2.2 诉讼制度
 - 8.2.3 申明亭与民间调处
 - 8.3 清朝的立法素描/303

- 8.3.1 《大清律例》中的律与例
- 8.3.2 会典和则例
- 8.3.3 清朝的民族异法和五刑之制
- 8.4 清朝的司法制度/312
 - 8.4.1 司法机关——中央三法司
 - 8.4.2 刑名幕吏与司法审判
 - 8.4.3 诉讼审判制度

现代篇 西潮冲击与新旧法文化的交替

- 9 晚清社会变迁与中国法律近代化…………… 325
 - 9.1 从固有法到继受法/326
 - 9.1.1 法律继受的含义及其理论基础
 - 9.1.2 晚清继受外国法的动机与时代背景
 - 9.2 法律西化过程中的配套措施/340
 - 9.2.1 修订法律大臣沈家本衔命修律
 - 9.2.2 修订法律馆的成立
 - 9.2.3 外国法律法学文献的编译
 - 9.2.4 新式法律学堂的创设
 - 9.2.5 日本法学专家的延聘
 - 9.3 晚清变法修律中的礼法争议/358
 - 9.3.1 争辩之一：采用陪审制、律师辩护制可行乎？
 - 9.3.2 争辩之二：“准礼制刑”的立法原则可变乎？
 - 9.3.3 争辩之三：罪刑法定主义可采乎？
 - 9.3.4 争辩之四：无夫奸存乎？废乎？
 - 9.3.5 争议之五：子孙违犯教令入律乎？删除乎？
 - 9.3.6 争议之六：卑幼对尊长能否适用正当防卫？
 - 9.4 晚清西法东渐中国法律的重大转折/385
 - 9.4.1 从中华法系到欧陆法系

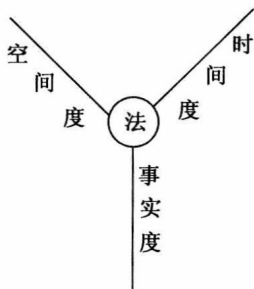
9.4.2	由刑律为主到六法分列的法典编纂体例	
9.4.3	由家族伦理义务本位到个人自由权利本位	
9.5	晚清继受外国法的历史与时代意义/397	
9.5.1	从法律继受的观点	
9.5.2	从体制内改革的局限性观点	
9.5.3	从社会变迁与法律变革的观点	
10	民国法制的继承与新创	406
10.1	民初北京政府时期的过渡性法制(1912—1928)/407	
10.1.1	晚清法律近代化的承接与整合	
10.1.2	法制不备下的司法运作实况	
10.1.3	民初“百姓告官”可乎?	
10.2	南京国民政府时期“六法全书”的成形与实际(1928—1949)/423	
10.2.1	“六法全书”法典编纂事业的全面开展	
10.2.2	党国训政体制下的立法特征	
10.3	民国法律文化的几点省思/434	
10.3.1	政权转替与法统的“变动性”问题	
10.3.2	超前立法与“法教”问题	
10.3.3	传统法律文化与近代法律思潮的“调和”问题	
10.3.4	法治社会乖常现象与法律“在地化”问题	
11	结语	445

附录

- 附录一 帝制中国法文化纪事/453
- 附录二 晚清民初法制要事年表/465
- 附录三 关键词索引/475
- 附录四 黄源盛作品一览表/480

导言：法史学的第一堂课

虽说，法学是一门以“法律”为探讨对象的人文社会科学，应以“人”为本来作研究。其实，人类在浩瀚无垠的宇宙中，实在非常渺小。不仅时间方面如此、空间方面如此，各种万千流变的史事也是如此。可以这么讲，世间万象，林林总总，而其成住坏空不离时间、空间与事实三个面向¹。图示如下：



具体说来，每一个别特殊的法规范事件，均有其三度，统摄“法”的诸象，构成一个“预测法的坐标”。我们探讨法的历史，实不可不准

¹ “成、住、坏、空”是佛家用语，乃指世界从形成到毁灭的四个阶段；宇宙有成、住、坏、空，人类则有生、老、病、死。

诸时、地、事物的蕃变¹。

(一) 时间度：人事有代谢，往来成古今；法规范依时为乘除，本非一成不变。所有的法规范均存续于一定时间之中，都具有时间的属性，时间会“吞食”一切存在的事物，因此，具体存在的法规范，也终将难逃流光所侵蚀的命运。

(二) 空间度：所有的法规范，均在一定的领域，或对一定的人民发生效力，没有一种法规范，它的效力范围是普天下的；也没有一种法规范，它的统辖范围是毫无限制的。而如果我们用“中国”来界定法史研究的空间范围，不能仅限于“帝王所都”，更不能拘于“中原”“中土”的范围，还应包括“中原”之外的其他地区。

(三) 事实度：人类文化的演进，需要乃理想的根源；理想者，事实之母，而事实又为典章制度的先导。法规范的产生，亦必先有事实；所有的法规范都与事实有关，每一法规范均统制一定的事件或某一类的情事而已，不可能无所不包。可以说，事实度即为“人间事”，它不但讲你我的关系，还讲群我的关系。

从古今中外“法”的历史演进看来，法规范并非纯为民族历史、民族精神与民族确信的反映²，而仍须顾虑到人类理性的创造，具有发展性与可变性。历史的演进，根源于时势的形成与变动，时势不断衍化，历史也就不断变异；因此，顺势而变与因革损益，自是自然之理。一代之法，缘一代之政体而生，事为昔人所无者，不妨自我而创。

1 吴经熊曾说：“抽象的法律，从未在时空任何一点上存在过；抽象的法律系属本质的范围，并非存在于真实的世界。……每一个特殊的法律均有其三度，无时间、无效力范围和无事实争点之法律是不存在的。”参阅氏著《法律的三度论》，收于中华法学院编辑《法学论集》（台北：中国文化大学出版部，1983年8月），第1—4页。另参阅小林直树《法の人間学的考察》（东京：岩波书店，2003年12月），其中第三章《法の時間論》，第131—198页，第四章，《法の空間論》，第199—264页。

2 德国历史法学派的创始人萨维尼（Friedrich Carl von Savigny, 1779—1861），强调法的民族性，主张习惯法优越；认为法律现象的研究应根据历史的事实，重视时间的因素。申言之，要立法之前，须由法学家先整理已经存在的法素材，并以此为基础来建立法体系，不是单纯由立法者抽象地订定。

1.1 法史学的名称、性质及其定位

为了言顺，必也正名乎！学习本课程之前，有必要先回答，什么是“法史学”？向来，有关“法”的历史研究，人们最为熟悉的名词可能是“法制史”、“法律史”与“法文化史”等。关于这些名词之间的区别与关联性要先予厘清，因为它牵涉到法史学研究的对象、范围、目的乃至方法的问题。

1.1.1 法史学的各种名称及其含义

凡物皆有其名称，是一种“名目”与“称谓”；它本来只是一种事物的“符号”而已，并无深义，但有时却左右着该事物所指涉的内涵。如单以中国法史来说，如何正名的背后，其实是一个研究基本问题的投射，也就是中国法史的研究对象到底为何？

1.1.1.1 法制史

中国向有律学传统，但近代意义上的“法制史”乃晚清民初继受西学并糅合固有学术的产物。考其来源，“法制史”课程之为名，始见于日本¹。晚清实施近代法学教育以来，光绪二十九年（1903）的“癸卯学制”，清政府颁行的《大学堂章程》，规定在四年制法政科法学门中开设“中国历代刑律考”和“中国古今历代法制考”两门课程；1906年《京师法律学堂章程》在法律门教学科目中正式确立了“中国法制史”课程。民国肇建以后，民元北京政府颁布的《大学令》以及1913年的《大学规程》所订法科课程中，均列有“法制史”“比较法制史”等科目，此后至20世纪40年代初，大学法律系科目表里，几乎都以“中国法制史”为名，而列为必修课。陈顾远（1896—1981）对于“中国法制史”曾下过这么一个定义：

1 引自陈顾远《中国法制史概要》（台北：三民书局，1977年），第8页。