

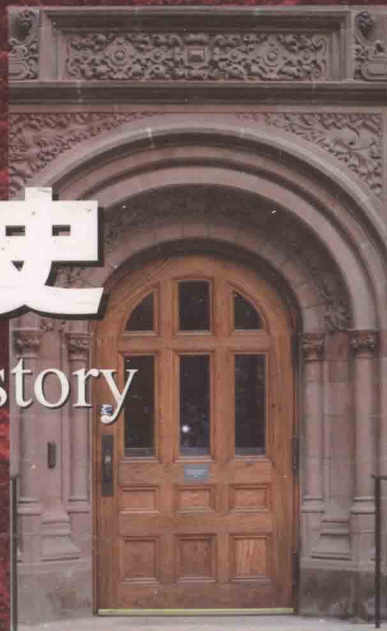


法律硕士（JM）联合教材

中国法制史

Chinese Legal History

郭建金 敏
周东平 马建红 著
张仁善



本系列教材以最新法律硕士（JM）培养方案为指导，全面系统，定位明确，突出前沿性和针对性，兼顾系统性和专题性，协调了理论性与实践性，强调了中国现行的立法规定和法律实务，重视从实践中提炼理论，着重法律原理的思维训练，特别是从“学理—实践”互动的角度对当前司法实践和社会生活中的难点和热点问题进行了重点阐述。



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社



法律硕士（JM）联合教材

中国法制史

Chinese Legal History

郭建金 敏
周东平 马建红 著
张仁善



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法制史 / 郭建等著. — 杭州: 浙江大学出版社, 2011. 5

ISBN 978-7-308-08211-2

I. ①中… II. ①郭… III. ①法制史—中国 IV. ①D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 239660 号

中国法制史

郭 建 金 敏 周东平 马建红 张仁善 著

丛书策划 樊晓燕 曾建林 葛 娟

责任编辑 葛 娟

封面设计 俞亚彤

出版发行 浙江大学出版社

(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 杭州中大图文设计有限公司

印 刷 杭州浙大同心教育彩印有限公司

开 本 710mm×1000mm 1/16

印 张 22

字 数 407 千

版 印 次 2011 年 5 月第 1 版 2011 年 5 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-08211-2

定 价 45.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部邮购电话 (0571) 88925591

编写说明

“法律硕士(JM)联合教材”是由浙江大学、复旦大学、南京大学、山东大学和厦门大学等五所高校法学院联合发起编写的,以在职攻读法律硕士的学员为主要施教和服务对象,兼顾全日制法律硕士(非法学本科和法学本科)及其他法学研究生的专业教材。本系列教材以最新法律硕士(JM)培养方案为指导,全面系统、定位明确,突出前沿性和针对性,兼顾系统性和专题性,协调了理论性与实践性,强调了中国现行的立法规定和法律实务,重视从实践中提炼理论,着重法律原理的思维训练,特别是从“学理—实践”互动的角度对当前司法实践和社会生活中的难点和热点问题进行了重点阐述。在编写过程中,同时吸收了除五所高校之外的其他院校和研究机构的法学专家参与编写,集中体现了当前法律硕士教材的最高编写水平与思想。

编写者

2010年6月

前 言

JM 法律专业硕士学位,是具有特定法律职业背景的专业性学位。JM 教育是一种研究生层次的教育,同时又是法律职业教育。JM 教育的任务是培养高层次的应用型法律人才,但是应用型人才也需要有深厚的基础知识的支撑,“中国法制史”就是这样一门基础性课程。

中国法制史是法学与历史学的交叉学科,它所研究的是中国法制发生、发展、演变的历史过程,并探究其发生、发展及演变的规律性以及与世界其他法制相比较所具有的特色。换言之,中国法制史所研究的是中国在法制方面的国情。

中国法制史作为教学课程,一直是中国法学本科及研究生教育的一门基础课程。中国法学教育的目的是培养在中国进行法制建设所需要的法学人才,因此让学生了解中国在法制方面的国情显然是题中应有之意。中国历史上在法制方面成功或失败的经验教训,对于现在的法制建设会有一定的借鉴意义。而了解中国悠久的法制方面的传统,了解在法制方面的民间习惯,对于建设具有中国特色的社会主义法制更是有着重要意义。另外在学习现代部门法的同时,可以掌握有关的历史知识,可以提供一个比较思考的参考体系,可以帮助学生更好地理解现代法律概念及其体系,帮助学生更深入地学习法律的真谛。

作为研究生教育阶段的教材,不应该再是提供现成标准答案的应考大全,而应该是促使学生思考、培养学生发现问题及分析问题能力的范本。教材应该是学术圣地的“导游图”,带领学员去自行体会学术的奥秘,领悟法学的真谛。

基于我们对于中国法制史学科以及 JM 法律专业硕士学位教育的理解,

我们编写了这本《中国法制史》教材。为了更好地发挥每位作者的学术专长,我们采用了专题式的编写方式。在内容的取舍上,也省略了一般的知识性阐述,将有限的篇幅集中于一些专题的讨论,每个专题的讨论所体现的是作者的学术观点,并不是终结性的结论,希望能够向学生演示发现问题和分析问题的路径,启示学生重视独立思考。我们所希望的是,学生在打开这本教材时,他们面对的不是应试的技巧与答案,而是对于中国建设法治国家的深层次的思索。

本教材由五校教师共同编写,具体分工如下(以编写篇章为序):

金 敏(浙江大学法学院):第一编的体系导读,第一章,第二章,第三章。

周东平(厦门大学法学院):第二编的体系导读,第四章,第六章。

郭 建(复旦大学法学院):大纲及前言,第五章,全书的统稿。

马建红(山东大学法学院):第三编的体系导读,第七章。

张仁善(南京大学法学院):第八章,第九章,第十章。

主编:郭 建

2010年10月

目 录

第一编 中国传统法律总论

【体系导读】历史理性的重建——为什么法律史可以不断重写	3
一、法律与历史	3
二、历史理性的重建——为什么法律史可以不断重写	6
三、法的概念与中国法制史	9
第一章 中国古代的法律体系专题	15
第一节 中国古代法律体系的存在	15
第二节 法源的取向与法律体系的关系	16
第三节 中国传统法律体系的结构和形式	18
一、礼法结构	18
二、中国传统法律体系中制定法的表现形式	20
三、中国传统法律体系的内容——“天理国法人情”并行不悖	21
【资料文献】	23
第二章 历代的法制指导思想专题	24
第一节 夏商周三代——中国“青铜时代”的法制指导思想	25
一、“从何说起”的问题	25
二、夏商周——中国“青铜时代”	26
三、从“祀”到“礼”	28
四、从“戎”到“灋”——《吕刑》篇中的法律思想	31
第二节 春秋战国——中国“轴心时代”的法律思想一瞥	38
一、春秋战国——中国的“轴心时代”	38

二、春秋战国时期的主要法律思想	40
第三节 秦统一后法制指导思想的大体演变	56
一、秦统一后中国社会的性质	56
二、秦汉以后法制指导思想的大体演变	57
【资料文献】	60
第三章 中国传统法制的特点专题	64
第一节 民国时期有关中国传统法制特点的探讨	64
一、吴经熊的看法	64
二、陈顾远的看法	65
第二节 新中国成立后“诸法合体，民刑不分，以刑为主说”的笼罩及其原因	66
第三节 “风起于青萍之末”——对中国传统法制特点的再认识	70
一、法律文本角度的质疑	70
二、行动中法角度的质疑	71
三、庸讷知吾所谓知之非不知邪？	74
【资料文献】	75

第二编 中国传统法律分论

【体系导读】中国传统法律的基本体系与基本原则	81
一、官僚贵族的特权	81
二、尊卑长幼制	86
三、良贱差别	87
第四章 刑事法律制度专题	89
第一节 刑法的效力范围	89
一、法律对于“化外人”的效力	89
二、刑法的溯及力	92
第二节 犯罪论举要	94
一、犯罪的成立	94
二、紧急行为	107
三、共同犯罪	109
第三节 刑罚制度专题	112
一、早期的刑罚	112

二、刑罚制度的改革和刑罚体系化	122
三、五刑体制的确立	124
四、对五刑体系的补充	126
第四节 刑法中的主要罪名	132
一、违反纲常的重罪——“十恶”	132
二、侵害人命的犯罪——“七杀”及其他	137
三、计赃定罪的罪名——“六赃”及其他	139
【资料文献】	144
第五章 财产法专题	150
第一节 所有权	150
一、早期的所有权形态	150
二、历代法律对于私有土地的规范	152
三、无主土地、遗失物、埋藏物的处理	156
第二节 契约	159
一、契约的形式及其成立要件	159
二、买卖契约	163
三、借贷契约	168
四、寄存契约	173
第三节 其他财产权	173
一、质押	174
二、指抵	175
三、不动产的典权	176
四、“一田二主”式的“永佃权”	178
第四节 损害赔偿	179
一、汉唐时期损害赔偿的基本原则	179
二、唐律对于侵损人身行为的规定	180
三、元明清时期对于人身伤害行为的赔偿原则	181
第五节 继承制度专题	182
一、嫡长子继承制——身份继承的原则	182
二、继承开始的时间	183
三、财产继承人的范围及其顺序	185
四、财产继承的份额	189
五、遗嘱继承	191
【资料文献】	193

第六章 中国古代的司法体系	198
第一节 司法机构	198
一、中央司法机构	198
二、地方司法机构	202
第二节 诉讼制度	206
一、诉讼的限制	206
二、管辖	210
三、诉讼时效	211
四、代诉	212
五、起诉与传唤	213
六、证据	216
第三节 审判制度	219
一、和息	219
二、“辨告”和“三审”	220
三、“五听”纠问与刑讯制度	220
四、逐级复审制度	222
五、裁判的形式	223
六、会审制度	224
七、申诉与直诉	226
八、法官个人责任制	227
【资料文献】	229

第三编 20 世纪中国法律的转型

【体系导读】近代中国法律转型的背景	233
一、沉重的遗产与艰巨的任务	233
二、法律移植中的观念因素——以中国近代以来的变法改制为例	239
三、回到沈家本 超越沈家本——中国法制现代化道路反思	245
第七章 清末变法：中国法律发展的新纪元	257
第一节 清末修律的主要内容	257
一、刑律的修订	257
二、《大清民律草案》	260
三、商事立法	261

四、“官制改革”与行政法规	262
五、诉讼法和法院组织法	262
六、清末修律简评	263
第二节 清末预备立宪的主要活动	264
一、《钦定宪法大纲》及《逐年筹备事宜清单》的颁行	264
二、各省咨议局的筹设及国会请愿运动	266
三、资政院的组建与《宪法重大信条十九条》	268
【资料文献】	270
第八章 民国法学家的理想与梦想	273
第一节 法学家从传统向近代的转型	273
第二节 法治理想的树立	276
一、尝试制定良法,构建近代法律体系	276
二、创制根本法,追求宪政精神	277
三、收回司法主权,捍卫国家主权	278
四、争取司法独立,倡导司法公正	281
五、强调依法而治,注重保障人权	283
六、享誉国际法庭	284
第三节 理想与梦想的交织	285
第四节 两难处境及人生归宿	290
第九章 民国时期立法专题	294
第一节 北京政府时期的立法活动	294
一、刑法的修订	294
二、创制民法典的努力	296
三、判例法的盛行	298
第二节 南京国民政府时期的立法	299
一、内外形势发展的需要	299
二、刑法典的创制施行	300
三、民法典的创制施行	302
四、中西民法原则的融合	303
第三节 民国立法与中国社会近代化	306
一、社会近代化决定法制近代化走向	306
二、民国时期法制近代化的“非常态”	307
三、民国法制效力的脆弱	309

第四节 民国立法得失与民族文化遗产的启示	310
一、无独立主权便无独立法权	310
二、法律移植必须具备相应的土壤条件	312
【资料文献】	313
 第十章 民国司法体制改革专题	315
第一节 司法体制的创制与改革	315
一、近代司法体制的肇兴	315
二、近代司法体制的初步构建	316
三、县级司法体制改革	318
四、近代司法体系发展的转折	321
第二节 司法体系独立的障碍	323
一、司法党化对司法体系独立的羁绊	323
二、司法体系完整性被破坏	324
三、行政权对司法权的干预	325
第三节 司法主体地位、待遇及品行操守	328
一、司法官的地位	329
二、司法官的实际待遇	333
三、司法官的品行操守	335
第四节 借鉴与反思	338
一、无司法权的独立,便无法建成法治国家	338
二、现代司法制度依存于现代政治民主环境	338
三、要全面提高司法主体的地位和素质	339
【资料文献】	340

【体系导读】

历史理性的重建——为什么法律史可以不断重写？

一、法律与历史

(一) 法律与××的“先行者”

如果我们将“中国法制史”的课程名称作为一个词组进行一下语法分析，便会发现，它是一个偏正词组，其主词是“史”。这在英文译名里面看更明显：The history of Chinese legal systems 中，of 后面一长串都是修饰中心词 history 的。

曾几何时，“历史”这东西从三味书屋里的“折俎”^①沦落成了鸡肋，以致法国年鉴学派中期的代表人物马克·布罗赫在《为历史学辩护》一书中这样说：“‘历史’是个十分古老的名词，有时使人们感到厌烦。当然，人们还不至于想把这个词从词汇中彻底删除。”^②而中国法制史这门学科，则从 20 世纪 80 年代法学院的“显学”、“色衰”至“门前冷落鞍马稀”。套用瓦科特的诗句“天，是无边际的聋；地，是无尽期的哑”^③，当下，是无边际的聋；以往，是无尽期的哑。

这种情形的造成当然因素多多，但从法学教育的角度考察，与我们近代以来的“接轨”之路从大陆法系的重历史、哲学等系统训练到 20 世纪 90 年代以来借鉴英美法的重实用、专业化的训练有关。但这里，对英美的法学教育或许存在着一定的误解，以为英美法学院是不注重历史训练的，其实案例教学法本身也是一种历史训练。

与中国大陆从法律界到法学界的“职业化”、“专业化”的潮流相异趣，苏力《也许正在发生》中介绍了美国法律界“法律的非法律化”(delegalization of law) 的趋势。“法律的非法律化”运动波及法律教育界，表现在法学院内的“法律与××”的课程急剧增加和教学方式上的变化，至于这××，你可以拿不同的词汇去替代，如经济、政治、社会、文学、种族、女性等。这些现象的出现，表明法学虽然是一个独立的学科，但不是一个自给自足的学科。

其实，不仅在美国的法学界，在分析法学的“老巢”和“堡垒”英国，也可以看

① 宋人有言：“诗书(经)味之太羹，史为折俎，子为醢醢，是为书三味。”据钟叔河先生解释，太羹为煮白肉，折俎为炸八块，醢醢为肉泥酱。参见钟叔河《三味书室和三味书屋》，《书城》2008 年第 7 期。

② [法]马克·布罗赫：《为历史学辩护》，张和声、程郁译，人民出版社 2006 年版，第 16 页。

③ 陈之藩译，载于《万象》2007 年第 5 期，童元方：《我们都是读你的文章长大的》。

出变化的端倪。1959年初版至2001年已经修订至第七版的权威教科书《劳埃德法理学导论》(*Lloyd's Introduction to Jurisprudence*)的新版正文前的题记引用了Lord Radcliffe在《法律及其范围》(*The Law and Its Compass*)中的一段话,反映了英国法学界对法学的认识的“松动”:

“You will not mistake my meaning or suppose that I depreciate one of the great humane studies if I say that we cannot learn law by learning law. If it is to be anything more than just a technique it is to be so much more than itself; a part of history, a part of economics and sociology, a part of ethics and a philosophy of life.”^①

试着翻译一下,这段话的意思:要是我说,我们不能就学习法律来认识法律,你不会误解我的意思吧,或者认为我贬低了人类的这门伟大的学科。如果说法学不仅仅是一种技术,而远比法律本身要丰富得多,那么可以说:它一部分是历史,一部分是经济学和社会学,一部分是伦理学和人生哲学。

跟法律与经济、法律与社会、法律与文学、法律与政治(批判法学)、法律与妇女(女权主义法学)、法律与种族等新兴学科不同,法律与历史之间的交通虽不是“古已有之”,但早就已然体现在法史学上了,且不说西方 *Storio del Diritto Romano*(罗马法史)和 *Storia della Giurisprudenza Romana*(罗马法学史)这样上了年岁的学科,就拿中国法史学来说,从杨鸿烈先生的《中国法律发达史》和《中国法律思想史》的出版算起,中国法史学发展到今天,大约也有七十多年的时间了。“色衰”的中国法制史能否在“法律与××”的欧风美雨的吹拂滋润下,获得一丝新生的契机?

(二)历史是“活着的过去”

法科学生对法律史之所以不“感冒”,从法史学科自身的角度检讨,“以史为鉴”的滥调掩盖不了法史教材从观念到内容的苍白失血。

从观念角度来说,我们对学习历史的认识往往存在着一个误区,以为学史是学习关于已经死掉的“过去”的知识。在英国历史哲学家柯林伍德看来,史家所研究的、我们所学习的并非是死掉的过去,而是在某种意义上目前依然活着的过去。因此,史学的对象不是事件,而是“历程”,事件有始有末,但历程无始无末而只有转化。历程 B1 转化为 B2,但两者之间并没有一条明显的界线标志着 B1 的结束和 B2 的开始。B1 并没有而且永远不会有结束,它只是改变了形式而成为 B2。B2 也并没有开始,它以前就以 B1 的形式存在着了。一部历史

^① Lord Radcliffe, *The Law and Its Compass*(1961), pp. 92—93. 转引自 *Lloyd's Introduction to Jurisprudence* (seventh edition) by M. D. A. Freeman, Sweet & Maxwell Ltd., London, p1.

书可以有其开端和结束,但它所叙述的历史本身却没有开端和结束。今天由昨天而来,今天里面就包括着昨天,而昨天里面复有前天。过去的历史今天依然存在着,它并没有死去。因此,B1的遗迹并不是B1死掉的残骸,而是仍然活生生在起作用的B1本身,只不过是纳入另一种形式B2而已。这就是柯林伍德所说的“活着的过去”(living past)。用个形象的比喻,就是“牛顿活在爱因斯坦之中”^①。

从内容角度来说,我们的教科书向学生灌输内容和各种大小考试(如JM考试、司法考试)中让考生死记硬背的不外乎意大利著名史家克罗齐所说的“编年史”——“一种用物、传说和文献(空洞的传说和死文献)构成的历史”^②。“一切历史当它不再被思考,而只是用抽象词语记录,就变成了编年史。”^③

编年史式的中国法制史教材和教学的“效果”是有目共睹的:“的确,像一切其他错误一样,语文性历史没有在对手的打击下倒下,相反因内部解体而衰亡。正是自家学者摧毁了它,它们认为它同生活没有联系,只是一种学术演练。”^④关于这一点,俞江在其《思想与制度之间》一文中也清醒地认识到了:法史学的危机表面上为法学研究的功利性所致,实质学科研究自身有问题。法史学不但要陈述法的历史状态,更重要的是,它还应该解释历史中的法与今天的法的联系。这种解释工作,是法史学作为法学的一门学科的责任所在。如果法史学放弃这一责任,人们就有理由询问:法学有何必要一定将法史学纳入自己的范围呢?^⑤

俞江认为法史学的首要任务是解释,这是一种较之“以史为鉴”更为谦卑诚实的态度。黑格尔说过:人类从历史中学到的唯一教训就是,人类无法从历史学到任何教训。这话听上去令人沮丧,似乎是对学习中国法制史的意义否定,但其实求解释本身已是很大的意义所在。据说,人类可以经历挫折,遭受苦难,但不能没有解释。如此说来,求解释的意义还不够大么?

但这种解释首先要打通的就是主观上对昨天与今天的分立。将法史学的研究对象仅仅界定为历时状态中的法,在昨天与今天之间划上一条红线的看法本身就为法史学解释“历史中的法与今天的法的联系”设置了障碍。这种看法事实上是将历史“中”的法,当作了历史“上”的法。一旦能够认识到法是在历史

① [英]柯林伍德:《历史的观念》,何兆武译,商务印书馆1997年版,第12页。

② [意]克罗齐:《历史学的理论和历史》,Benedetto Croce(1866—1952),*Teoria e Storia Della Storiografia*,田时刚译,中国社科出版社2005年版,第17—18页。

③ [意]克罗齐:《历史学的理论和历史》,Benedetto Croce(1866—1952),*Teoria e Storia Della Storiografia*,田时刚译,中国社科出版社2005年版,第11页。

④ [意]克罗齐:《历史学的理论和历史》,Benedetto Croce(1866—1952),*Teoria e Storia Della Storiografia*,田时刚译,中国社科出版社2005年版,第21页。

⑤ 载于我国台北《法制史研究》第一卷。

之“中”的,昨天与今天之间便不会有明确的界线,法的历时性与共时性研究也可以打通。

打通昨天与今天、过去与现在、历时性研究与共时性研究的分立有赖于我们破除对“今天”、“现在”、“当下”的迷信和崇拜。博尔赫斯在《时间》一文中这样说:“我们来研究一下现在时刻。什么是现在时刻?现在时刻是由部分的过去和部分的未来组成的。现在本身就像是几何学的一个有限点,现在本身并不存在。现在不是我们理智的一个直接数据。……我们无法想象一个纯粹的现在;这是白费力气。现在始终拥有一颗过去的粒子,一颗未来的粒子。”^①

我们也许可以从卡尔·巴特的话中得到启发。在谈到历史与现实的时候,巴特说:“历史可以有一种效用——过去可以和现在交谈。因为在以往和当前之中存在着共时性,共时性治愈了以往的哑和当前的聋,使他们能开口和听见。”^②唯当我们认识到历史中的法与当前的法存在着共时性,历史中的法与当前的法方能开口与听见。历史,就不是“无尽期的哑”;当前,也将不会是“无边际的聋”。克罗齐的“一切历史(真)都是当代史”才能得以实现。

二、历史理性的重建——为什么法律史可以不断重写

(一)客观的历史与主观的历史

近年来,中国法律史学界一直有“重写中国法律史”的呼声,且有的学者已经付诸行动。本教材也可以视为这类尝试之一。大家也许会有这样的疑问,历史不是客观的、科学的吗?怎么可以不断地重写,那历史岂不是成了戴厚英小说《人啊人》中的人物许培忠所说的可以“颠过来,倒过去”,其科学性、客观性、严肃性何在?

要回答这一疑虑,我们有必要回到原点,追问究竟什么是历史。何兆武先生的《历史理性的重建》就从澄清“历史”的概念做起:什么是历史?什么是历史学?历史知识和理解的性质是什么?倘若不认真考虑并确切回答这些问题,就径直去着手研究历史,那种历史知识就必然是盲目而又混乱的,犹如盲人摸象。^③

通常我们所使用的“历史”一词包含有两层意思:一是指过去发生过的事件,一是指我们对过去事件的理解和叙述。前者是史事,后者是历史学,有关前者的理论是历史理论,有关后者的理论是史学理论。历史理论是历史的形而上

① [阿根廷]博尔赫斯,王永年等译:《博尔赫斯口述》,浙江文艺出版社2008年版,第2页。

② [瑞士]卡尔·巴特,魏育青译:《罗马书释义》,华东师范大学出版社2005年版,第137页。

③ 何兆武:《历史理性的重建》,北京大学出版社2005年版,第132页。