

北大法学文丛

# 帝制时代的中国法

张建国/著



法律出版社

90045275

北大法学文丛

# 帝制时代的中国法

张建国/著

壹



90045275

法律出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

帝制时代的中国法 / 张建国著. — 北京: 法律出版社,  
1999.3 (北大法学文丛)  
ISBN 7-5036-2727-1

I. 帝… II. 张… III. 法制—研究—中国—古代  
IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 05153 号

---

|                       |                   |
|-----------------------|-------------------|
| 出版·发行/法律出版社           | 经销/新华书店           |
| 责任印制/张宇东              | 责任校对/何 萍          |
| 印刷/北京宏伟胶印厂            |                   |
| 开本/850 × 1168 毫米 1/32 | 印张/12.75 字数/307 千 |

---

版本/1999 年 8 月第 1 版 1999 年 8 月第 1 次印刷  
印数/0,001—4,000

---

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所(100073)  
电话/63266794 63266883(发行部) 63266796(总编室)  
出版声明/版权所有,侵权必究。

---

书号:ISBN 7-5036-2727-1/D·2433  
定价:21.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

## 总 序

《北大法学文丛》在本世纪即将结束之前出版了，这是北大法律教授们研究成果在本世纪最后的一次展览，下一次展览就要在 21 世纪了。

我们希望本世纪第一批书出版后，在 2000 年陆续出版下去。这个文丛系列是为法学理论研究者作的。他们的研究成果，像传薪一样，一辈学者再传给下一辈学者，一辈辈传下去。学问不是盖房子，一年或两年就可以盖成。学问是长期的艰苦跋涉，非要经过几辈学者的努力，还要作出具有历史意义贡献的学术研究作为基础，才会形成我们今天的学术传统、学术纪律、学术标准、学术批评、学术风格和学术自由。

任何一所大学的法律学系或者法学院，应该将教授们研究的成果发表出来，特别是要以教授个人名义发表，或以个人研究专辑的形式出版，让这些研究成果留传在世上，成为教授们学术研究的一个又一个的里程碑。

笔者注意到，研究工作者的个人学术研究成果发表，大概可以有两种基本的形式：第一种是纯学术性的个人专著的发表。例如，台湾大学法学院的《法律文丛》，至今已经出版了 140 多

本，已经有几辈教授在这个文丛系列里出版个人专著。这套巨大的理论著作系列，使用中文撰写，对于海峡两岸的法学理论研究工作来说，可能还没有其他大学能够突破这个记录。这些学者对理论研究的贡献与经验的传承，在近代法学研究史上都是非常大的。台大这套著作的特点是，系列中的每本书，都是法学教授的个人专辑。在祖国大陆，还鲜见一所大学法律专业教授们有像台大这样集中出版个人专著的情况。

第二种是对策性研究的出版物，例如美国华盛顿特区的国际战略研究中心出版的国际安全系列研究报告。每一本报告就是一本，全部公开出版。这种机构在华盛顿特区有几个是非常有名的，它们都是私人研究机构，主要研究经费来源于企业和基金会的捐款。这些研究机构吸收了许多非常有名的研究专家，例如基辛格博士、布热津斯基博士等著名专家，从政府里退休后，也都在这类研究机构主持研究重大的项目。这此研究机构被美国人称为“思想库”。

“思想库”是一个比喻性的说法，这种研究工作者成为国家政策的“思考者”、“研究者”，好像是国家的“大脑”，帮助国家、帮助政府来思想。这项工作是重要的，也是必须的。我们国家也有类似的“思想库”，但是它不在大学里。

北大的法学理论研究一直有良好的传统，从人文传统与资料基础方面看都是具有特点的。这些特点在我国历史上，应该同前面所讲的第一种情况（纯学术性）较近，同第二种情况（美国思想库）较远。第一种情况的特点是，每本研究专著内容都是比较学术性的，都是基础性的。研究的课题可能距离当前发生的问题比较远，远并不等于脱离实际。基础理论问题研究，从某种意义上来说，比研究实际问题更难。我们的这些作品，在资料方面都比较扎实，在方法使用上比较有特点，分析问题的角度显现出作者的个性，写作方法也比较讲究。笔者认为，这些作品应该是有

较长的生命力和使用价值的。

大学的重要任务有两个：其一是研究，其二是教学。研究与教学有关，研究也是为了更好地教学。但是，大学的研究工作，同“思想库”型的研究，有相同的地方，但是更多的是不同。大学教授的研究应该更加注重于基础问题、基础理论、基本资料、基本方法的研究。这些研究是长期性的，对现实可能不会有直接对口的应用，但是，它会对整个社会的发展有长期的指导作用。大学中的理论研究不应是对策性的，因为政府的政策比较灵活，具有多变性。理论研究不可能是这样灵活与多变。大学的理论研究也不应该集中在那些短期的课题上，因为这些问题比较容易解决，与其有关的理论使用“寿命”太短。大学的理论研究应该更加重视对历史性和未来性大问题的研究，理论研究的使用价值是长期的。

所谓纯学术的研究是十分必要的，因为在大陆法学领域，这样的研究作品并不多，原因是法学学科本身的特点，导致了研究成果多偏重于应用化和对策化。就是本来应该属于法学理论问题的研究，作出来一看，面目也改变了：从方法到资料，从分析到结论，都已经多少被“非理论”化了。我们也曾经制作过这样的许多作品，从制作的时候，我们就知道这些作品的寿命和使用期限。现在我们理论研究的条件和环境好多了，从图书馆到国际互联网络，从国内外学者交流到全球性的学术讨论会。这些条件在我们读书的时候，都是不可想像的。

我们处于北大学术的氛围，具有这种得天独厚的环境。在北大的中文、历史和哲学等人文学科较强的校园环境中，法学研究必然获得人文学科的营养，法学研究也带有人文化的色彩。北大的数学、物理和化学等理科较强，这种北大特有的自然科学基础理论研究氛围对法学研究也是一种理科严谨学风的影响。另外，北大还有较好的外国语言与文学环境。东方和西方的语言文化也

潜移默化地影响着法学研究所使用的语言与思维。

所以，北大的法学是比较适合作纯学术研究的，条件具备了，就看我们自己能不能作好。我们已经努力，仰仗兄弟院校的支持，借助同行学者的援手，加之法律出版社的厚爱，我们出版了这个系列。我们可能不是最好的，但是我们是够好的。

感谢法律出版社的编辑们，他们用双手为学者们作了最好的嫁衣裳。我们将自己嫁给了历史，嫁给了学术生活，嫁给了人类的科学。

吴志攀 谨识

1999年3月10日

## 自 序

去年是北京大学建校一百周年，当时的北京大学法律系主任现在的北大法学院院长吴志攀教授向我提议出版一本个人论文集以纪念校庆，并承诺将由他来负责出版事宜。出书本是应该自己张罗的事情，这时却有志攀耗费宝贵的时间和精力甘做后援，其热心赤诚所至，使我在感动之余只能行动起来，虽然我知道志攀完全是出于对学术的扶植，但我还是要感谢他，觉得不论哪一个愿意研究学术的人遇上这样的领导确实是一种幸福。后来因为交稿较晚，适逢法律系和法律出版社联手准备出版一套法学文丛，结果又是经志攀的大力推荐和评审者的宽容的审查，这本论文集便幸运地被放进文丛中了。

本书中收入的全是已发表在各类刊物上的论文。正如读者所见，本书尽管分了几个专题以大致划分论文的类别，不过从专题的系列性来说并不全面，这是基于几种考虑：一是总的原则为，凡是自觉探索不深或提不出个人见解的课题，以暂缺而不勉强补齐为好。学术的生命力在于创见，即使这种创见也许并不正确，或者虽不能有所创见，仍要在已有的各种见解中明确自己的选择和作出判断。我希望自己能做到这一点。当然这里所说的创见绝不是自褒之词，而是表示学术上应有自己的个性。二是考虑，若一味追求选题的全面，很可能有仓促抛出的论述，或消除了仓促

但也就难免使出书推迟到无限期的未来。总之考虑的结果是决定将已发表论文中感到不准确的地方做了一些小的修改，其他依旧。好在本书是作为第一集出版，既批发了个人此前作为阶段性的多数成果，也留下了今后扩展增容的余地。

至于研究的具体内容，有许多是考证类的文章。日本学者大庭脩在他的名著《秦汉法制史研究》中所写的“著者后记”里提到他的研究兴趣时说到：“似乎界限比较清楚的法制史是合乎我的个性的。地道的考证比高深的理论还有意思。”我想自己的研究心态和我极为尊敬的这位日本学者有些相通，虽然理由不尽相同。如果站在我个人的角度来说类似的话，也许可以表述为，即便自己考证的还不够地道，似也比自己发一些空疏的理论更有价值。其实从事考证类的研究，既受到各方面的很多限制，又难于高产和难于做出较自由的主观性的发挥，在当今学术快餐和大部头著作更容易对付各类学术评价的氛围中，身在法学界却要去做连历史学界也视为畏途的所谓学问，或生在中国偏要去做学术环境颇为优越的外国学者才能安心选择的研究课题，这或许是一种错位，好比找到坚硬的岩层不计时日地向下开掘，我也不清楚这样自讨苦吃的选题是否明智。但做得很累也不见得做得很好而又要继续做下去的原因，我觉得可能是和我个人受到日本学术界的影响有关。自己时常在想，作为中国的法制史研究者，总不能把应当由我们中国人下功夫做的研究大部分由日本学者包揽或代我们做了，如果成了那样的状况，就等于一个人废去一臂而导致失衡，而且在学术早已跨越了国界的今天，我们不是无法开展学术交流和对话了吗？老一辈中国学者因年龄的缘故多已力不从心，被推到研究第一线的我们这一代必须负起相应的责任。有些人对日本学术界研究的细致程度不以为然，我觉得可能有些误解。日本学者并非不谈理论，而是往往把理论建立在尽可能掌握客观事实的基础之上。这正象科学技术一样，一个对技术层面精益求精

的民族，研究起科学来就比较得心应手，吸收借鉴和创造才会象模象样。也许日本人最值得我们学习的正是他们的各行各业的敬业者都重视细节的精神以及讲求资料信息的认真态度。我并非不喜欢理论，只不过看到那么多有才华的国人模仿某种热门的话语写一些最多超不过二十年就有可能被冷落的时装式过客类的宏论，相对来说少才无华的我，好像做一点儿追寻历史的真实的研究，心中更踏实些，而兴趣则还在其次。我不时告诫自己：理论无论如何也应该建立在深刻了解客观事实的基础之上，这需要个人和学界整体的学术积累。所以对于我来说，宁愿先研究一下建材，而无心急于设计大厦，大概等什么时候功夫到家了再来谈点儿理论也不一定。以上是就研究风格而论，如果提到写作风格，也写了几篇所谓宏观性的文章和一篇带有时代特点的东西来变换一下笔风，也算和不熟悉我个人研究的较专的领域的人讨论讨论大家都能共同理解的话题。

本书付梓之际，我还想特别提一下对我影响最大的两位老师。一位是北大历史系教授祝总斌先生。我开始步入中国法制史专业领域的时间，虽说是从上法律系研究生开始，但若说入门，还是首先得益于祝先生的专题课，正是通过聆听先生的课程和拜读先生的著述，才掌握了研究的基本要领。另一位是东京大学名誉教授滋贺秀三先生。我的第一篇习作是关于魏律篇目的短文，最初是受林咏荣先生所著《中国法制史》中一句话的启发，可是后来写出并发表之后，才发现这一课题最早是由滋贺先生所解决的，而且研究的精致程度几乎已无剩义。之所以现在仍决定把我这一续貂之作收进本书，主要还在于想从一个侧面支持滋贺先生的卓见，而且面向的主要是中国学术界（国内至今新出版的多数教科书仍沿用历来的含糊说法）。在研究魏律的时候，又看到晋志所载魏律序前有“删约旧科”等语，细追究起来觉得这应是指魏科，而同时开始怀疑汉代无科。为此费了很大力气草就了一篇

有关科的文章，写完之后却从一位老同学那里得知，这方面基本相同的观点又是早就被滋贺先生指出了。这真是让人惊诧和佩服不已，顿感要想作考证文章，非首先知道日本学术界研究现状不可，就此很长时间没有敢写东西。以后因受外界影响，又曾一度想改行。可是在日本见到滋贺先生之后，看到以滋贺先生为代表的一批为数不多的学者贡献出那样多的中国法制史方面的研究业绩，又深感惭愧，犹豫了一段时间终于决定要坚持在这一领域干下去，以做出自己应做出的一份微小的贡献。这里的大部分文章正是坚持干下去的产物，尽管水平有限，但如果学术上还有一些可取之处，有相当一部分应归于以上两位老师的榜样的力量。滋贺先生曾在他的第一部代表作《中国国家法原理》中提出“帝制时代”这样的时代名称，现在我拿来作为书名中的定语，一方面表达自己的赞同之意，另一方面用来督促自己在研究的深度和广度上仍须努力，最后就算不能够象滋贺先生那样把研究视野所及覆盖到中国法律史的各个时期和领域，也要尽量拓宽研究范围。此外还有一件事要说明，学术上有时难免提出某些想法拿出来讨论与商榷，这里就有与各位学者包括与祝先生和滋贺先生探讨某一论题的文字。说起来，作为后学和自己学术上的启蒙老师对话总还是有点儿不知深浅，然而令我感铭不已的是，两位老师不仅毫不以为忤，反而对我这初出茅庐的小字辈很是大度海涵，一直给予我许多帮助和鼓励，这使我真正知道了什么叫做大家风范。而从一再精读他们的著述的过程中，也使我受益匪浅。即使有所商榷的那些论文，在讨论的话题之外仍有许多是我赞同并钦佩的内容，如祝先生文中分析张斐律序里那些极难读懂的字句时所显示的博学，又如滋贺先生化解问题时逐一进行条分缕析所展现的技巧，还有两位先生都高屋建瓴地精辟阐述了其中带有根本性的理论问题，都给我留下很深的印象。至于和其他学者的商讨，同样由于喜欢他们的文章而看得比较多的缘故，正是他们的辛勤探

索让我学到了许多东西。不过，在主要是向诸位学习的过程中，于某一点上也提出了不同看法，这应当是正常的。曾有人提出这样的见解，即严肃、认真和善意的批评和反批评是学术的生命力之所在，我也基本受到这一见解的影响，所以不时班门弄斧，请诸位师友多多包涵。当然我更希望大家多多指教，现在把这些文章集中起来也是为了方便诸位同仁批评斧正。

最后还要深深感谢在研究、写作、发表等过程中给予我各种帮助的其他没有一一提到名讳的国内外的师长、同行和朋友，诚挚感谢法律出版社的贾京平总编辑。没有诸位的支持，本书不可能这样早就能面世。

1999年2月18日于北大蔚秀园寓所

## 目 录

|           |       |
|-----------|-------|
| 总 序 ..... | 吴志攀 1 |
| 自 序 ..... | 张建国 1 |

### 第一部分 法 源 编

|                                       |     |
|---------------------------------------|-----|
| 中国律令法体系概论 .....                       | 3   |
| 秦令与睡虎地秦墓竹简相关问题略析 .....                | 18  |
| 试析汉初“约法三章”的法律效力——兼谈“二年律令”与萧何的关系 ..... | 33  |
| 叔孙通定《傍章》质疑——兼析张家山汉简所载律篇名 .....        | 49  |
| “科”的变迁及其历史作用 .....                    | 71  |
| 魏律篇目及其次序考辨 .....                      | 89  |
| 再析晋修泰始律时对两项重要法制的省减 .....              | 101 |
| 魏晋律令法典比较研究 .....                      | 113 |

### 第二部分 刑 罚 编

|             |     |
|-------------|-----|
| 夷三族解析 ..... | 129 |
|-------------|-----|

|                       |     |
|-----------------------|-----|
| 秦汉弃市非斩刑辨·····         | 160 |
| “弃市”刑相关问题的再商榷·····    | 167 |
| 论文帝改革后两汉刑制并无斩趾刑·····  | 180 |
| 前汉文帝刑法改革及其展开的再探讨····· | 191 |
| 汉文帝改革相关问题点试论·····     | 207 |
| 汉文帝除肉刑的再评价·····       | 228 |
| 魏晋五刑制度略论·····         | 242 |

### 第三部分 法的适用

|                           |     |
|---------------------------|-----|
| “盗徙封罪”侵犯的是土地所有权吗·····     | 263 |
| “盗马者死盗牛者加”是秦法吗·····       | 270 |
| 关于张家山汉简《奏谏书》的几点研究及其他····· | 274 |
| 汉简《奏谏书》和秦汉刑事诉讼程序初探·····   | 294 |
| 居延新简“粟君债寇恩”民事诉讼个案研究·····  | 315 |

### 附 录

|                            |     |
|----------------------------|-----|
| 中国法制历程简论——1949年之前的中国法····· | 349 |
| 廉政与法律监督的历史启示·····          | 364 |
| 中国古代复仇观之我见·····            | 381 |

# **第一部分 法源编**

---



## 中国律令法体系概论

### 内容提要

本文认为，律令法体系是指以律令为主体、包括众多的法形式和内容的法律体系。从著名法学家沈家本开始，以“律令”法的称呼涵盖中国法制发展的某一段历史时期，并以律令制度的概念作为此时期的显著特征，已经并正在受到国内外学术界的重视。本文在澄清一些律令法研究中的误说的同时，指出律令法体系是一种基本由公法构成的成文法体系，历经战国秦汉魏晋南北朝，到隋唐时期发展到一个高峰，此后律令法系嬗变的结果，与早期中华帝国律的地位已有所不同，而令更是逐渐消失了，但这种变化正是新的研究起点。研究每一发展阶段的变化，每一种法律形式产生发展乃至消亡的过程，都有利于发现中国传统法律的某些内在特点。文中最后简析了采用律令法体系作为研究专题的意义。

法、律、令三字的连用，目前能够见到的最早记载，是出现在《睡虎地秦墓竹简》中，秦王政二十年（前 227 年）四月初二日秦国南郡守腾向本郡各县、道发布《语书》，文书中提到：

凡法律令者，以教导民，去其淫避，除其恶俗，而使之于为善也。今法律令已具矣，而吏民莫用，乡俗淫失之民