

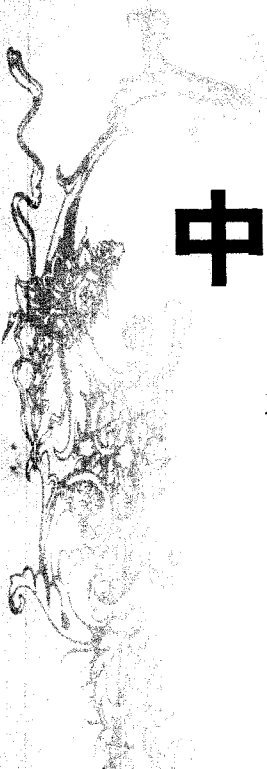
法律专业硕士研究生教材

中国法制史

郭建 姚荣涛 王志强 / 著

上海人民出版社

法律专业硕士研究生教材



中国法制史

郭建 姚荣涛 王志强 / 著

上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国法制史/郭建,姚荣涛,王志强著. - 上海: 上海人民出版社, 2000

ISBN 7-208-03469-9

I. 中... II. ①郭... ②姚... ③王... III. 法制史 - 中国 - 高等学校 - 教材 IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 27489 号

特约编辑 陈敬山

封面装帧 赵小卫

中国法制史

郭建 姚荣涛 王志强 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版、发行

(上海绍兴路 54 号 邮政编码 200020)

新华书店 上海发行所经销 上海天马印刷厂印刷

开本 850×1168 1/32 印张 18.5 插页 2 字数 416,000

2000 年 12 月第 1 版 2000 年 12 月第 1 次印刷

印数 1—5,100

ISBN 7-208-03469-9/D·610

定价 32.00 元

复旦大学法律硕士专业教材编委会

总主编:李昌道

编 委(以姓氏拼音为序)

陈浩然	董茂云	郭 建	胡鸿高	李昌道
王全弟	杨心宇	张光杰	张乃根	张世信

出版前言

把历史悠久的中华文明古国建设成社会主义的法制强国,是全国各族人民的一个共同心愿。为了实现这一历史性的宏伟目标,造就大批德才兼备、具有广阔的知识背景和扎实的法学功底的专门人才,国务院学位委员会和司法部在广泛征求各方意见和借鉴国外法学教育先进经验的基础上,于世纪之交推出了培养“高起点、宽口径、实用型”法律硕士专业学位(暂定名为 Juris Master,简称 JM)的新举措。

目前,复旦大学等高等院校正在积极进行 JM 教学的试点工作,已经具有法学学士学位或其他本科学科学位的学生,在为期三年的 JM 课程的学习中,将能接受系统、深入的法学理论教育,全面提高法律素质,能够为国家的法制建设贡献更大的力量。

有鉴于此,具有七十多年法学教育历史的复旦大学法学院,力图将长年积累下来的丰富多彩的法学教育经验和研究成果集中体现在 JM 的教学工作之中,并为此专门组织研究生导师编写了一套适用于 JM 教学的、内容涵盖法学教育主要专业课程 of 的研究生教材。

编写这套教材的目的有三:一是集中反映复旦大学法学院的整体研究水平和教学经验,重视学术规范,突出 JM 教学中的法律素质教育的主题。二是强调教材的理论深度和广度,希望学生能够通过这套教材的学习获得更加全面而坚实的法律知识和实践能力,把握法学研究的前沿课题和研究方法。三是弥补

JM 教学中缺乏系统的、高质量的专用教材的缺陷,为进一步提高 JM 教学水平进行新的尝试和探索。

法学是一门古老的学科。在蓬勃发展的中国,法学又是一门充满活力的蒸蒸日上的学科。这套教材不仅强调反映法学研究的历史成果和学术遗产,更注重体现国内外法学研究的最新动态和发展趋势,不仅希望为学生提供体现当前研究水平的一般结论,更要求为学生提出一系列代表法学发展方向的研究课题。因此,这套教材并非仅适用于 JM 的课堂教学,同时还是具有一定阅读理解能力的读者的法学理论读本。

在建设社会主义法制国家的伟大历程中,我们任重而道远。我们衷心希望编写的这套教材能为法学教学的发展贡献一份微薄的力量。同时,我们也衷心希望能有更多的有识之士加入我们的行列,与我们一起共同奋斗。

复旦大学法律硕士专业教材编委会

绪 论

一

中国法制史是法学的一门基础学科,它所研究的对象是中国法制发生、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,这对于建设具有中国特色的社会主义法治国家具有重要的现实意义。

中国法制史也是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,那么让学生了解中国在法制方面的国情显然是题中应有之义。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,掌握一定的有关历史知识,可以提供一个作为比较思考的参考内容,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。

二

中国古代法制长期独立发展,源远流长,体系完整,特征鲜明,总称为“中华法系”,是世界历史上最为著名的五大法系之一,而且在这五大法系中延续时间最长,特征最为鲜明。

中国法制发展可以追溯到四千年前,而至晚在二千六百多年前的春秋时期,中国法律就已开始了成文法典化的进程。战国时期,讲究实效的法家学说盛行一时,变法图强成为各国政治的关键。成文法典由此更为完备,在变法最为成功的秦国,法律成为治国的唯一手段,在施政及社会生活的各方面都有严厉而明确的法律,后人称之为“秦法繁于秋荼,而网密于凝脂”(《盐铁论·刑德》)。但秦国统一全国后,二世而亡,继起的汉朝不再单纯依靠法律,“以霸王道杂之”(《汉书·元帝纪》)。法典的修订和解释都逐渐贯彻这一精神,儒法合流,德主刑辅,中华法系就此逐渐定型。在战乱频繁的三国两晋南北朝时期,法典的制定与颁布却也相当频繁,中华法系的法律体系得到了完善。唐朝在这些发展的基础上总其成,制定了空前完备的法律体系,其法典及其法定解释《唐律疏议》是中华法系最具代表性的法典,为后世长期沿用。唐以后的各朝法律遵循唐朝法律的基本精神,保持着中华法系的基本特色,总的发展趋势是更注重法律的实用性,突出强调法律对于维护王朝统治的作用。明朝以唐为楷模,又总结宋元的经验,建立了完整的法律体系,被以后的清朝全盘继承,一直沿用至近代。

上述的中华法系发展过程几乎没有被外来文化打断过,尽管中国历史上有过多次少数民族王朝的统治,但法律的发展很少受这些少数民族习惯法的影响。相反中国古代法律对于境外

其他国家及民族却曾有过巨大的影响。和罗马法在欧洲地区、伊斯兰法在阿拉伯诸国通行的情况相仿,中国法律在太平洋西岸的东亚诸国及中亚地区也曾发挥着持久的影响力。如唐律曾经成为日本、高丽等国立法的蓝本。以后明律也曾被朝鲜、日本、琉球、越南等当作立法的楷模。

中华法系独立发展,长期保持着自己固有的传统,具有着鲜明的特征。与世界上延续时间较长的其他四大法系相比,中华法系最突出的特点就是将法律完全视为人为的规范体系,既不像印度法系、伊斯兰法系那样将法律视为神的直接旨意或启示,也不像罗马法系、普通法系那样将法律视为一种间接反映神的旨意的、囊括人类生活各方面的伟大传统。在中华法系的传统中,神的旨意没有立足之地。先秦诸子对于法律起源的探讨大多从人类生活本身寻找原因,并都认为法律实际上只是政治统治者的创造物。虚无缥缈的神谕、芸芸众生的惯例都被排斥于法律之外。因此中华法系以其制定法,以其体系明确完整、结构逻辑严密的法典而著称于世。然而这也同时造成法律一定程度上与民间的习惯脱离,难以得到民间自觉遵守的弊病。

和其他的四大法系一样,中华法系中法律之上依然有着更高层次的规范体系,这就是“礼教”。礼教不是一般意义上的宗教,并不被认为是一种尊崇神的意志、供奉神的体系。礼教是重人事的,它以家庭伦理为核心,并以此展开成为包容人类生活各个方面的体系。法律必须遵循礼教原则,然而和其他法系有所不同的是,中华法系并不要求把礼教的各个方面都细化为具体的、可操作的法律规范。政治的理想是由被视为人上人的“君子”士大夫官僚以“人治”来推行礼教教化,法律被限定只能起有限的作用,即所谓“德礼为政教之本,刑罚为政教之用”(《唐律疏议·名例》律疏)。所以法律并不具有包容一切规范的地位,法律

的裁决也远远不是最权威的评判。

认定法律只是人类创造物的同时,中华法系也一直视法律为君主进行政治统治的手段之一,君主本身是凌驾于普通的法律之上的。春秋战国时期的诸子百家论述,无论何家何派,在法律完全为政治统治工具这一点上是毫无异议的,分歧只是在于这种统治工具在政治统治中应占据何等的地位而已。后代一直强调“法自君出”,君主拥有立法的全权,所有的古代法典都是以皇帝的名义发布的,皇帝的敕令也一直是最重要的法规来源,所谓“三尺(指法律)安出哉?前主所是著为律,后主所是疏为令,当时为是,何古之法乎!”(《汉书·杜周传》所载杜周对法律性质的说明)皇帝同时又是最高的法官,一切重案的最后裁决权都在皇帝掌握之中,所谓“擅杀生之谓王,能利害之谓王,何格令之有?!”(《宋史·刑法志》所载宋徽宗对司法官员的训诫)皇帝也不受法律的约束,除了其内心的自我约束以外,理论上并不存在其他的制约机制。

法律既然一直被认为仅仅是政治统治的工具,那么其主要任务也就被缩小界定为镇压反抗、维持统治。由此形成了中华法系“重刑轻民”的传统特色,刑事立法始终是统治者立法和讨论的中心课题,因而刑法得到长足的发展。同时政治统治与司法审判也就完全合一,各地的官府就是法院,各地的官员就是法官。其诉讼审判制度的目的也就不能不是以贯彻官府的政令为核心,而视民间的诉讼为对政府施政的干扰。

同时,在家国一体的政治、社会思想指导下,法律也不遗余力地对家族尊长给予特殊的保护。《论语·学而》中说:“其为人也孝弟,而好犯上者,鲜矣;不好犯上,而好作乱者,未之有也。君子务本,本立而道生。孝弟也者,其为仁之本与!”正因为孝悌之道是传统社会的为政之本,因此传统法律中的许多制度,如刑

法中以侵害人和被害人血缘关系的尊卑、亲疏为重要依据来定罪量刑,民事法中婚姻、继承等制度无不从家族利益出发加以设定和规范,维护家庭中家长、特别是男性尊长对财产的处分权,都清晰地体现出传统法制家族主义的特色。

与其他延续时间较长的法系相比,中华法系另一个不那么明显的特点是从未出现一个职业法学家集团。由于中华法系把法律视为是政府施政的手段,所以从不允许民间自行研究探讨法律问题。战国时法家代表人物商鞅、韩非都主张禁止“私议”,而传说中称子产杀教人诉讼的邓析,于是“民心乃服,是非乃定,法律乃行”(《吕氏春秋·离谓》)。这样一来像古罗马时代那样的民间职业法学家阶层也就无从产生。而执法的官员也是在官场上不停地流动,也不会形成如同英国中古时期那样职业化的法官集团。没有职业化的法学家阶层,使得中国古代法律及法学的发展缺乏后劲,尽管在立法技术、刑法学等方面达到了很高水平,但在唐朝以后却长期停滞,没有能够使法律及法学得到进一步发展。

近代中国社会发生了巨大的变化,但在法制方面的反映相对滞后,二十世纪初才开始了法制方面的变革。到三十年代初,出现了一批仿照西方(主要是大陆法系)的法典,但当时的社会条件并不容许实现法制建设。了解这一时期的法制情况,有助于反思借鉴历史经验教训。

三

中国古代法律一直被视为政治的重要工具,在以记载政治史为主的史书中,很早就将法律作为重要的内容,也很早就出现了对于法律的历史进行归纳分析的著作。东汉时班固著《汉

书》，虽然是第一部断代史，但其中的《刑法志》，却是一篇通史，试图以儒家的观点总结和归纳至当时为止的法律发展历史。这可以称之为中国最早的法制史专著。后代的正史大多有《刑法志》专篇，专门记载一代的法制发展轨迹，论述一代的法制经验，是法制的断代史。其中唐代撰写的《晋书·刑法志》、《隋书·刑法志》分别记载了汉至晋、晋至唐的法制历史，也具有法制通史的性质。

法律是历代典章制度的重要组成部分，在记载历代典章制度的书籍中，法制的内容也占有重要的地位。唐杜佑著《通典》有《兵刑》门，后来《通志》及《文献通考》也都有《刑法志》、《刑考》。宋人王溥的《唐会要》有《定格令》、《议刑轻重》等目，从而为以后的会要体书籍开创了记载法制史的体例。官修的大部头类书如唐代的《艺文类聚》有《刑法部》，宋代的《太平御览》也有《刑法部》。清代的《古今图书集成·祥刑典》，达一百八十卷之巨，除记载法制的内容以外，还用了不少篇幅记载历代有关法制的议论。

另一些以总结政治历史经验为目的的书籍也往往将法制史作为其总结的一个方面。如明邱濬所著《大学衍义补》就专门列《慎刑宪》之目，列举历代法制方面的内容，试图归纳一些规律性的历史经验。

历代正史的《刑法志》及典章、类书的记载，是官方史学家对于法制史的总结，反映着官方的、正统的观点，虽然保留了大量的资料，但总的来说缺乏有眼光的分析研究。直至晚清时，在列强入侵的冲击下，一些法学家对传统的法律体系发生了怀疑，开始使用批判的眼光来看待当时依然在实施的法律，在新的高度上总结法制历史的经验教训。如薛允升的《唐明律合编》、沈家本的《历代刑法考》等系列著作，开创了比较研究法制史的尝试，

中国法制史由此开始形成一门独立的学科。尤其是后者的著作,全面归纳了传统法制的一些最主要的内容,并进行了相当深入的考证及评论,具有很高的学术价值。但可惜的是这些著作直到民国时期才得以收入《沈寄簃先生遗书甲编》,仅以刻本发行,流传不广,削弱了这些著作的影响力。

清末及民国时期不少学者以近代方法研究中国法制史及法律思想史,出现了很多有关的专著。其中较有影响的著作如梁启超于1906年撰写的《中国法理学发达史论》、《论中国成文法编制之沿革得失》具有开创性的意义。民国时期程树德的《九朝律考》,丘汉平的《历代刑法志》等著作在法制史研究的资料方面有重要价值。杨鸿烈的《中国法律发达史》为当时最完整的中国法制史专著,而其《中国法律思想史》则是最早的法律思想通史。其另一著作《中国法律在东亚诸国之影响》,开创了对中华法系外延的研究。出版年代较晚的瞿同祖《中国法律与中国社会》一书,以社会学及文化人类学的方法研究中国法制史,突出分析了中国传统法律的基本精神及主要特征,具有重要的学术价值。

中华人民共和国成立后,中国法制史的研究进入了新的阶段。尤其是在十年内乱结束后,出版了数十种中国法制史及中国法律思想史方面的专著、教材,发表了大量的学术论文,对一些法制史资料进行了整理,取得了丰硕的成果。台湾地区的学者在这方面研究工作也取得了很大的进展。这些成果和进展主要表现在以下几个方面。

首先,在对传统法律及制度的考证方面达到了新的高度。依靠考古发掘的成果,掌握了大批新的资料,如新出土的商周时代的青铜器铭文、吐鲁番北朝隋唐时期文书、湖北云梦睡虎地秦简、江陵张家山汉简,最近刚发现的又有长沙东吴简牍,大大丰富了对于古代法律及制度细节进行研究的资料,从而使得在研

究资料的占有上超过了前人。另外对于传统文献资料的研究也进一步深入,除各类史籍以外,还对于档案、碑铭、族谱、契约文书等进行分析,发掘出大量前人所忽略的资料。这就使得中国法制史的研究具有了坚实的基础。

其次,在研究的领域方面有了新的突破。对于各个主要部门法的研究都取得了成果。过去对中国法制史的研究多集中于刑法史方面,近年来民法史的研究受到了重视,出现了多部有关的专著。另外中国经济法史、中国司法制度史等方面也有专著问世,其中有不少著作达到了相当高的水平。同时对于断代法制史的研究也取得了很大的进展,出现了很多断代法制史专著。此外,还开展了对于少数民族法制史的研究工作,取得了令人瞩目的进展。

再次,采用了多种研究的方法。在建国初期,突出强调运用马克思主义的历史唯物主义与辩证唯物主义方法的重要性,深入剖析了传统法律制度的阶级性质,将中国法制史的研究提高到了全新的境界。改革开放以来,研究的方法更为多样化。如采用比较研究的方法,对照同时期中国与西欧不同的法律发展轨迹。或采用定量分析的方法,详究古代法制的细节及其实施情况。或结合制度史、思想史进行研究,除法学外,还从哲学、社会学、文化人类学的角度分析传统的法律及制度,尤其是注重对于法律及制度的实施情况、民间惯例的研究,使得中国法制史的研究得到了进一步的深入。

中华法系一直是世界法学界的热门研究课题。二十世纪初,日人浅井虎夫首创以近代研究方法研究中国法制史,其著作《支那法制史》很快被译为中文(称《中国历代法制史》或《中国法制史》)铅印出版,在当时有较大的影响。以后日本法学界有不少学者致力于此,如中田熏、仁井田陞等,在这一领域取得很大

的成就。尤其是仁井田陞的《唐令拾遗》、《唐宋法律文书の研究》、《支那身份法史》号为三大名著,其大量的著作论文在其去世后收入《中国法制史研究》(四集),是研究中国法制史的重要参考资料。又如滋贺秀三《中国家族法の原理》一书,堪称这一方面的力作。

欧美国家对中国法制史的研究也有不少优秀的成果。早在上一世纪,就出现了描述当时中国法律制度的西文书籍,较为著名的如约翰·亨利·格雷(John Henry Gray)的《中国:法律史,人们的风俗与习惯》(China: A History of the Laws, Manners and Customs of the People)等。近代最著名的著作如狄克·布迪,克拉伦斯·莫里斯(Derk Bodde and Clarence Morris)的《中华帝国的法律》(Law in Imperial China)等。

四

本教材编写的主要出发点在于:一是应适合于法律系学生学习中国法制史;二是尽可能完整、准确地叙述中国传统法律制度的基本内容、主要的发展轨迹,实事求是地作出简要的评价;三是力图为学生留下自行进一步钻研的空间,在突出重点的同时开阔学生的视野,培养学生自学阅读的能力。

现有的中国法制史著作大多按照历史朝代沿革顺序进行介绍。然而这样的写法容易造成内容的重复,而且在篇幅有限的情况下易于形成面面俱到而缺乏深度,尤其是需要较多的统稿时间。本教材为适应法学专业学生学习,同时也为了发挥各位作者的特长,节省编写的时间,决定采用按专题进行分章的结构体系。

中国古代法律的起源受到特有的历史社会背景的影响,本

教材列为首章予以介绍。古代的法制以朝廷的制定法为主要内容,而朝廷立法和司法受到统治者政治及法律思想的指导,因此有必要了解主要朝代的法制指导思想。本教材为此特列专章。各类法律形式的介绍对于法制史研究有重要意义,也列为专门的一章。古代世界各国均为身份等级严明的社会,而中国在这方面特征极其明显,因此本教材将身份制度列为专章。古代中国号为“家国一体”,亲族制度在法制体系中具有基础性质,也应列专章。刑法是中国古代最重要的部门法,但鉴于以往的大多数中国法制史教材对此有较详细的介绍,本教材更注重归纳和分析,在篇幅上较为简约。财产法是过去法制史研究中被忽略的部门,而在当前建设具有中国特色的社会主义民法体系的背景下,民法史的研究更具重要性,本教材因此尤其突出对于财产法史的介绍。法律的实施是法制的重要方面,因此用较多的篇幅研究中国古代的司法制度。中华民国时期所建立的西方化的法律体系在很大程度上并没有被中国社会接受,实际生活中依然是传统的法律观念起着决定性的作用。为存一代之制,本教材拟简要的对此加以叙说。

如上所述,中国法制史的研究已具有了很高的起点,本教材力求坚持学术研究的高起点,综合现有研究成果,扬长避短,突出作者本人长期以来从事这方面教学研究的心得体会,力求成一家之言。但因篇幅有限,对于一些有所发挥的内容,只能不展开讨论,在很多情况下只能略去考证推理的细节,概要地说明我们的观点,至多不过利用脚注略加说明。对争论较大、尚难有定论的一些问题,一般取通说,或也在脚注中提示有不同的看法。

学习的目的不只是为了知道一些定论,尤其不应该是为了应付考试而死记硬背。大学教育决不能只是将一些断论灌输给

学生,而是要尽力激发学生进一步思考的兴趣,使学生能够掌握得出结论的方法,形成从事研究的习惯。因此本教材并不打算成为一本为了死记硬背、应付考试的“解题大全”,也不想写成本能够查找到任何问题答案的工具书,我们的目标是想给学生一份“导游图”,学生可以利用这个“导游图”自由纵览探究法律史学的学术天地。因此,凡是在学术界尚有争论、或我们认为尚不能作出明确定论的问题,我们就实事求是地加以说明,提出问题所在,希望能够进一步探索。

法律语言一般来说是枯燥乏味的,要使学生能够直观而方便地了解中国法制史,可行的方案之一是选择典型的案例来说明问题。但同样是因为篇幅的限制,我们无法做到这一点。为此我们只能采用尽量通俗的语言进行叙述,尽可能平铺直叙,以便于学生阅读理解。

为适应不同层次学生的学习需要,本教材各章节相对独立,便于在教学时根据不同的教学对象进行取舍。在教学中可以对本教材的内容有所侧重、有所选择,省略部分章节以及部分内容。教学时可以突出最基本、最主要的一些章节,而着重引导学生熟悉教材,全面掌握中国法制史的概貌及规律。

法制史的学习很大程度要靠学生的自学,阅读参考书是自学的主要方法。本教材开列的阅读参考资料既有分章的专题文献,又有全书总的阅读书目。在指导教师的指导下进行中国法制史课程的学习时,学生应该有一定的阅读量,并在阅读中发现问题,比较研究,这样才可能在本课程的学习中真正获得收益。

本章阅读书目

张晋藩主编《中国法制史研究综述》,中国人民公安大学出