

高等政法院校 法学主干课程教材

中国法制史

张晋藩 主编 ■ 司法部法学教材编辑部审定



中国政法大学出版社

高等政法院校法学主干课程教材

中国法制史

司法部法学教材编辑部编审

主 编 张晋藩

副主编 马志冰 高浣月

撰稿人 (按姓氏笔画为序)

马志冰 王人博 武 乾

张晋藩 侯欣一 高浣月

徐永康

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国法制史/张晋藩主编. - 北京:中国政法大学出版社,1998

ISBN 7-5620-1695-X

I. 中… II. 张… 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(98)第 22316 号

责任编辑 沈忠俊

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 河北〇五印刷厂

开本 850×1168 1/32 18.5 印张 537 千字

1999 年 1 月第 1 版 1999 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1695-X/D·1655

印数: 0,001-5000 册 定价: 22.00 元

社址:北京市海淀区西土城路 25 号

邮编:100088 电话:62229803 或 62228801

说 明

为了适应我国社会主义现代化建设和实施依法治国方略对法律人才的需求,全面提高法律人才的素质,根据原国家教委关于普通高等学校法学专业开设14门专业主干课程的通知要求,我们邀请政法院校和实际部门的法学教授和专家编写了这批教材。

本套教材以邓小平理论为指导,按照原国家教委高等学校法学学科教学指导委员会专家论证的意见,吸收国内外法学教育的最新成果,面向21世纪的法学教育,正确阐述本学科的基本理论、基础知识,坚持理论联系实际的原则,努力做到科学性、系统性和实践性的统一。

《中国法制史》是法学主干课程教材之一,由张晋藩教授任主编,马志冰、高浣月任副主编。全书由正副主编统稿、定稿。各章撰稿分工如下:

张晋藩 绪论 第九、十章

马志冰 第一、四章

侯欣一 第二、十二章

徐永康 第三章

高浣月 第五、六、七、八章

王人博 第七、八章

武 乾 第十一章

责任编辑 沈忠俊

司法部法学教材编辑部

1998年11月

绪 论

中国是世界著名的文明古国，根据地下文化遗存的发现，至少在公元前二十一世纪，已经形成了以夏朝为代表的相对统一的部落国家形态，随之也揭开了中国法制历史的帷幕。

中国法制文明起源的途径，既不同于古希腊、古罗马，也与古埃及、古巴比伦有别，体现了中华民族走向法制文明的特殊的规律性。而且在漫长的发展过程中，以其丰富的文化内涵而居于世界法制发展的先列。以1975年湖北云梦睡虎地发现的秦简为例，它记载了公元前四世纪左右秦国的部分法律，从中可以发现法律调整的广泛，律文的严整细密，释文的准确统一，诉讼程序的规范，法医学的应用以及司法官的责任等等，都达到了当时世界的最高水平。

中国法制的历史不仅悠久，而且从未中断，因此辗转相承、沿革清晰，形成了内容丰富，特点鲜明，为世界文明古国所少有的传统。简述如下：

（一）引礼入法，礼法结合

礼是中国古代的一种社会现象，不仅起源早，而且贯穿于整个古代社会。由于礼具有“因俗制宜”的功能和精神威慑力量，因而被统治者用作重要的统治手段。礼影响着社会生活的各个领域，调整着人与人之间、人与社会之间、人与国家之间的行为。礼与法的相互渗透与结合，构成了中华法系最本质的特征和特有的中华法文化。

由于礼的主要功能在于“别贵贱”、“序尊卑”，确定“尊尊、亲亲、长长、男女有别”的宗法等级秩序，因而得到国家法律的强制保障，成为规范人们行为的指南，评判是非的准绳。礼与法的结合，经过了历史发展的过程，而有其必然性，这是和中国古代宗法伦理的社会特性分不开的。礼法结合起着互补的作用，是国家的长治久安所要求的。礼的等差性与法的特权性是一致的，礼法结合具体表现为以礼为主导，以法为准绳；以礼为内涵，以法为外貌；以礼移民心于隐微，以法彰善恶于明显；以礼夸张恤民的仁政，以法渲染治世的公平；以礼行法减少推行法律的阻力，以法明礼使礼具有凛人的权威；以礼入法使法律道德化，法由止恶而兼劝善；以法附礼使道德法律化，出礼而入于刑。凡此种种，都说明了礼法结合可以有效地推动国家机器的运转。

（二）天理、国法、人情三者的沟通

汉初经过董仲舒将三纲神秘化，鼓吹“王道之三纲，可求于天”。汉以后，宋儒进一步将三纲奉为天理，以辩护宗法政治等级制度的永恒性和不可侵犯性。天理通过国家立法而法律化了，违法与违天具有一致性。与此同时，封建统治者也鼓吹“法情允协”、“执法原情”，以掩盖法律的实质。由于这里所说的情是社会所公认的伦理亲情，因此“法情允协”具有实现的客观基础。为了防止法与情的矛盾，历代统治者在立法上力图使亲情义务法律化。在天理、国法、人情三者的关系上，国法是中枢，三者协调统一。天理体现为国法，赋予国法以不可抗拒的神圣性；执法以顺民情，增添国法的伦理色彩，以赢得社会舆论的支持。凡此都为了确保社会有序，国家稳定。

（三）法的公平要求与权利等差

中国古代的思想家从多方面论证了法律的公平性，鼓吹制定法律时要立公弃私，赏当其功，罚当其罪。在司法上则主张执法必信，司法必平，凡有违法者一断于法。然而事实上与法律公平的思想相矛盾的是立法上的公开等差。良贱既异制，同罪又异罚，

贵族官僚享有公开的法定特权。同时，又为特权等级设定了特殊的程序，以确保其权利不受损害。因此，封建法律的公平实际是以不公平为注脚的，是要求社会各阶级、阶层不得逾越法定的权利。而对统治阶层来说，也限制其对于习惯权利的无限追逐，以维持国家的长治久安，这就是封建法律公平之所在。

（四）法自君出，权尊于法

中国从进入阶级社会时起，便建立了专制主义的政治体制。秦统一以后，建立皇帝制度，使皇权制度化、法律化，皇帝握有国家的最高权力，凌驾于法律之上。同时，皇帝“口含天宪”，又是法律之所出。汉武帝时，廷尉杜周在答复“不循三尺法，专以人主意指为狱”的指责时便说：“三尺（法）安在哉？前主所是著为律，后主所是疏为令。当时为是，何古之法乎”。^{〔1〕}这道出了封建法制的实质和封建权与法的真实关系。权尊于法，是专制主义的政治制度所决定的，是一切暴政的渊源。在历史上，虽有汉文帝、唐太宗之尊法、重法，但这是个别开明国君的远见，并没有改变权尊于法的实质。直到清末所进行的戊戌变法、预备立宪，仍然是为了解决权与法的关系问题。

（五）家族本位的伦理法治

中国古代是沿着由家而国的途径进入阶级社会的，因此，以家族为本位。贵族之家又是和国家政治等级密切结合的，所谓亲贵合一，作为国家的法律，维持家庭本位的社会结构，这不仅是国家稳定的基础，也是封建自然经济存在与发展的要求。在封建的法律体系中，国家制定法居于主导地位，而调整家族关系的家法族规也是重要的组成部分。家法族规以维护伦理关系特别是家长族长的权力为主要任务，在这方面与国家制定法具有一致性。家族本位伦理法的出现有其社会的原因，诸如占统治地位的自然经济结构是其经济条件，悠久的宗法制度为其提供了深厚的土壤，儒

〔1〕《汉书·杜周传》。

家学说是其有效的理论依据，而专制主义的政治制度又对父权家长制有着特殊的需求。

（六）重刑轻民，律学是法学的主要形式

中国古代在专制主义的统治下，以国家为庶民利益的总代表，因此维护国家利益重于维护私人利益，加上家族本位的社会结构，以及特定的文化背景，决定了中国古代重公权轻私权，重刑事轻民事，以致刑与法同义，历代主要的法典均为刑法典。由于重刑，使得刑法体系是严密的，刑罚手段是残酷的，而在司法实践中，处理刑事案件的诉讼制度也是完备的，尤其是以刑法为主要内容的律学是中国古代法学的集中代表。它的实用性、综合性、准确性都达到了很高的水平。重刑轻民使得人们漠视对法律体系的研究，而私权的不发达，也决定了调整私权的法律规范的薄弱，无法形成一个相对独立的法律部门。直到清末引进西方法律，改革法律体系，才打破重刑轻民、律学独秀的传统。

（七）职官管理法占有较大比重

专制制度下的君主，为了有效地运用权力，控制国家的活动，需要通过一个权力媒介，这个权力媒介就是官。官是管理国家的群体，是实现国家职能具有人格的工具，中国古代所说的人治，实质就是官治。为了发挥官治的作用，就需要治官，韩非所说“明主治吏不治民”被封建统治者奉为不易的准则，从而形成了人治——官治——治官——吏治——治民的理论体系。为了以法治官，制定了较为完备的职官管理法，详定官的职、权、责，明其职而课其责。历代考课官吏均有法定的标准，以督励其尽职尽责。此外，还形成了严密的监察网络和监察法，以保证官僚队伍的整肃，维持必要的吏治。中国古代职官管理法的细密是同时期世界所少有的。

（八）制定法与判例法的结合

中国古代重视国家制定法，以致成文的法典是传统法律的主干。但成文法的制定，程序复杂，旷日费时，而且具有落后于生

活发展的局限性，为此，在司法实践中也适用判例弥补律文的不足。早在先秦时期便适用判例，秦简中“廷行事”就是法律化了的判例，它是司法审判的重要依据。中国古代对于判例价值的认识是较为深刻的，对于判例法的创制意识也是很强的。由于制定法的调整方式是由一般到个别，而判例法的调整方式是由个别到一般，这两者的配合，使法律的确定性和适用上的灵活性相统一，既有效地调整着变动中的社会关系，也使司法官摆脱了消极执法的困窘状态，因此制定法与判例法的相互为用是中华法系的特点和优点之一。

（九）援法定罪与类推裁断

中国古代提倡援法断罪，这成为国家制定成文法的重要动力。秦简中记载着司法官如断狱失轻失重为“失刑罪”；重罪轻判、轻罪重判为“不直罪”；故意减轻情节，放纵罪犯为“纵囚罪”。秦始皇三十四年便曾“适治狱吏不直者，筑长城及南越地”。晋时刘颂亦明确提出：“律法断罪，皆当以法律令正文，若无正文，依附名例断之，其正文名例所不及，皆不论。”〔1〕唐律进一步规定：“诸断狱皆须具引律令格式正文，违者笞三十。”〔2〕这是中国古代援法断罪的法律要求，它提高了法律的权威，严肃了司法官的责任，维持了法律的秩序，因而一直影响到明清。但是成文法的规定不可能包罗复杂的社会关系和各种犯罪形态，为了弥补援法定罪的缺陷，也允许类推裁断。唐律规定：“诸断罪而无正条，其应出罪者，则举重以明轻，其应入罪者，则举轻以明重。”〔3〕这两者是矛盾的，但又是统一的，反映了封建时代罪刑法定的特点。然而，类推裁断的滥用，也破坏了援法定罪的优良传统。尤其是专制皇帝以意为法、任意轻重，使得中国古代罪刑法定的原则难以

〔1〕《晋书·刑法志》。

〔2〕《唐律疏议·断狱》。

〔3〕《唐律疏议·名例》。

全面实施。

(十) 无讼是求，调处息争

无讼是儒家所追求的理想境界。孔子曾说：“听讼，吾犹人也，必也使无讼乎。”由于崇尚无讼，因此诉讼的多少成为考察地方有无政绩的标准。为了减少诉讼，一方面提倡明德教化，另一方面推行调处息争。中国古代调处的方式有州县官调处和民间调处，民间调处中包括族内调处、邻右调处。由于中国古代宗法血缘关系的深厚和地缘关系的悠久影响，使得民间发生的诉讼可以经过调处达到和息的目的。此外诉讼所造成的讼累也使民众畏讼，而乐于寻求调处息争。但有些调处是带有强制性的，漠视了诉讼当事人的权利要求，也造成了中国人诉讼权利观念的薄弱。

(十一) 法典编纂上的“诸法合体，民刑不分”，与法律体系上的“诸法并存，民刑有分”

综观世界法制的发展史，在进入文明社会初期的法典编纂体例，大都是诸法合体、民刑不分的。著名的《罗马十二铜表法》便包括刑法、民法、民事诉讼法及若干行政法规。在古代东方巴比伦王国的《汉穆拉比法典》中既有刑法和司法的内容，也有较多关于商品交换和保护动产所有权的规定。但是中国从公元前五世纪到二十世纪初，历经二千五百余年仍然沿袭诸法合体、民刑不分的法典编纂体例。尽管在这个漫长过程中，行政法与民法逐渐趋于法典化，但在代表性的法典中，仍然是以刑法为主，涵盖了民事、行政、经济、司法等各个部门法。这种保守性也是世界所少有的，以至三十年代以来的中外学者，都以此为中华法系的主要特点，甚而武断古代中国只有刑法没有民法。

需要指出的是法典编纂体例上的“诸法合体民刑不分”，并不等于法律体系上的“诸法并存民刑有分”。所谓法律体系是指由本国各个部门法构成的整体。由于社会关系的复杂多样，决定了法律调整方式的复杂多样，从而形成了不同对象的若干部门法，它们是构成法律体系的各个相对独立的部分。法律体系是客观的社

会发展的结果，不是任何个人主观意志的产物。至于一部法典的体例和结构，则纯属立法者主观的产物，是立法者立法思想、立法原则与立法技术的具体应用。因此法典的体例与法律体系是两个不同的概念，不能混淆，否则便会产生与中国法制历史真实过程相悖的认识。

中国古代的法律体系也是由若干部门法，如刑法、民法、行政法、经济法、诉讼法等构成的，尽管当时并没有这样明确的概念。至于“诸法”中间是否都发展成独立的部门法，是需要具体分析。对于古代立法者为什么始终选择“诸法合体”的法典体例，它适应的法律调整的需要，和反映的时代的制约，都要加以具体的分析。

从上述中国法律传统中，既反映了文化上的多源头和儒家思想的支配地位，也反映了中华民族大家庭中各兄弟民族的贡献；在这中间既有冲突也有融合，共同缔造了为世界所公认的中华法系。虽然不可避免地杂有精华与糟粕，但都是历史的和文化的积淀，需要科学地总结，从而引出滋润五千年中国法制的源头活水，创造出反映新时代特色的中华法系。

二

1644年入关以后的清朝，经过百余年的康乾盛世，至嘉庆年间开始急剧衰落，各种固有的社会矛盾越来越尖锐，至道光朝已经开始陷入了“岌岌乎不可以支日月”的境地。

正当清朝急遽衰落之际，西方资本主义国家已经完成了产业革命，进而把扩张政策推向世界，首当其冲的是东方的印度和中国，终于在1840年发生了中英鸦片战争。中国闭关锁国的大门被侵略者的炮火轰开以后，清朝完全丧失了过去的“天朝大国”的独立地位，司法主权也由于不平等条约中有关领事裁判权的规定而横遭践踏。从此中华民族开始了救亡图存的斗争历程。

还在鸦片战争前夜，开明的官僚士大夫龚自珍、魏源、徐继畲、包世臣等人，已经勇敢地抨击所谓“祖宗之法”的种种弊端。鸦片战争以后，在提倡“师夷变法”的主张中，已有取法科学技术，渐进至政治制度与法制领域，所谓“富强之本，不尽在船坚炮利，而在议院上下同心，教养得法”。〔1〕

鸦片战争后十年，以西方的教义为号召，以中国农民起义中的平均思想为指导，创建了既不同于中国传统的封建律例，又有别于西方近代法制的“天法”，这就是太平天国的法制。太平天国法制有其独创性和民主性的一面，但囿于农民阶级的局限性，使得天法并没有超脱封建法制的窠臼，因而是没有出路的。但是太平天国后期领导人洪仁玕，在《资政新篇》中却设计了以西方国家的法制为原型，改造中国法制的方案。然而太平天国的失败，使这个方案也化作泡影。

在清朝统治集团中，一部分以洋务自诩的大官僚集团，提出“中学为体，西学为用”的改革思路。在法制上力求引进某些西法，改良传统法制。中体西用是师夷变法的进一步发展，反映了统治集团内部对祖宗成法亦可变的立场，但在当时的历史背景下，中体西用的法制改革收效是极微的。

十九世纪末二十世纪初，以康有为、梁启超、沈家本为代表的改良派，广泛宣传了以民主、法治、三权分立为主要内容的资产阶级法律学说，提出了召开议会，制定宪法，建立民、商、刑、诉讼的法律体系等变法主张。至清末修律，沈家本执行“务期中外通行”的修律宗旨，进一步将中国的法制改革与西方法律连结起来，至此，传统的中华法系解体了，大陆法系逐渐主宰了中国法制的近代化。

以孙中山为代表的民主派，也主张全面移植西法改造中法，以此为中国法制的出路。但是法律上的全盘西化脱离了中国的实际，

〔1〕 郑观应：《盛世危言·自序》。

不能成为日常生活中的行为规范，以致损害了法律的权威。

辛亥革命以后，孙中山提出以法律约束权力，并为之而进行的护法运动，反映了近代法统观念的确立和资产阶级民主宪政的真谛。

北洋政府时期，虽然处于军阀割据之势，但经过清末司法改革建立起来的司法机关体系，在某种程度上发挥着独立司法的职能。北洋政府大理院判例的价值说明了这一点。

国民政府建立后的最初几年，继续沿行清末广泛吸收世界立法的新成果，完成了六法体系的构架，但随着国民党独裁内战政策的推行，其法制也日趋于反动。

随着马克思主义在中国的传播，和中国共产党的诞生和发展，中国历史进入了新民主主义革命阶段，在革命根据地内创建了人民民主政权和法制，并于1949年建立了中华人民共和国。

回顾百年来的法制历史，使我们认识到中国近代史上一系列重大的活动和事件都是围绕“救亡图存”而展开的。清末修律的一个重要契机就是取消领事裁判权，恢复中国的司法主权。为救亡图存而改良法制，反映了中国人对于改良法制与富国强兵之间关系的认识，由此启示我们：中国只有包括法制现代化在内的全面现代化，才能真正自立于世界民族之林，迎接二十一世纪的挑战。

回顾百年来的法制历史，也使我们认识到法观念的更新，是推动法制转型的思想动力。从康有为、梁启超到沈家本、孙中山，他们是法观念更新的先驱者。经过他们由固守成法转向师夷变法；由维护三纲转向批判三纲；由礼法结合转向礼法分野；由以人治国转向以法治国；由义务本位转向权利追求；由以刑为主转向诸法并重；由君主专制转向君宪共和；由司法与行政不分转向司法独立。法观念的更新，是近代中国社会剧变的反映，是挽救中华民族危亡的呐喊，是新的法文化思潮的产物。虽然它还不成熟。更没有成为广大中国人自觉的理念，但却是晚清修律与司法改革的

思想动力，是中国法制近代化的时代先声。

回顾百年来的法制历史，还使我们认识到为实现中国法制现代化而吸收西方的法律文化是必要的。但要从中国的实际出发，在引进中注意进行新的创造。这是百年历史证明了法制改革的成功之路。过去中华法系曾经以其先进性影响过东方世界，今后中国法制要想求得再度辉煌，必须在它的独特性和先进性上创立业绩，在继承中创新，在时代性中体现民族性。

三

中国法制史是以中国历史上的法律制度作为研究对象的。它要研究中国法律的起源，各种类型的法律制度的性质、特点、作用、发展演变的过程和规律性。中国法制史是高等学校法学教育体系中的主干课程，它着重培养学生建立正确的历史观、国家观、法律观，并为他们学习法学理论和部门法提供有关的历史的知识，从而加深他们对于我国现行法律的理解。

除此之外，中国法制史也以批判地总结法制历史的经验，为建设和完善社会主义法制，实现依法治国的方略，提供必要的借鉴。四千多年没有中断的中国法制历史，是一个巨大的知识宝库，它蕴藏着建设法制、依法治世的丰富经验，凝聚着中华民族的智慧，形成了深厚的文化积淀，值得珍视与研究。中国法制史学研究的是过去，面对着的是现在和未来，它以总结历史的经验来启迪人们的思维，丰富人们在治国理政上的方略与方法。以古为鉴可知兴替，这正是中国法制史学生命力之所在。

学习和研究中国法制史，要把法制的变迁，同它所依托的经济、政治、社会文化背景结合起来，揭示其内在的联系性和相互关系，从而把对中国法制历史的认识置于科学的基础之上。

中国法制历史在漫长的发展过程中，尽管千迴万折、跌宕起伏，但确是有规律性可循的，既有共同的规律以相联结，也有特

殊的规律以相区别，注意揭示法制发展中的特殊规律性，有助于深入地认识不同时期的法制的本质和时代特征。

研究和学习中国法制史，需要把典章文献与国家的立法、改制、司法等活动结合起来见人物、见思想、见事件，这种把静态与动态的结合，可以还法制历史生动、活泼的本来面目。

由于中华法系是世界公认的五大法系之一，是以东方国家的特色标榜于世的，它同世界其它法系具有哪些区别，以及这些区别的成因等等，也是需要进行比较研究的。这不仅可以更准确地把握中华法系的特点，也有助于从世界法制历史的范围吸取有益的历史借鉴。

目 录

绪论	(1)
第一章 夏商周	(1)
第一节 中国法制文明的起源及其中西比较	(2)
一、中国古代国家的形成	(2)
二、中国法制文明的起源	(4)
三、法制文明起源的比较	(8)
四、夏商法律制度的建立	(11)
第二节 明德慎罚思想与西周立法	(18)
一、明德慎罚的法律思想	(19)
二、立法活动	(21)
三、法律形式	(25)
四、礼刑关系	(26)
第三节 宗法等级制度与行政立法	(29)
一、宗法等级制度	(29)
二、国家行政体制	(30)
三、行政管理制度	(31)
第四节 私有产权的确立及其民事法律	(32)
一、私有产权的确立	(32)
二、契约的出现	(34)
三、婚姻制度	(35)
四、家庭继承制度	(38)
第五节 刑事法律规范	(39)
一、刑罚原则	(39)
二、刑罚种类	(41)

第六节 狱讼形式的划分及司法制度的形成	(44)
一、司法机关体系	(44)
二、狱讼形式划分	(45)
三、诉讼审判原则	(45)
四、监狱行刑制度	(47)
第七节 成文法的公布及其立法成就	(48)
一、春秋战国时期的社会变革	(48)
二、各家的法律思想及其学说	(50)
三、成文法的公布及其意义	(55)
四、《法经》的制订及其成就	(58)
第二章 秦	(62)
第一节 法家思想的影响与秦的立法活动	(62)
一、法家思想的影响与秦的法制原则	(62)
二、商鞅变法与秦律的制定	(65)
三、云梦秦简与秦律体例	(68)
四、秦统一法制的建立	(69)
五、法律形式的多样化	(70)
第二节 秦律对社会的多方面调整	(71)
一、行政管理法规	(71)
二、民事法律规范	(76)
三、经济管理法规	(81)
四、刑事法律规范	(84)
第三节 秦律的性质与世界地位	(90)
一、秦律的性质与时代特征	(90)
二、秦律的立法成就	(92)
三、秦律与罗马《十二铜表法》的比较	(95)
第四节 司法制度的统一与专任刑罚的后果	(96)
一、司法机关体系	(96)
二、诉讼审判程序	(98)