

中国法系的 形成与发达

张建国 著



北京大学出版社

中国法系的形成与发达

张建国 著

北京大学出版社
北 京

图书在版编目(CIP)数据

中国法系的形成与发达/张建国著. —北京:北京大学出版社,
1997.9

ISBN 7-301-03536

I. 中… II. 张… III. 法系-法制史-中国-古代 IV. D929.2

书 名: 中国法系的形成与发达

著作责任者: 张建国

责任编辑: 李霞

标准书号: ISBN 7-301-03536-6/D·0363

出 版 者: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

电 话: 出版部 62752015 发行部 62509712 编辑部 62752032

排 版 者: 北京大学出版社激光电子照排中心

印 刷 者: 北京飞达印刷厂

发 行 者: 北京大学出版社

经 销 者: 新华书店

850×1168 毫米 32 开本 8 印张 200 千字

1997 年 10 月第一版 1997 年 10 月第一次印刷

定 价: 12.00 元

引 言

中国法系(又称中华法系),是指中国传统法律诸因素的总和。它带有鲜明的民族特色,与古代中国的政治、经济、社会和学术思潮的发展有极为密切的关系。探讨中国法系的模式及其一般和特殊规律,有利于揭示传统中国法律在理论与实践上的固有特征。

一般认为,中国封建时代法制的最大特点是礼法结合,如以这一看法观察中国古代法,可以说其形成与发达应始于汉代。汉法上承秦法,但秦的特点是抛弃礼义,专任法律,在维护皇权至高无上和加强中央集权的过程中容易走向刑治的极端,因此在统一中国后不久便被推翻。秦帝国虽然垮台了,但留给继起的汉王朝一份可观的遗产。汉代是我国早期封建社会中比较具有代表性的朝代,这一历史时期的社会,既反映出生气勃勃的景象,也显示出矛盾重重的特点。随着汉代社会的政治、经济、文化等等的不断变化,作为建立和维护社会秩序重要手段的法律也发生了许多变化,它反过来又对社会产生了很大影响。

由于汉代的法律早已散失,连唐代人都慨叹因汉律令亡失使研究遇到极大不便,加上律学逐渐被后人视为小道,研究的就更不多了。自清代以来,受考据学的影响,开始有个别学者根据古代文献残存的零星资料,对汉律作了一些考释和辑佚工作,本世纪初则有沈家本和程树德的力作,使这项研究才开始了一个新阶段。但资料不足的问题仍然存在。可喜的是,随着汉简的相继出土,这种状况将会有大的改善。

本书通过对社会和法律基本方面的分析,揭示了汉代法律文

化的一些特点。文中以具体事实说明了社会需要造就了法律,法律又反作用于社会生活的基本原理。在写作方法上,一方面注意吸收学术界的研究成果,一方面也力求提出个人的独立见解。比如,有关约法三章,指出其只施行了极短的时间,同时结合张家山汉简推测了萧何定律令的大致时期;又如,为了说明皇权与法律的关系,先从汉初的分封制入手,既谈到了历史原因,也剖析了加强中央集权的法律措施和过程,并且指出诸侯国的强大主要不是造成割据分裂而是涉及到争夺皇位;此外,将狱吏问题和皇权直接联系起来分析,便于从中折射出社会和司法的关系,也有助于人们理解两汉时期的这一特色。汉代法律开始儒家化,这是新儒学的出现及其官学化所导致的必然结果,是社会发展的需要促成了儒法学说的融合。董仲舒独尊儒术的主张和以春秋决狱的方式参与司法活动的实践,是具有代表性的儒学影响司法的事例,而逐渐得到加强的儒家思想中的复仇观,对法治社会也造成相当程度的冲击。本书在有关文帝刑制改革的一章也提出了自己的一些新见解,并将个人对于汉代刑制改革问题的最新探索成果作为本书的附录。

总之,中国古代法律发展到汉代,已经呈现出相当发达的形态,这表现在大量的律令和判例的制定与公布,而且随着汉代对儒学的尊崇,采用引经注律和用律解经成为研究经学的一个重要方法,由此也带来了律学的兴盛。

但是,到汉武帝时,律令已达三百五十九章,大辟四百零九条,一千八百八十二事,仅死罪决事比就有一万三千四百七十二事。结果“文书盈于几阁,典者不能遍睹”,而且内容杂乱,重复矛盾,从而出现了奸吏弄法、因缘为市的情况。到了东汉中后期,这种弊端更趋于明显。这些问题一直到三国时期才得到解决。

三国热,是长期以来一直存在的现象。然而,作为这样一段有声有色的历史时期的法律制度,研究的人却不多,研究成果更是寥若晨星,主要原因是资料的缺乏。本世纪初有些学者开始注意进行

研究,程树德先生的《魏律考》,可以说是比较系统研究三国时期律令的一部代表作。该书辑佚钩沉,在史料的整理和研讨方面作出了不可磨灭的贡献。

本书在前人研究的基础上,注意吸收最新学术成果,通过对资料的运用和考析,去伪存真,追求提出有见地的观点,得出具有独到见解的结论。如探讨军法与刑罚、军法与古代作战方式的关系;对于曹魏实行户调制的原因以人口问题作解释。在法律的总体考察方面,否定了长期以来一直认为三国沿用汉律很少改变的说法,指出“科”的出现带来三国法制的大改观,曹魏律令的制订代表律令法系发展的一个新阶段;纠正了程树德有关魏律五刑制度研究上的错误,推定出魏五刑的刑名,也许是有意义的尝试。此外,对与魏晋封建政权存亡有相当关系的诸侯法禁,希望以理智的分析来判定优劣;还有通过对魏晋律令法典的比较,尝试重新确定中国律令法制的分期,其目的是希望学界能认真分析这一问题。

● 中国法系的形成与发达 ●

责任编辑 李霞 封面设计 张虹

ISBN 7-301-03536-5/D·363 定价: 12.00元

ISBN 7-301-03536-5



9 787301 035368 >

D9
12

目 录

引 言	(1)
上 篇 中国法系形成与发达的转折点(汉代)	
绪 论 秦帝国留下来的庞大遗产	(3)
第一章 社会的发展与法制的沿革	(8)
第二章 皇权与法律	(28)
第三章 儒学的官学化与法律的儒家化	(44)
第四章 董仲舒与春秋决狱	(60)
第五章 复仇的理论与现实	(72)
第六章 汉文帝的刑制改革及其他	(83)
第七章 汉代司法审判的程序与个案研究	(92)
下 篇 中国法系承前启后的重要阶段(三国)	
绪 论 乱中求变、繁中求简的法制新貌	(107)
第一章 军法与军政	(112)
第二章 具有时代特色的法制	(129)
第三章 科法与严法	(146)
第四章 律令法系发展的新阶段	(162)
第五章 受肉刑问题困扰的刑罚制度	(172)
第六章 经济与法制	(188)
第七章 诸侯法禁	(198)
第八章 魏晋律令法典比较研究	(216)
附 录 西汉刑制改革新探	(228)

上 篇

中国法系形成与发达的转折点(汉代)

绪 论 秦帝国留下来的庞大遗产

汉王朝包括西汉(亦可称为前汉)和东汉(亦可称为后汉)两个时期,前后总计维持了四百年的统治。汉代的社会在四百年中变化比较大。总的来说,西汉是一个比较开放的社会,到东汉时则随着各种制度的完善,渐趋于保守。汉代的法律制度对中国整个封建社会有很大的影响。构成中国法系的一切要素,在汉代就已经形成,此后的各朝各代不过是在这一基础上加以或多或少的改动而已。

在叙述汉代的社会和汉代的法律之前,有必要将汉代之前的秦帝国的情况作个简单的回顾,由此可以知道汉帝国初期的基本情况。

在战国时期各国的变法改革运动中,秦国取得的变法成果最为显著,法治的路线推行到极致,特别是奖励耕战的政策使秦国的社会政治、经济和军事等综合实力迅速增强。秦王嬴政登上王位后,通过大规模的兼并战争,在公元前230年到公元前221年的近十年中,终于分别征服了所有诸侯国,完成了全中国的统一。这是中国历史上最重大的事件,它标志着统一的专制主义中央集权国家的建立。

据《史记·秦始皇本纪》讲,统一的事业刚刚完成,秦王嬴政第一个有记载的政事活动,便是要他的大臣们提出一个有别于王的名号,以与获得的巨大功绩相称。大臣们提出,秦王平定天下,海内为郡县,法令由一统,自上古以来未尝有,这样的丰功伟绩五帝都比不上,古有天皇、地皇、泰皇,三皇中泰皇最高贵,所以建议秦王改为“泰皇”,并且为了与一般的王命王令相区别,“命”称为“制”,

“令”称为“诏”，天子自称曰“朕”。对“泰皇”这个称号，秦王仍不满意。大概是想，这个称号再高，也不过和历史上已有的一位泰皇闹了个平手，不能显示出我是自古以来最伟大的人物。所以他干脆自己提出，去“泰”而留下“皇”，再加上“帝”。秦王这样一改，果然气势宏伟，“皇帝”，那就是把三皇五帝一股脑儿全盖过去了，古往今来，还有谁能再高于或等于他呢！还有最重要的，“帝”是一个充满可以追溯到历史黎明时期的神秘色彩的字眼儿，它使人联想起远古神祇圣哲。比如，在商代就是把“帝”视为神的同义词，秦也是把官方崇拜的神称为帝，这样一个高级的称呼如何能漏掉不用呢！他所取得的成功使自己也想像使所有臣民觉得几乎是超人的，只有“皇帝”才能表示自己的伟大，是人间最高的统治者。他还宣布，他本人是始皇帝，其后代按“二世皇帝”、“三世皇帝”等一世世地传下去，以至“无穷”。

“议帝号”的作用就是确定了皇帝至高无上的权力和地位，虽然历史嘲弄了秦始皇想把皇帝的位子传之无穷的梦想（他的皇朝在二世就跨台了，子孙也被杀得一千二净），但是他选择的称号是如此巧妙，以至于成为帝制时代的象征，尽管走马灯似地换了不少朝代，但每个时期，都被最高统治者所采用，从秦议帝号开始，这个名称一直在中国沿用了两千年。如果从法制发展的角度考察，皇帝便代表国家，他是整个社会的主宰，皇权就是一切法权的渊源，因此，中华帝国的社会和法律不得不围绕着皇权的指挥棒打转转。

秦帝国留下的另外两大遗产，是法律和官僚体制，这是撑起帝国大厦的两大支柱。主要由法家政治理论指导的秦国，正是依靠这两样东西实现了统一天下的目标，而专制主义中央集权制度的建立，或者说皇权的实施，主要依靠的也是这两样东西。公元前 221 年的主要特征，是把法律和官僚制度扩大到在整个帝国范围里实施。接下来的有关帝国实行什么政策的两次大争论，也和这两样制度相连。比如，在公元前 221 年，秦始皇召集群臣讨论时，丞相王绾

提出要秦始皇分封诸子为王,也就是说,采用和八百年前周灭商后一样的分封制,这样就比较容易统治那些距离比较远的领土。李斯则反驳说,周的这一办法已经证明是政治上的灾难,周分封的子弟同姓很多,但很快就互相疏远以至相互征战,连天子也无力阻止他们,所以结论是“置诸侯不便”。秦始皇支持李斯,下令在全国实行郡县制。郡县制说到底就是由中央政府直接任命官员管理各地,郡县官吏是专制君主派驻各地的代表,服从中央的指挥,推行统一的法令。第二次争论仍和第一次的类似,但却是从采用官僚体制还是分封体制的争论开始,演变到后来不仅否定了分封制,而且为了维护皇权和法律的神圣,禁止诗书百家语的传播,实行思想专制。那是公元前 213 年的一次皇宫宴会上,有人对秦始皇的政策特别是实行郡县制大为称赞。这时来自儒学发达的中心齐地的淳于越立即提出不同意见,认为殷周之王千余年,都分封子弟作为枝辅,现在陛下有海内,而子弟和一般百姓一样,如有篡夺权力的人出现,谁来制止呢?最后他提出:“事不师古而能长久者,非所闻也。”对此,李斯有力地驳斥道:古代的三皇五帝制度都不一样,这是因为适应不同时代要求所产生的变化。现在皇帝的开创性做法“固非愚儒所知”。他还提出:“今天下已定,法令出一”,但是如今诸生不师今而学古,非议当世,使百姓思想混乱,因此应当予以禁止。具体办法是,把诗书诸子百家著作除博士官保存的以外都要烧掉,“有敢偶语诗书者弃市,以古非今者族,若欲有学法令以吏为师。”秦始皇同意了李斯的建议。于是,从不能容忍不同意见,到为了统一思想动用法律武器,秦尚法尊君的主张者又一次占据了优势地位。在这种典型的法家极权思想的实行中,后人所说的“秦制”最终得到确立。它的特点是以皇权凌驾于一切之上,万事皆决于法,由各级官僚具体负责国家的各项事务。而秦的灭亡原因,人们也往往在这里重点列举的皇权、法律、官僚制度等中间寻找。继起的汉朝,也是围绕着帝国的这三大问题,不停地进行各种改进的试验。

秦朝在陈胜、吴广掀起的农民起义的打击下迅速灭亡。在这次造反的人群中，有一位起义军的将领刘邦脱颖而出。刘邦出身于沛县（在今江苏省）的普通自耕农家庭，曾担任过亭长（负责治安的小吏），后来在一次押送犯人时，因犯人一路上逃跑的太多，已经无法交差，干脆自己也逃进大泽为盗去了。反秦起义发生后，沛县的人也趁机造反，但最初的组织者如县里的官吏萧何、曹参等人不愿出头，担心一旦失败，领头的人可能会受到族诛（即满门被杀）的严厉处罚，因此力推刘邦当大家的首领。刘邦在起事后迅速壮大了自己的力量，并在自己身边聚集了萧何、曹参、樊哙等文武良才。在反秦的战斗中，作为起义军一部的刘邦所率领的楚军，于公元前 207 年十月首先进入秦统治中心咸阳，秦王子婴向他投降。秦灭亡后，刘邦为了安定人心，维护当地的社会秩序，马上召集关中各县的豪杰，通过他们与当地人民约定：杀人者处死刑，伤人者判处相应刑罚，盗窃犯罪依法惩治；其他秦法一律除去。这就是后来经常说到的刘邦“约法三章”。

不久，与秦军主力作战的起义军将领项羽在取得胜利后也来到了关中，他作为所有起义部队的最高军事统帅，似乎对建立一个像秦那样的大帝国不感兴趣。据说当有人劝他以地势好物产丰富的关中为称霸天下的资本时，他却认为，一个人富贵了不归故乡，就和穿了绣花衣服在深夜走路，谁会知道呢？因此决定一定要回老家去，好光宗耀祖一番。那个给他出主意的人感到很失望，说：“人言楚人沐猴而冠耳，果然。”这些话传到项羽的耳朵里，他一怒之下把那个人给烹了，也就是用大锅活活煮死了。他根据起义军各将领的功劳大小，分封了其他十八个诸侯王，自己封自己为西楚霸王。

刘邦被封在相当今天四川和陕西南部的巴、蜀、汉中，称为汉王。刘邦不甘心被分到这样偏僻的地方，他决心打出一个更大的天下。他先打下关中地区，作为自己的根据地，增强自己的实力。在随后展开的全面内战中，很快就变成以刘邦为主的一方和以项羽

为主的另一方之间的殊死搏斗,这被称为“楚汉之争”。刘邦依靠属下人才的协助和正确的策略,纠合其他诸侯的力量,最终打败并消灭了项羽。公元前202年,在手下将领和诸侯王的一致推举下,刘邦登上帝位,建立了汉朝。

这时候,社会仍处在战乱之后的破败之中,据《汉书·食货志》记载:

汉兴,接秦之弊,民失作业,而大饥馑,凡米石五千,人相食,死者过半。高祖乃令民得卖子,就食蜀汉。天下既定,民亡盖藏,自天子不能具醇驷,而将相或乘牛车。

战争期间,人民由于失去了生产和生活的基本条件,天灾人祸造成粮食短缺,一石米的价格达到五千金(正常时期价格可能仅二十钱左右),饥饿的百姓中出现了人吃人的情况。以后战争虽然结束,人民也是极为缺吃少穿,皇帝都找不到颜色一样的四匹马拉车,他下面的将相有的则连马都没有,只能坐牛车。古人写东西喜欢夸张,当时马匹未必少到这样可怜的程度,但战乱造成的破坏也确实是非常严重的。

在楚汉战争进行中,刘邦的汉王国的丞相萧何就开始了法律制度的建设。他在秦法的基础上,结合当时的实际,制订出一部包括盗、贼、囚、捕、杂、具、兴、厩、户等共九篇的刑法典,这就是后来所称的“九章律”。据说“秦法繁于秋荼,而网密于凝脂”。萧何在基本继承秦法的同时可能做了一些简化性的修改,但仍然保留了相当一部分秦的苛法。此外,刘邦还命韩信申军法,张苍定章程。统一天下不久,又由叔孙通定礼仪,制订了傍章十八篇。这是汉代立法的第一阶段,其特点是重在建立,使汉的各项制度逐渐趋于完备。

第一章 社会的发展与法制的沿革

一、从“约法三章”到“二年律令”

关于汉初的法制概况,《汉书·刑法志》是这样说的:“汉兴,高祖初入关,约法三章曰:‘杀人者死,伤人及盗抵罪。’蠲削繁苛,兆民大说。其后四夷未附,兵革未息,三章之法不足以御奸,于是相国萧何摭摭秦法,取其宜于时者,作律九章。”历来研究家们对汉初法律实态做了不少探讨,但基本是对班固的上述说法深信不疑。随着近年出土资料的增多,使我们有幸知道了一些或许连班固也不清楚的汉初的第一手法律文献,为此结合有关史籍记载,大胆地做些分析与推测。

刘邦的三章之法一直是人们很感兴趣的话题。有的人认为它是汉最早的立法;也有的人说是只具有策略上的意义,刘邦宣布它,是站在反叛者的地位上的政治鼓动,而不是国家帝王的正式立法。这些说法见仁见智,比如《史记·秦楚之际月表》就提到:“沛公出令三章,秦民大悦。”其中直称刘邦宣布的内容为“令”,律令皆为法是秦汉的通例,据此似乎不能不算作正式立法;但是另一方面,刘邦作出这一宣布的时候不仅不是帝,也不是王,更不知他未来的国家名称为汉,因为按最初的约定,他本来是应该王关中,也就是当秦王,说“法三章”非帝王立法也不无道理。不过,仅局限于这样静态地分析总是稍感不足,因此,本文不想就类似的说法再发议论,而是换一个角度,谈谈三章之法的法律效力问题。

公元前 207 年十月,秦王子婴向攻进关中的刘邦起义军投降,

秦灭亡。十一月，刘邦的三章之法便出台了，有关此事的最早记载见于《史记·高祖本纪》。当时刘邦“召诸县父老豪杰曰：‘父老苦秦苛法久矣，诽谤者族，偶语者弃市。吾与诸侯约，先入关者王之，吾当王关中。与父老约，法三章耳：杀人者死，伤人及盗抵罪。余悉除去秦法。诸吏人皆案堵如故。凡吾所以来，为父老除害，非有所侵暴，无恐。且吾所以还军霸上，待诸侯至而定约束耳。’乃使人与秦吏行县乡邑，告谕之。秦人大喜，争持牛羊酒食献饗军士。沛公又让不受，曰：‘仓粟多，非乏，不欲费人。’人又益喜，唯恐沛公不为秦王。”下面以《史记》的这条材料为主线逐步做些分析。

我们首先分析一下三章之法对人的效力问题。它对于哪些人具有法律效力？为了说明这一关键点，我觉得有必要先理解“约”字的含义。“约”在这一时期屡次出现，其主要特征是定约各方都有相应的权利与义务，虽然有时亦有主约者和从约者的不同。例如，据高祖本纪的记载，由于项梁骄傲轻敌，秦军大破反秦义军，项梁战死。项梁所立的楚怀王对起义军下一步的作战重新做了部署，主力由宋义、项羽等人率领向北救援被秦军包围的新建立的赵，又令刘邦率另一支起义军向西略地入关，并“与诸将约，先入定关中者王之。”此“约”的主约者自然是楚怀王，这从后来项羽入关中并派人向怀王请示一事可以反映出来：项羽得到怀王的回答是“如约”，因此他怨恨怀王当初不让他和刘邦一起向西进军，而让他向北救赵，后天下约。他不满地说：“怀王者，吾家项梁所立耳，非有功伐，何以得主约！”但是，同样的事情在前引刘邦的话中，变成了“吾与诸侯约，先入关者王之”的词句。本来是怀王与诸侯约，又可以说成刘邦本人与诸侯约，这或许正是说明，与约的各方都是“约”的主体，既表示他人与自己约，也表示自己与他人约，否则刘邦的把自己作为约的一方的话便无法解释。“约”在只有两方而不是多方的时候，其特点显得更为清楚。如高祖本纪中有一例，讲到赵高杀了秦二世之后，派人到刘邦处，“欲约分王关中”。项羽本纪的另一例，