

新编中国法制史

Xinbian Zhongguo Fazhishi



廖宗麟 著



中国检察出版社

D929

50

2007

新编中国法制史

廖宗麟 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

新编中国法制史/廖宗麟著. —北京: 中国检察出版社,
2007. 2

ISBN 978 - 7 - 80185 - 704 - 0

I. 新… II. 廖… III. 法制史 - 中国 IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 019303 号

新编中国法制史

廖宗麟 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68682164(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

印 刷: 保定市巾画美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 14. 875 印张

字 数: 410 千字

版 次: 2007 年 2 月第一版 2007 年 2 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 704 - 0/D · 1680

定 价: 38.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

新编中国法制史

Xinbian Zhongguo Fazhishi





新编中国法制史

Xinbian Zhongguo Fazhishi

廖宗麟 著

前 言

本书名为《新编中国法制史》，是因为它和目前国内许多《中国法制史》著作，在学术观点和篇章结构方面，有许多不同的地方，主要表现在三方面：

首先，是用“政治文明”代替传统的阶级斗争理论作为评价中国法律制度优劣的标准。作者认为：一种有生命力的法律制度，尽管在酝酿和产生之初，会带有很浓厚的时代、阶级和国家色彩，但经过时间和实践的长期磨合和考验而成熟和定型后，就会按照自己的运动轨迹发展，成为客观的、普遍的、公正的行为准则，超越阶级和国度的局限，而成为民族的、全人类的文明财富。法律制度本身是没有阶级性的，它的阶级性是使用它的阶级赋予它的。产生于中国古代的选拔官员的科举考试制度，一旦成熟和定型后，即被看做国家选拔官员的最好模式，从而被西方国家学习过去，演变成他们的文官考试制度。现在又流传回中国，成为现代的公务员考试制度。而以阶级斗争观点作为价值体系来评价历代法律制度优劣的标准，就会因为中国古代法律制度多为剥削阶级所制定，因而强调其消极面多，肯定其进步性少，忽视了各个时期的法律制度在中国政治文明发展过程中的地位。因而不能真正评价历代法律制度的优劣，也不能正确反映中国法律制度发展演变的规律性。其实，法制史学者过于拘泥于各个时期法律制度的阶级属性，是一件吃力不讨好的事情，因为各个时期中国社会的阶级属性以及阶级斗争是如何运作的问题，是一个十分复杂的问题，以至于我们现在连许多基本问题都还未搞清楚。如关于中国是否经历过奴隶社会和封建社会的分期就是一个众说纷纭、分歧极大的问题。甚至在近来，就有人撰

文指出,使用“封建社会”来描述从秦到清这段历史时期是不妥当、不确切的。因为在中国古代,“封建”的意思主要指分封制的“封土建国”,并没有我们所说的地主压迫和剥削农民的意思。

而在一个国家和民族创造的文明中,法律制度最能集中地反映其民族精神和价值观点,是这个国家和民族政治文明发展的重要标志。随着国家政治文明的发展,法律制度也会随之发展,而违背政治文明发展趋势的法律制度,则最终会被历史淘汰。对于文明进步的东西,不论是哪个阶级的产物,都要给予理直气壮的肯定;反之,则要大胆否定。今天,我们在建设适合时代要求的政治文明时,重新审视我国历代法律制度发展演变的历史过程,用“政治文明”作为价值体系来评价历代法律制度优劣的标准,衡量哪些法律制度是文明的,哪些是不够文明或者违反文明的,从而总结成就、认识不足,也是历史赋予我们的光荣任务。

其次,是以部门法来分章节,而不像以往那样以朝代来分章节。法律制度是以一个个部门法律为系统分别进行演变的,一旦一个部门法律制度产生以后,它的发展就有两种因素在推动:一种因素是由于这个部门法律制度所要调节的社会生活发生了变化,特别是朝代的变化会引起社会生活的变化,法律制度也就随之发生变化;另一种是这个部门法律制度本身的不断发展和完善,也会引起法律制度的发展变化。这包括法律制度本身的内涵丰富和外延扩大,条文的含义更科学和逻辑性更强;或这种法律制度关注的重点发生了变化,从而促使法律制度发生变化,以及立法技巧的提高等等。汉儒的注律、晋时的张杜注律、唐朝的律疏、宋朝的编敕编例,直至清朝的附例,都在这个层面上努力地推进法律制度的不断发展和完善。中国古代解决奸非问题的法律制度的变化就是一个典型例子。开始时“男女不以义交者,其刑宫”。大概到了秦时,才开始区分强奸罪和通奸罪,处理强奸罪时只惩罚男方,处理通奸罪时则双方都惩罚。汉时并强调惩罚亲属相奸。到晋朝又注意到当事的女方是有夫抑无夫,如系无夫者要加重处罚。唐时则有夫者处罚重。到辽国开始有强奸幼女罪,元朝将幼女的年龄定为十岁以下。

明清时将幼女的年龄提高到十二岁，并注意到强奸男子的鸡奸罪。而在现实生活中，司法部门对此也作了分工：接受社会生活变化的信息，提出改变法律制度要求的任务，主要由执法人员来承担；而对法律制度作“概念、判断、推理的改造制作功夫”，则由立法人员来承担。

由于导致部门法律制度发展变化的这两种因素不是同步的，所以我们看到，在中国古代，朝代可能改变了，部门法律制度却不一定全部随之改变，因而新的朝代完全可以袭用前一朝代的某些部门法律制度。这正是中国传统法律发展的特点：汉承秦制，唐承汉制，宋明清承唐制。特别是各部门法有着相当强的传承性，一个部门法在一个相当长的历史时期可能会没有大的变化，如，按照院试、乡试、会试、殿试等级别分别录取和淘汰人才的官员选拔制度，在唐、宋、明、清等朝代里基本没有重大变化。同样，各个朝代的婚姻法律制度，不外乎婚姻制度、结婚年龄、结婚条件、结婚限制、离婚的条件等内容，长期以来也很少发生变化，如女子的结婚年龄，从汉到清长期都维持在13~15岁；而离婚条件，都为“七出”（后来加了“义绝”、“和离”和“断离”）及“三不去”，基本也没有大的变化。但也存在着另一种情况，即某些法律制度变化了，朝代却不一定变化，这在各个时代的经济法律制度的发展中表现得最为明显。如唐朝的赋税制度就经历了从“租庸调制”到“两税法”的变化。

传统的《中国法制史》著作以朝代来分章节的做法，从横的方向来看，一个朝代的法律制度的情况固然一目了然，但从纵的方向来看，就会产生两个问题：一方面是叙述历史的分量过重，使读者容易混淆法制史和普通历史的区别，呈现在我们面前的法制内容就只体现出了历史性而没有了继承性；另一方面是将各部门法的发展变化的叙述因为朝代的原因而割裂开来，使各部门法的发展线索和逻辑顺序断裂破碎，不能清晰地看到其历史联系和继承发展的情况，读者也就不易掌握其发展变化的规律性。这其实是只重视了法律制度产生和发展的感性认识阶段，却忽视和割断更重要的理性认

识阶段的结果。因此，本书不再按朝代区分来叙述法律制度的演变和发展过程，而是采用研究“概念、判断、推理的改进制作功夫”的演绎法，对各种部门法作纵向考察法律制度的演变和发展过程。这样，不但可以少谈各个朝代的“阶级斗争状况”，而且也很容易看出各种部门法在其发展演变过程中文明程度的进退优劣来，从而作出适当的评价。

我们常说，现代的宪法主要有两个作用，一是保护公民的权利，二是限制国家机关的权力。这后一点，其实在古代的法制建设中已经注意到了，只不过没有我们今天表达得那么清楚而已。韩非曾精心研究古代的君臣关系后在《韩非子·外储说右下》中指出：“明君治吏不治民”，即最高统治者只要管好了官吏，就不愁百姓不服从。因此，在每个朝代制定的法律中，重点防备的并不是无权无势的老百姓，而是心怀异志的各级官员的“出格”行为，力图有效地制约官员们在合法的范围内行使职权，因而制定了适用于职官的如设置、选用、监督和奖惩职官的法律条款，以及数目繁多的各种行政法规，成为国家法律制度的重要组成部分，甚至在涉及民事法律制度时也特别标明官员在这些制度中所处的地位。就其内容的丰富多彩及重要性而言，甚至可以这样说，中华法系主要就是治官的法律。正因为职官法律制度有这样的重要性，所以本书把其放在第二章的重要位置上。

最后是在内容上，除基本照顾到以往的传统内容外，也有所改变和增加。如以往的《中国法制史》著作常常谈到各个朝代的经济法律制度，如谈赋税制度时常常谈到唐朝的“租庸调制”和“两税法”、明朝的“一条鞭法”、清朝的“摊丁入亩”等，但经过认真对照原始资料，笔者发现这些朝代或时代的赋税制度并不仅限于此，而是要复杂得多，需要很大的篇幅才能说清楚。至于其他经济制度如各种专营制度就更是一个十分复杂的问题；更何况一个政权处在创立、发展、兴盛和衰退的不同时期时，它的经济法律制度也是不同的。以往的著作谈到有关内容时，往往是挂一漏万，并不能完整地反映一个时代的经济法律制度，作者自认也无力承担这

一重任，只好割爱了。但增加了诸如女囚的监狱生活等内容。因为在罪犯被判刑前后，有相当长的时期是在监狱中度过的。但一般的著作介绍的多是男囚的情况，而很少谈到女囚，缺乏了这些方面的内容，我们所谈的法律制度就不完整了。

当然，这本《新编中国法制史》，还是一个新的尝试，还缺乏经验，其中一些篇章的安排和论述是否科学合理，还有待读者的批评指正。在本书的写作过程中，广泛地参考了不同历史时期的一些前辈们的有关著作，从中受了不少的启发，在这里一并表示感谢。

廖宗麟

2007 年元月

于广东海洋大学法学研究所

目 录

第一章 历代法律制度及其演变过程	(1)
第一节 从夏到战国的法律制度及其演变过程	(1)
一、中国法律制度的产生	(1)
二、夏、商、周的法律制度及其演变过程	(5)
三、春秋战国的法律制度及其演变过程	(11)
第二节 秦至南北朝的法律制度及其演变过程	(25)
一、从秦到南北朝的主要法律制度	(25)
二、从秦到南北朝的其他法律制度及其演变过程	(39)
第三节 从隋到清的法律制度及其演变过程	(47)
一、从隋到清的主要法律制度及其演变过程	(47)
二、从隋到清时期的其他法律制度及其演变过程	(65)
第四节 近现代法律制度及其演变过程	(81)
一、近现代的主要法律制度及其演变过程	(81)
二、近现代的其他法律制度及其演变过程	(84)
第二章 职官法律制度及其演变过程	(86)
第一节 设置职官的法律制度及其演变过程	(87)
一、从夏到战国设置职官的法律制度及其演变过程 ...	(87)
二、从秦到南北朝设置职官的法律制度及其演变 过程	(93)
三、从隋到清设置职官的法律制度及其演变过程	(98)
四、近现代设置职官的法律制度及其演变过程	(111)
第二节 选用职官的法律制度及其演变过程	(113)

一、世袭制	(114)
二、君主征辟	(117)
三、察举制度	(119)
四、提拔吏员为官	(123)
五、人才自荐	(126)
六、按军功授官	(127)
七、卖官鬻爵	(128)
八、科举制度	(131)
九、学校出身	(136)
十、保举制度	(138)
第三节 设置监察职官的法律制度及其演变过程	(140)
一、古代设置监察职官的法律制度及其演变过程	(140)
二、近现代设置监察职官的法律制度及其演变过程	(144)
第四节 惩治职官职务犯罪的法律制度及其演变过程	(145)
一、惩治职官侵犯帝室的法律制度及其演变过程	(146)
二、惩治职官擅权的法律制度及其演变过程	(158)
三、惩治职官贪污受贿的法律制度及其演变过程	(159)
四、惩治职官玩忽职守的法律制度及其演变过程	(165)
第三章 民事法律制度及其演变过程	(169)
第一节 身份法律制度及其演变过程	(169)
一、民事权利能力和民事行为能力法律制度及其演变过程	(169)
二、社会各阶层享有权利的法律制度及其演变过程	(172)
第二节 婚姻法律制度及其演变过程	(210)
一、婚姻制度及其演变过程	(210)
二、结婚年龄的法律制度及其演变过程	(220)
三、婚姻关系成立条件的法律制度及其演变过程	(226)
四、限制结婚的法律制度及其演变过程	(230)
五、离婚的法律制度及其演变过程	(235)
第三节 土地所有权的法律制度及其演变过程	(241)

第四节 债权法律制度及其演变过程	(251)
一、官府对债权合同的管理	(252)
二、注重债务的担保	(255)
三、限制利率	(256)
第五节 继承法律制度及其演变过程	(258)
一、身份继承法律制度及其演变过程	(258)
二、财产继承法律制度及其演变过程	(261)
第四章 刑事法律制度及其演变过程	(267)
第一节 定罪量刑的法律原则及其演变过程	(267)
一、罪疑从宽及罪疑从有原则	(267)
二、严惩首恶，宽恕胁从原则	(269)
三、株连原则与反株连原则	(271)
四、刑讯逼供原则	(279)
五、矜恤老幼妇女残疾原则	(283)
六、区分故意与过失原则	(286)
七、比附类推原则	(288)
八、明德慎罚，德主刑辅原则	(291)
九、同罪异罚原则	(292)
十、正当防卫原则	(304)
十一、考察犯罪意识的原则	(305)
十二、诬告反坐原则	(305)
十三、数罪从一重处原则	(310)
十四、公罪从宽原则	(311)
十五、自首减刑原则	(312)
十六、亲亲得相隐匿原则	(314)
十七、等级原则	(316)
十八、民族歧视原则	(317)
十九、宗教特权原则	(319)
二十、涉外及不同民族间案件的处理原则	(319)
第二节 刑事犯罪罪名的法律制度及其演变过程	(320)

一、严重刑事犯罪罪名的法律制度及其演变过程	(320)
二、一般刑事犯罪罪名的法律制度及其演变过程	(331)
三、民事犯罪罪名的法律制度及其演变过程	(356)
第三节 刑罚制度及其演变过程	(360)
一、旧五刑时期（从夏到秦汉）的刑罚制度及其演变过程	(361)
二、新旧五刑过渡时期（从三国到隋）的刑罚制度及其演变过程	(377)
三、新五刑成熟时期（从唐到清）的刑罚制度及其演变过程	(384)
四、近现代刑罚制度及其演变过程	(392)
第五章 司法制度及其演变过程	(395)
第一节 设置司法机构的法律制度及其演变过程	(395)
一、设置中央司法机构的法律制度及其演变过程	(395)
二、设置地方司法机构的法律制度及演变过程	(403)
第二节 诉讼法律制度及其演变过程	(408)
一、起诉及其分类	(408)
二、诉讼的限制和禁止	(413)
三、近现代诉讼法律制度	(415)
第三节 审判制度及其演变过程	(417)
一、审判管辖	(417)
二、审判程序	(421)
第四节 监狱法律制度及其演变过程	(438)
一、设置监狱的法律制度及其演变过程	(438)
二、监狱管理的法律制度及其演变过程	(443)
三、监狱的黑暗	(448)
四、女囚及其监狱生活	(454)

第一章 历代法律制度及其演变过程

第一节 从夏到战国的法律制度及其演变过程

各个时期由于历史情况的不同，法律制度既有继承性也有很大的差别。

一、中国法律制度的产生

我们知道，人类在产生阶级和形成国家之前，过着原始社会的生活。先是母系氏族社会，经过群婚制和对偶婚制后，然后过渡到父系氏族社会，开始是父权制大家庭，这时也是私有制产生和阶级社会出现的最初时期，发展到一夫一妻小家庭时，就完全进入阶级社会了。

中国也和世界上其他民族一样，经过了漫长的没有私有财产、阶级、国家和法律的原始社会。我们的祖先最初活动在黄河流域和长江流域，从事农业生产。由于当时处于石器时代，生产力水平还很低，人们需要依靠集体劳动才能获取生活资料来维持生存，在经济上处在原始共有制阶段，在婚姻上则处于群婚制状态，同一部落的人都有着血缘关系，因而较少有经济上和男女关系上的矛盾，人与人的关系比较融洽。而无论在农业生产、祭祀、抗洪斗争抑或对外战争中，都需要有强有力的头领来指挥，因此，剩下的问题主要是谁来当原始氏族部落的首长和人们在集体活动时的位置次序。为了规范人与人之间的行为，在原始氏族部落内部，自然地形成一

些调整人们相互关系的准则、指导人们行为的规范和共同遵守的习惯，逐渐发展成为氏族全体成员必须遵守的具有普遍的约束力的习惯法，如果发生严重违反氏族共同生活规则的行为时，要受到氏族全体成员的谴责和制裁。相传在远古时代的伏羲、女娲、神农等部落首领，都是靠原始习俗和惯例来维持人们之间的秩序。那个时期也会经常发生与其他氏族和部落的战争，由于受生产力低下条件的限制，对于战败敌人的处理，大概除了杀掉就是把他们收为部落成员。

随着生产力的提高，人们的劳动产品开始有了剩余，在原始社会开始向阶级社会过渡的过程中，以掠夺为目的的战争也多起来。大的战争如最早的黄帝与蚩尤之战，颛顼与共工之战，尧舜与九黎、三苗之战。至禹时，战争尤为频繁。至于小的部落之间的战争就更数不清了。而战胜部落的首长及其人民，不管有意或无意，都会意识到他们将要面对和处理两类不同性质的矛盾。

一个是面对和处理敌我矛盾，即如何对待与之争战而已被战胜的敌人。结果大概有三种，对于不肯投降的敌人，只能一杀了之，这种“杀戮”行为后来就演变成法律上的死刑。在生产力发展水平许可的条件下，将战争中的俘虏转作奴隶，就成了有利可图的事情，而被制服的俘虏却会呈现出三种情况：1. 大部分俘虏丧失了抵抗的意志，愿意老实地接受当奴隶的命运，对于这种人，为了与族内的自由人区别开来，可能要给他们作些记号，所谓的“墨刑”，即在脸上刺字涂色的刑罚就出现了。2. 也有部分俘虏并不心甘情愿屈服于当奴隶的悲惨命运，而采取逃跑、怠工、破坏等方式反抗，这就要按不同的情况处以不同等级的刑罚，即“劓、刵、刖（刵、臠）、宫”等刑。其中，割掉鼻子的“劓”刑、割掉耳朵的“刵”刑也许是对怠工者的警告；而砍断手脚或除去膝盖的“刵、刖、臠”刑则可能是惩罚企图逃跑者的；“宫”刑则是对那些身体强壮的劳动好手或身怀一技之长的工匠的反抗行为的惩罚，即在保留他们劳动能力的同时却毁掉他们产生反抗气概的源泉，就像人们将不服管理的牛、马等雄性牲畜阉掉，从而使它们更

容易管理一样。3. 至于组织反抗、阴谋起义和暴动的奴隶，则要处以死刑。

但是，刑罚使用多了，成了统治者治理国家、维持社会秩序得心应手的工具后，也就可以用来对付内部臣民中进行各种不法和反抗行为，因而矛盾的性质转为对抗性的人，如在战争中不服从命令的战士、开联盟大会而迟到的部落酋长等，就要被处以死刑；犯的过错轻点的就要按不同的情况处以“墨”、“劓”、“剕”、“宫”等刑。据《尚书·吕刑》记载，五刑是由黄帝时东夷集团领袖蚩尤和苗民发明的：“蚩尤唯始作乱，延及于平民，罔不寇贼，鸱义奸宄，夺攘矫虔。苗民弗用灵，制以刑，唯作五虐之刑曰法，杀戮无辜，爰始淫为劓、刵、椓、黥，越兹丽刑”。所谓的“五虐之刑”即指前面谈到的刺面、割鼻、割耳、破坏生殖器官和死刑五种刑罚。《金史·刑法志》载：“金国旧俗，杀人及盗劫者，拏其脑杀之，没其家资，以十之四入官，其六赏主，并以家人为奴婢，其亲属欲以马牛杂物赎者从之。或重罪亦听自赎，然恐无辨于齐民，则劓、刵以为别。”就带有较多法律初生时的原始痕迹。

另一个是面对和处理部落人民的内部矛盾。当社会进入了阶级社会后，原来不存在的财产和权力争夺的矛盾、婚姻男女关系的纠纷开始出现并愈演愈烈，人们相互间的关系变得比较复杂，利益冲突增大。父权制大家庭的家长为了避免矛盾冲突导致家庭成员的关系决裂和维护自己的特权，就将氏族社会有利于己的习俗用强制的形式固定下来，作为调整家庭成员的行为规范，逐渐发展为古代的“礼制”，即按照身份高低和血缘关系把人们的社会地位确定下来。这种身份上的区别，后来就演化为主要由嫡长子继承制、宗法制、分封制等组成的宗法制度，其指导原则即所谓的“亲亲”、“尊尊”。《汉书·礼乐志》认为礼的形成有其必然性，“人性有男女之情，妒忌之别，为制婚姻之礼；有交接长幼之序，为制乡饮之礼；有哀死思远之志，为制丧祭之礼；有尊尊敬上之心，为制朝覲之礼”。这种礼仪也为处理人民的内部矛盾定下了准则，即发生非对抗性的人民内部矛盾时，要按人们不同的身份和地位给予不同的处