

中国法制史新编

夏商周春秋时期：奴隶制法制
战国秦汉时期：初创的封建法制
三国两晋南北朝时期：发展的封建法制
隋唐时期：全盛的封建法制
宋元明清时期：衰亡的封建法制
近现代时期（1840~1949）：法制的抉择与更新
中国国家基本法史 中国诉讼制度史
中国刑法史 中国民法史 中国行政法史

高等学校法学教材

GAODENG XUEXIAO FAXUE JIAOCAI

主编 陈晓枫

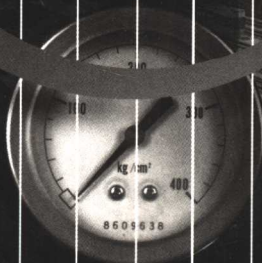
W U H A N D A X U E C H U B A N S H E



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

<http://www.wdp.com.cn>

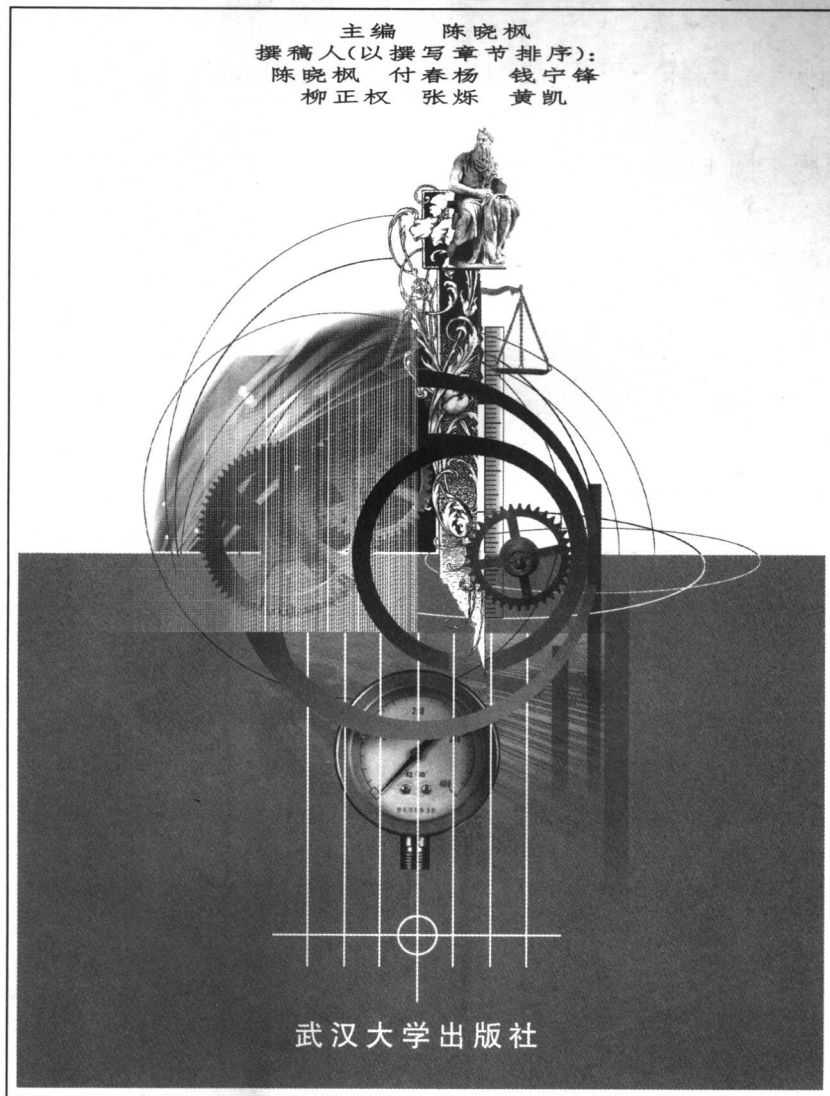
Z H O N G G U O F A Z H I S H I X I N B I A N



高等学校法学教材

中国法制史新编

主编 陈晓枫
撰稿人(以撰写章节排序):
陈晓枫 付春杨 钱宁锋
柳正权 张烁 黄凯



武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国法制史新编/陈晓枫主编. — 武汉: 武汉大学出版社, 2007. 9
高等学校法学教材

ISBN 978-7-307-05800-2

I. 中… II. 陈… III. 法制史—中国 IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 142512 号

责任编辑: 郭园园

责任校对: 刘 欣

版式设计: 詹锦玲

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 湖北省通山县九宫印务有限公司

开本: 720×1000 1/16 印张: 22.125 字数: 441 千字

版次: 2007 年 9 月第 1 版 2007 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-307-05800-2/D·754 定价: 28.00 元

版权所有, 不得翻印; 凡购我社的图书, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

前 言

在法律全球化时代,国内部门法律急速扩增和相应法学教学内容的高频度调整,接引着西方的法学知识与原理,源源不断地植入中国法学。与此关涉的相映也相悖的现象是:西方国家在输出强大的法律框架、结构、运行机制、原理规则知识之同时,也在梳理和发掘自己的法律历史。除了《罗马法史》、《普通法的历史基础》这些名著外,美国的法学学者还将《美国法》甚至《美国法律史》辟出刊世,宣告了这段法律史的极端重要意义;而在中国国内,各高校争相缩减中国法制史的授课课时,如果不是中国教育部曾于1997年审定的法学教学14门核心课程中,存有中国法制史的话,这门课或许早就蜕化为听众寥寥的专题讲座了。虽然中国法制史的教材也还在陆续问世,但是现有的中国法制史的知识体系在整个中国法学体系中边缘化的趋向,则是有目共睹的。

有的学者指出,“从总体上看,中国法制史的研究仍处于开拓阶段”^①。我们完全赞同这个判断。这种“开拓阶段”还不仅仅表现在对文献资料的占有方面,法制史学界尚不能与中国史学界的一般学术水准相比;更重要的是在于研究方法和学科建构方面,法制史学科还不能运用既有的部门法理论从事法史学的研究。这种视维的选择,决定了中国法制史的研究特别是在此基础上编撰的教材,很难与现世法学的需求相适应,甚至都难以回答学生们的一个简单问题:我们学中国法制史干什么?

从学科的功能来看,中国法制史的研究和教学,不仅要解决法科学生一般法史知识的基础构筑问题,而且还要对现行法律的主要制度在中国历史上的出现、发展与运行机制作出指导,以利于学生不是从简单结论上,而是从历史的发展中具体地把握当代部门法的知识。当然,不能否认从法律的假定开始,直到整个体系的构成,中国古代法律和现行法律的体系有巨大差别;然而更不能忽视的是,当代法律中大量的重要制度和规范,以及运行的机制,受到了中国法制历史的深刻影响。这些是亟待发掘也急需传授的。

基于以上的思考,本书在编写中充分重视了部门法史的编写体例和内容。在现有通行教材内容基础上,本书基本上不增加新的知识点,但按现行法律的部门法框架,来编写中国法制史。为此,本书力求解决三个方面的编写问题:其一,部门法

^① 杨一凡主编:《新编中国法制史》,社会科学文献出版社2005年版,第3页。

理的原则问题。古代法律主要是按职官职守来划分法律部门的，因此，在对应现行法律时，缺乏一种部门法律的有关原则规定。但是，在一类法律规范中，古代法又体现出立法者所控制着的潜在原则，我们将这些原则辨出作为该部门法律的原则。例如在刑法中，我们比照现行刑法三大原则，总括中国古代刑法具有罪刑擅断原则和同罪异罚原则。其二，部门法律的体系问题。在部门法界分中，中国古代法律与现代法律相对应的难点，在于建构的体系规则和部门法以内的划分规则不同。中国古代不仅在法典的名称上没有基本法或民法，并且在一个法律部门内，也没有诸如犯罪形态、罪的个数、物权登记、具体行政行为之类的规范体系。但是中国古代法律有在刑罚裁量上注意犯罪个体与群体区别的制度；在重要的物、业管理上的登记制度；有以式或例以处理官府行为为违法的制度，它们或许不统一在当代法律所构成的那一规范体系内，但秩序功能中也起到了相近或是相同的管理控制作用，甚至在法的精神上也是相当接近的。为此，我们在叙述不同的部门法史时，根据国家权力的分配，编写了国家基本法；根据“民间细故”的处理，编写了民事法律；在法律部门内部，也根据规范和制度的不同作用，编写了诸如国家元首制度、物权转移制度、具体行政行为之类，力求说明在近现代法律中能找到对应规范的内容。其三，关于法律渊源。中国古代的相当一部分行为规则，只是在或然的情况下，能够得到国家暴力强制的保障，例如儒家章句、儒学伦理。另外一些民俗和习惯，虽然在案件的判决中，不能固定地指向一个法条的适用，但是得到了普遍的遵行，因而有一定的约束力。在此意义上，我们将这一类的规则也在指明其适用条件的前提下，作为一种渊源予以叙述。

通过上述的工作，我们期望法史的编写，能够在部门法律和制度上，与现行的法律对应，能够对相当部分的现行法律，找到其应有的历史解释；也希望对中国法制史特别是部门法历史有兴趣的研习者，有所裨益。

本书由陈晓枫任主编，各章的撰稿人是：

- | | |
|-----|------------|
| 陈晓枫 | 序言及第一至第六章； |
| 付春杨 | 第七章； |
| 钱宁峰 | 第八章； |
| 柳正权 | 第九章； |
| 张烁 | 第十章； |
| 黄凯 | 第十一章。 |

本书内容除第七章、第八章为独立撰写的内容外，其他各章均在陈晓枫的授课讲稿基础上改写而成。全书最后由陈晓枫统稿，付春杨和钱宁峰参与了部分资料和文字的技术性处理工作。

限于编者的水平及探新中尚未妥善解决的问题，本书编写中的疏漏或错误是在所难免的，还请专家学者及广大读者指正。

目 录

序 言	1
一、中国法制史的概念和研究范围	1
二、中国法制史的性质和学科发展	4
三、学习中国法制史的意义	6
四、学习和研究中国法制史的方法	7
五、中华法系	8

上编 中国法制史总论

第一章 夏商周春秋时期:奴隶制法制	15
第一节 中国法律起源与夏商法制	15
第二节 周代法制	21
第三节 春秋时期法制	33
第二章 战国秦汉时期:初创的封建法制	36
第一节 战国时期法制	36
第二节 秦代法制	39
第三节 汉代法制	43
第三章 三国两晋南北朝时期:发展的封建法制	50
第一节 立法概况	50
第二节 法制的简况与特点	53
第三节 律学的发展	54
第四章 隋唐时期:全盛的封建法制	57
第一节 隋代法制	57
第二节 唐代法制	59

第五章 宋元明清时期:衰亡的封建法制	72
第一节 宋代法制	73
第二节 元代法制	78
第三节 明清法制	81
第六章 近现代时期(1840~1949):法制的抉择与更新	91
第一节 清末法制	92
第二节 南京临时政府法制	98
第三节 北洋政府法制	101
第四节 广州、武汉国民政府法制	104
第五节 南京国民政府法制	106
第六节 革命根据地政权法制	107

下编 中国法制史分论

第七章 中国国家基本法史	113
第一节 概述	113
第二节 中国古代国家基本法制度	117
第三节 近代以来国家基本法制度	135
第四节 革命根据地政权国家基本法制度	147
第八章 中国行政法史	150
第一节 概述	150
第二节 中国古代行政法渊源	152
第三节 中国古代行政主体	154
第四节 中国古代行政行为	166
第五节 近现代行政法的创生	183
第六节 中华民国时期行政法	186
第九章 中国刑法史	199
第一节 概述	199
第二节 古代刑法基本原则	200
第三节 犯罪和犯罪主体	209
第四节 罪过形式和犯罪特征	213
第五节 犯罪形态	218

第六节 排除犯罪性的行为·····	226
第七节 重罪·····	229
第八节 刑罚体系的演变和社会防卫性措施·····	234
第九节 罪名及其归类·····	244
第十节 自首·····	251
第十一节 公罪与私罪·····	252
 第十章 中国民事法史·····	254
第一节 概述·····	254
第二节 中国古代民事法律关系·····	260
第三节 中国古代财产制度·····	269
第四节 中国古代婚姻家庭制度·····	284
第五节 中国古代继承制度·····	291
第六节 传统民法近代化·····	296
 第十一章 中国司法诉讼制度史·····	304
第一节 概述·····	304
第二节 中国古代司法组织·····	315
第三节 中国古代诉讼制度·····	329
第四节 近现代时期司法诉讼制度·····	337
第五节 革命根据地政权司法诉讼制度·····	342

序 言

一、中国法制史的概念和研究范围

(一)“中国”语义的范围

中国是中华民族居住、生息和繁衍的广阔疆域。但是,“中国”这一概念的使用,在法制史学科中并没有像实证法学、法理学或宪法学那样从国家要素上予以把握。在这一学科中考察各种法律现象发生、沿革、消亡之地理区域,并不完全等同于现在中华人民共和国的疆域,而是一个随着时间延续而扩展的地理范围。南宋罗泌在《路史·后纪》中记载,神农氏时代,“国土相望,鸡犬之声相闻”。《说文解字》说,国字从“或”从“口”。该字所反映的历史事实是,随着私有制的确立,出现了以武装力量守卫村社领土的现象,这就是“或”即一“戈”一“口”和一“一”(即土地)。在武装村落以外,又建筑了城墙,即在“或”字外边加上一个“口”字,即为国。《周礼·天官》注:“或而围之谓之国。”当时国是非常小的。《广雅·释诂》说:“村,国也。”也就是以武装力量保卫起来的原始村落。《尚书·尧典》记载,尧能够协和万国。到夏朝建立前夕,夏禹在涂山与部落首领盟会。《帝王世纪》记载说:“执玉帛者万国。”^①在万国中,所谓中国是指很少一部分进入中原地区的先进部落。夏、商、周三代,中国只指黄河中游以及山东、江淮流域的部分地区。至于其他氏族、部族的部落和国家,就在中国之外。《说文解字》说:“夏,中国之人也。”《尔雅·释地》说:“九夷、八狄、七戎、六蛮谓之四海”,而华夏族住在中间。

法制史学科所考察的中国法制,最初仅指在一个十分有限的地理区域以内,即华夏族内所建立的奴隶制国家法制。成汤灭夏,有3 000余国;周武王克商,有1 773国;周平王东迁洛邑,春秋有1 200国;战国时代,仍有10余国。由于受古代文献资料的限制,这一时期所说的“中国”法制史是对一定部族血缘组织内法律制度的考察,其他的部族未被视为“中国”,而地缘国家的概念尚未引入本学科之中。

秦始皇“振长策而御宇内”,席卷天下,囊括四海,建立了统一的秦帝国。这对考察中国法制的历史有两个意义:其一,“中国”概念的地理位置有了比较明确

^① 《后汉书·郡国志》注引。

的范围。凡是在这一疆域以内所建立的法律制度，无论何族政权都成为中国法制史的考察对象。其二，多族多国成为多族的统一国家，使中国的范围从过去依部族来考察发展到依地理位置来划分。凡是遵行中央集权国家所制立法令的一切地方，无论是华夏族居住的地方还是其他族居住的地方，都纳入中国法制史的考察范围。对于入主中原的少数民族所建立的政权，譬如魏晋南北朝时期的后赵（羯、石勒）、前燕（鲜卑、慕容氏）、前秦和后秦（氐族、符氏）、北朝的后魏和北齐以及后周（鲜卑族），与宋同时期的辽国（契丹族），金国（女真族）和元朝、清朝，在没有对中原法律传统发生影响之前，我们对其法律制度仅作非常有限的考察和研究；而当它们在建立中央政权后，其法律制度对中国法律传统发生影响时，就纳入本学科的探讨范围。这显然在法制历史的研究中引入了地缘国家的观念。当然，从史实发生来评价，这些进入中原的少数民族政权所制定的法律制度，其思想和制度的渊源直接或间接来源于汉民族，同时，它们的立法和司法实践又进一步充实、丰富和发展了汉族已有的法律制度，因而成为中国法律制度历史的研究内容。

（二）法制：研究对象

“法制”一词，系由日语传入，但无定译，故该词语的运用在涉及法制史学科的内容框架时，存在不同见解，形成了三种说法。

其一，按照法理学的解释：法制是指法律制度在社会生活中的实现和通过法律制度的实现而建立起来的法律秩序，包括立法、司法和守法。按照这一观点，法制史学科不仅要考察各个成文法典的制定，而且要研究法律的实现状态。这对于目前的学科状况而言，实在是一个可望而不可及的要求。中国各代的立法，可以说是繁于秋荼，密于凝脂，即使是执法官吏，也难以全面掌握。《汉书·刑法志》说汉代立法之繁是“文书盈于几阁，典者不能遍睹”。因此判决有相当的随意性，“所欲活则傅生议，所欲陷则予死比”，这种情况始终未能有效改善。有些朝代即使在建朝之初约法省禁，科条简要，但也无法避免依法生法，终至科条无限。唐朝在修定《贞观律》时，太宗强调说不可以一罪作数种条，“官人不能尽记，便生奸诈……若欲出罪即引轻条，若欲入罪即引重条”^①。但这个朝代中期以后也逐渐出现条文繁多、官吏奸诈的情况。《大唐诏令集》多有皇帝诏令缓刑的记载，说司法机关“肆行惨虐，曾靡人心”^②。因此遍查古代典籍，逐一印证法律文本的社会实现状态，并从中获得真实秩序的描述，是一个浩繁的工程。目前的法律史学界尚无能力完成这一工作。

其二，法制就是法律和制度。这种说法是将法、律、制、度这四个字分指我们今天所说的法律和政治两个方面的制度。法是指刑法制度，律是指法的制定形式，

^① 《贞观政要》卷八。

^② 《大唐诏令集》卷八二。

制是国家机关的政令，度是政令所规定的各种行为准则。《左传·隐公元年》“郑伯克段于鄢”中就载有“今京不度，非制也”，是斥责共叔段建城墙超过了一百雉的限度，不符合先王之制。其中度与制分别指行为的准则与规范。法、律、制、度四个字的此解是比较牵强的，因为四个字在古汉语中经常可互换使用。但这一解释符合中国史学界通常把制度一词理解为政治方面的典章制度的语用习惯，所以法制在此种语义中的解释是指政治法律两种意义。这种把法律和制度作为中国法制史研究对象的观点曾经十分流行。按照这种观点撰写的中国法制史著作，其内容包含政治制度和法律制度两个部分，有的还包括经济制度、军事制度、教育制度。譬如，早在新中国成立前著名中国法制史学者陈顾远在所著《中国法制史》中，就考察了政治制度、教育制度、家族制度、土地赋税制度。这种中国法制史教材在当时通行了几十年之久。新中国建立后，法制史教材仍然承袭这种体例，不过在理论解释上采取了从苏联传入的国家与法的理论，认为：第一，国家和法律共同产生，也将同时消亡，负有共同的历史使命；第二，法依靠国家的强制力保证实现，国家与法有着密不可分的关系；第三，中国古代法律的沿革，与各朝代政权的更替紧密相联，只有阐明国家制度的变化，才能解释法律制度演进的原因。这种认识曾被广泛传播，但是随着法学研究的深入，它亟待改进的一面也逐渐被学界认识，认为这是用政治制度史淹没了法律制度史的独立发展。其改进的主要理由是：第一，法律虽然要依靠国家机关的强制力保证实施，但这并不等于说法律制度的研究必须作为政治制度的附属物。第二，法律制度一旦制立，就有相对的独立性，有自己的运转机制和体系。法律改革是通过法律的途径——譬如说立法和实施来实现的，因此法制史的重点应移到法律自身的发展演变上来。第三，每一种法律制度的历史，同时又是法律文化的历史。一定的法律文化历史，决定着—类法律制度的体例结构和外部特征，从而成为特色鲜明的法系。法律文化传统研究要求把它作为一个独立的系统来加以考察，剖析它的起源、继承、沿革和发展，从而获得作为一个独立系统的性质、特征、内容等知识。这就要求我们把中国法制史与其他学科分离开而进行个别考察。这种观点随着中国法制史研究的不断深入而日益被法制史研习者所接受。

其三，“法制”就是法律方面的制度，是关于刑狱、财产、婚姻、诉讼等方面的法律规范体系。法制二字连用作为一个概念，最早见于《吕氏春秋·孟秋》，“是月也，命有司，修法制”。《礼记·月令》也说：“命有司、修法制，缮图圉、具桎梏。”以后在《管子》、《史记》、《汉书》等史书中，都有法制二字连用的文例。这里所说的法制是指刻在竹简上的判例汇编。在成文法公布之前的时代，官吏审判案件的法律依据是各种案例的汇编，被称为“刑书”或者“常刑”。在秋天审判案件之前，需要重新整理以往的判例，这就称为“修法制”^①。作为学科名称和

^① 蔡叔衡：《中国刑法史》，广西人民出版社1983年版，第124页。

概念,有确定含义的“法制”为日语所借用,表示法律的制定和法典编纂。日本学者在研究亚洲各国法律制度时,将研究中国成文法规和典章制度的著作,称为“支那法制史”。以后,这种法制的用法,从东邻重新返回本土,中国学者也将研究古代法律规范体系、法典制度的著作称为法制史,而不再称法律史、法律制度史或其他专门史。因此,从法制二字的起源以及法制史学科的内部逻辑要求出发,中国法制史以法律制度为研究对象的观点,在国内法史界成为一种通说。按这种方法所确定的研究对象以及对这一对象的法学、史学研究,构成了中国法制史的基本内容。

当然由于现行法律体系与中国古代法律制度的巨大差别,从依存于现行法律体系的学说出发,去辨析剥离古代社会制度体系中“法”、“制”、“律”、“典”各种制度内涵的“法制”含量,仍然有见仁见智的现象。但是以法律制度为研究对象的学科框架,已为现有法制史著作、教材的主流。

二、中国法制史的性质和学科发展

(一) 中国法制史的性质

中国法制史是中国史和法学的交叉学科,是研究中国法律的起源、各种类型法律制度的发生、特点、作用及其发展演变过程与规律的科学。它属于法学范畴,是法学体系中的基础学科,同时也是历史学中的一个分支,是中国史中的一项专门史。

(二) 中国法制史与其他法学学科

确定中国法制史的性质,就可以廓清中国法制史与其他法学分科的界限,明确中国法制史的外延范围。

中国法制史与法理学在考察对象上,均以各个法学分科的制度规范作为自己的研究对象,但是法理学以现行法作为研究的重点,同时,法理学通过对法律现象进行抽象,概括出法律与法学的一般原理,而中国法制史是对中国历史上的具体制度进行研究分析,总结出中国传统法律制度发生演进的规律。法理学是指导中国法制史研究的重要方法论之一,而中国法制史研究则揭示中国法律制度发展的规律,证明、充实法理学的原理和结论。

中国法制史与其他部门法学的关系是:部门法学的基本原理,是分析古代史料的重要工具,是编纂中国法制史体例的线索,而中国法制史研究则考察各部门法在中国的形成发展、历史变化和传统的特征。

中国法制史和中国法律思想史的关系是,都以中国古代史材料作为研究的对象。中国法制史也涉及古代法律思想,但是中国法制史涉及的古代法律思想仅限于立法者用于指导立法的思想,其研究以制度本身的发生沿革为主要内容;而中国法律思想史研究历史上各个不同阶级的政治家、思想家关于法学法律的观点,关于立

法、司法制度的思想和主张。法律制度史研究各项制度本身的内容及其实现,而法律思想史则是研究对这些制度的评论和思考。它们有一定联系,但又有严格的区别,而且各构成学科体系。

(三) 中国法制史学科的历史发展

中国古代法学思想很丰富。夏商时期,就有了“天命天罚”的思想。到西周时期,又演进为“明德慎罚”的思想。在春秋战国时期,出现儒、墨、法、道等学派,它们在法的本质、作用、施行原则等许多重要法学基本问题上进行了长期争鸣,其中就包括许多关于中国法律起源和演变的记述。为了给统治者制定法律法令提供借鉴,关于法史的研究也很早就出现了。春秋战国时期思想家研究法学,就涉及法律制度的历史。譬如儒家经典就记载了所谓皋陶造刑的说法^①,说“昏、墨、贼,杀,皋陶之刑”^②。法家则反对法的历史因循,主张,“治世不一道,便国不必法古”^③。从东汉以后,曾经兴起过广泛的注释法律的学术活动。至魏晋时期涌现出一批以注释法学为家学祖业的律学家,譬如刘颂、张裴、葛洪、鲍敬言等人。他们总结历代政权的兴亡更替,分析立法执法的优劣得失,对于分析总结法律制度的历史发展和经验教训,起到很大作用。魏晋以后,律学衰落,但历代思想家对法律史的研究也仍多有著述。此外,在历史学中,从东汉班固开始,正史就把法律史确立为一个专门的记述门类。班固在写汉书时创立了纪、表、志、传的体例,其中志就有刑法志。这种体例为后世各代王朝修史时所使用。及至清代,在总括历代政权得失的著作中又出现法制史的专门研究。薛允升著《唐明律合编》,专门比较分析唐明两律的得失;又如清末法学家沈家本,其在《沈寄移先生遗书》中有“历代刑名考”、“历代刑罚考”、“历代狱官考”、“汉律摭遗”、“明大诰考”等法制史的学术著作,是古代中国法制史研究之大成。但是,直到沈家本为止,由于中国的法律体系尚未成功移植西方国家的近现代法律,也就还没有出现一本按照现代法学分科作为编排体例,按照年代编写的中国法制史著作。20世纪初,日本学者浅井虎夫著《中国法制史》(上)^④,把按照部门法学分科编写中国法制历史的方法传入中国。其著作比较肤浅,而且没有涉及司法诉讼制度和民事法规,但是这一新的叙述体例和评价方法在中国产生了一定的影响。在这一时期,中国学者丁元普、程树德、陈顾远、杨鸿烈等先后写出中国法制史、中国法制简史、中国法律发达史等著作,完成了中国法制史学科的初创。此后,中国法制史学经历数个不同时期的发展。在我国至20世纪80年代初期,开始有较多的学术成果陆续问世,充实和提升

^① 《尚书·尧典》:“皋陶:汝作士,五刑有服”。

^② 《左传·僖公十四年》。

^③ 《商君书·更法》。

^④ 转引自杨鸿烈:《中国法律发达史》,商务印书馆1930年版,第12页。

了中国法制史研究水平，也为法制史教学提供了便利条件。

三、学习中国法制史的意义

1997年，国家教育部确定中国法制史为全国法学学科本科教学14门必修的核心课程之一，因此，学习中国法制史是我国法学专业学习的必然要求，也是学习法理学和其他部门法学理论的重要基础。

第一，有利于借鉴中国传统法律文化的优秀成果。

中华诸民族，从很早的时候开始，就表现出在制度安排上和在社会管理上的高度调控能力。在西至唐古拉山，北至蒙古草原和长白山脉，东至大海，南至梅岭的广袤土地上；在古代科技水平十分低下的情况下，在人力可以达到的地方，中华民族的祖先依靠有限的交通运输和信息交流手段，在多数情况下，很好地管理着广阔的国土。而且即使在战乱分离时代，也始终保持着统一的趋向。与此相对应，世界古代史上曾出现过一些庞大的帝国，如罗马帝国、阿拉伯帝国和蒙古帝国，它们由于各种各样的原因，其中重要的一条是因为未找到控制庞大帝国的方法，最终都灭亡了。中华民族按照一个中央集权国家的模式延续了数千年，并且在当代仍能从传统中发掘出协调个人、社会与国家关系的有益因素，这就不能不令人思考和分析其中原因。这种思考和分析不能离开法律框架和制度安排问题；而这些问题的解析，需要由中国法制史来提供基础知识。

第二，理解具体法律制度的发生、发展为学习其他法学知识构筑历史基础。

中国法制史概括地再现了各种法律制度的历史，介绍以至详解每项制度的起源发展，分析其间沧海桑田的变化，这对部门法知识而言也是十分必要的。譬如，现在处理惯犯时，其方法是将若干次同性质的行为，集合地看成一个惯常的故意和一个惯常的行为，根据刑法特别规定，如惯窃、惯骗等，确定行为人主观恶性很大，行为次数多，犯罪后果严重，然后处以刑罚。若与中国古代刑法比较，很早以前，先民就在探索惩罚惯常犯罪行为的刑罚方法。最初，惯犯是从累犯中分离出来的一种制度。在《尚书·康诰》中，周公代表成王对康叔说：“人有小罪非眚，乃惟终，乃不可不杀，乃有大罪，乃惟眚灾……乃不可杀。”所谓惟终和非终，就是累犯和偶发。但是，当时祖先关于“罪”概念还没有完全确立，而强调惩罚人的主观恶性。如果是故意和经常的犯罪，即使危害很小也要处死，但如果是过失、偶发犯罪，那么即使危害十分严重也可以赦免。至春秋战国之交，追究犯罪者内心、动机的方法，逐渐被客观归罪主义所代替。及至秦，法律对惯窃行为，不看主观恶意大小，也不太考虑其他情节，而采取一个简单的方法：赃值相加。把盗窃的东西换算成钱，划分为一钱、十一钱、百一十钱、二百二十钱以至六百六十钱。根据行为客观后果严重的程度，决定刑罚裁量。这样就把周代惩罚犯罪的方法予以颠倒，从追究主观动机发展到客观归罪。秦代制度虽然很方便，但是它也有不恰当之处，就

是累计数额高，与实际危害程度不相符合。因此，唐代统治者创立新的制度：累计倍折，即把多次偷窃的财产加起来，予以对折，然后按照价值来决定处罚。这种制度就已经包含现代惯犯制度的含义，它既考虑行为次数，又考虑实际的危害。比较周、秦、唐三代关于处理一惯性犯罪的制度，从主要强调犯罪人主观恶性发展到主要强调犯罪人行为、客观结果，最后是行为与结果的综合分析，其在方法上经历由粗略到比较精确，在制度上由简单到比较复杂的历史过程。这为学习掌握当代刑法学中的惯犯、常习犯等知识提供了制度发展规律的历史参照。这样，在学习部门法时，就不是作为一个结果简单地接受了某一个制度，而是作为一个历史过程具体地把握这一制度。扩而大之，对于任何一种制度，我们都不应该把它看成是一个凝固的公式，而应该把它看成是人类法律发展中的一个阶段。要获得这样的认识，就需要一定的法史知识，然后才能学有所得。

四、学习和研究中国法制史的方法

学习中国法制史，应该结合本学科的特点，采用法学和史学方法相结合的方法，从多角度认识学习法制史问题。一般应注意以下几点。

第一，坚持辩证唯物主义和历史唯物主义的观点。

学习和研究中国法制史的方法很多，从鉴别史料开始，到比较、分析、综合、抽象，可以排列出许多治学方法。但是，最根本的方法是辩证唯物主义和历史唯物主义的方法。坚持这种方法，就是要认识到中国法制的历史，也是精华和糟粕共存，进步与僵化同在。或者从其特色上说，它们本身就是一体两面。因此，不应该简单地用当代法学的理念苛求古人，而必须以历史事实为根据，论从史出，实事求是地认识和评价中国古代的法律制度。

第二，具体方法。

所谓具体方法，就是在坚持辩证唯物主义和历史唯物主义的前提下，学科研习需运用的方法。其最常见的方法有两种：

首先，综合的方法。综合方法是指从断代历史事实出发，详细地占有材料，分析法律制度内部的结构以及法律制度外部与其他制度的联系，揭示法律制度内在运动规律的同时，又要分析它与外部政治、经济制度的关系，从而找出一种制度现象形成、巩固的原因。综合方法的长处在于在一个横断面上分析法律制度的内部结构，以及影响法律制度的种种时代与社会因素。在断代法制史分析中，这是比较重要的方法。

其次，比较的方法。比较方法是指把不同朝代的法律制度在具体规定上进行比较。一方面分析各制度之间的承接关系，另一方面研究随着社会本身进步给法律制度带来的革新。事物发展的阶段性特点在中国法制历史上常常出现，譬如中国法制史中的刑罚制度从总趋势来看，前一阶段严酷，中间宽缓，然后再次趋于严酷，也

表现了发展与回复的螺旋关系。对于分析法律制度自身的发展史,了解继承与革新的关系,比较方法是一种主要方法。清末法学家沈家本写作的《汉律摭遗》对汉初创立的许多重要制度,都引用唐、明、清律进行细致的比较。这说明在分析制度历史时,比较方法是有效的。同时,这种方法用于法制史的学习,也是十分必要的。

五、中华法系

(一) 起源

法系,是西方法学著作中经常使用的概念,是根据法律的历史传统和外部特征对不同法律制度进行的体系划分的方法。当代著名比较法学家,如达·维德、巴斯·弗尔特、布赖尔利,认为世界五个最重要的法系是英美法系、大陆法系、伊斯兰法系、印度教法系和中华法系。其中印度教法系和中华法系是死法系,它们分指古代印度和古代中国的法律制度。印度在成为英殖民地以后,以及中国在1840年进入半封建半殖民地社会以后,原有法律传统就终止了。这两个法系作为历史陈迹,没有再延续下来。

(二) 关于中华法系的特点

1. 20世纪50年代以前学者的观点

(1) 日本学者浅井虎夫的观点

日本学者浅井虎夫在所著的《中国法典编纂沿革史》中认为中国法典内容上的特点有三点:

①私法的规定少而公法的规定多。上下四千载,法典数百种,无虑皆公法典之属,而私法典乃无一焉;其为今日私法典规定之事项亦惟包含于此等公法典之内,绝无有以为特种之法典而编纂之者;且此等公法典中之私法的规定亦云谨矣,故如亲族法之婚姻,离婚,养子,相续,物权法之所有权,质权,以及债权法之买卖,贷借,受寄财物等事,亦惟规定大纲而已……

②法典所规定者,非必现行法也。盖中国法典率以理想之法典为的,苟认为良法虽非现制,亦必采入法典之中,李东阳《进正德会典表》所谓“令之善者,虽寝亦书”是也;此外记载过去之事例,或以虽非现行法,而留备参考;或以祖宗成宪不可易,而死法亦敬谨保存者,则清律其适例也;又如唐律疏议(按系唐六典)关于应科死刑之罪,及其执行方法,皆有详细之规定,而在当时实未尝实行也……

③中国法多含道德的分子也。“中国古法受儒教之影响多含道德的分子,以故道德法律,往往互相混同……”^①

^① 转引自杨鸿烈:《中国法律发达史》,商务印书馆1930年版,第3~4页。

(2) 北京大学王世杰教授的观点

王世杰教授在《北京大学社会科学季刊》第三卷第一号概括中国传统法制的特点是：

第一，中国向来是道德与法律的界限没有十分划清的。中国历朝刑律，诚然包括了许多不应列入刑律以内的事体，所以论者（按即指浅井虎夫）尝说中国法律之未能进化，便因为中国人硬将中国民族所有的理想都纳入法典里面去。但中国的法典范围尽管甚广，而凡道德思想之著于经义而未被法典包括，或法典之所定而未能符于经义者，则经义之效力往往等于法律，或且高于法律……

第二，中国法典的范围尽管甚宽，然而法律之存储习惯者仍数甚众。中国历代法典对于近代民法典中所规定之事项，规定极少，盖钱田户婚等事多只涉及私人与私人之间之利益关系，专制国家以为与公益无涉，虽视为细故因之律文亦多疏略，然钱田户婚等事之未经律文规定者，却亦大都有习惯法在那里支配。

第三，“科比”之制是数千年相传而未尝变更的。凡律无正条之事件执法的人一方面故尚得诉诸律文以外之经义，一方面尚得比律文而科罪；所谓“无律文则无刑罪”的原则，是中国历来所无的观念。所以中国旧律中，就是刑律也，也有今人之所谓“条理”在……

第四，律文以外，尚有许多的“例”，而“例”之效力抑且往往高于律文。这是中国旧律的一种特殊现象……

第五，中国法典所载律文，就在当时，也并不都是现行法。这更是中国历代法典的一种奇特现象……①

2. 新中国建立以后大陆学者的观点

(1) 国内学者的几种不同意见

国内关于中华法系的争议是比较多的。1983年在陕西省西安市召开了中国法史学首届年会，会上中国法制史专业的学者讨论了中华法系问题，其中争论焦点之一是中华法系的起源。有的人认为，中华法系起源于炎黄帝时期，按照《商君书·画策》说：“黄帝作君臣上下之羲，父子兄弟之礼，夫妇匹配之合，内行刀锯，外用甲兵。”《管子·任法》篇说：“黄帝置法而不变，使民安得其法也。”《汉书·胡建传》说他得家人所传之黄帝李法。有的人认为法律应从奴隶制法开始算起，以前不过是原始公社的习惯。还有的人认为，法系的形成有一个过程，应该从秦以后算起。另外有人认为，法学是指以一个国家法律传统为中心，对其他国家也产生影响，从而形成一个体系，因此中华法系应从唐代算起。第二个焦点是中华法系的特点，有的认为有三个，也有说五个特点，未能取得一致意见。也有人提出譬如皇帝是最高立法者和最大司法官、中国古代诸法合体、民刑不分、司法上行政官吏与

① 转引自杨鸿烈：《中国法律发达史》，商务印书馆1930年版，第4~5页。