

中国法律史新识

沈玮玮 著



华南理工大学出版社



中国法律史新识

沈玮玮 著



华南理工大学出版社
SOUTH CHINA UNIVERSITY OF TECHNOLOGY PRESS

· 广州 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法律史新识/沈玮玮著. —广州: 华南理工大学出版社, 2018. 1
ISBN 978-7-5623-5526-7

I. ①中… II. ①沈… III. ①法制史—研究—中国 IV. ①D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 330615 号

Zhongguo Falüshi Xinshi

中国法律史新识

沈玮玮 著

出 版 人: 卢家明

出版发行: 华南理工大学出版社

(广州五山华南理工大学 17 号楼, 邮编 510640)

http: //www. scutpress. com. cn E-mail: scute13@scut. edu. cn

营销部电话: 020-87113487 87111048 (传真)

策划编辑: 王 磊

责任编辑: 陈 尤 王 磊

印 刷 者: 广州市穗彩印务有限公司

开 本: 787mm×960mm 1/16 印张: 20.5 字数: 345 千

版 次: 2018 年 1 月第 1 版 2018 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 60.00 元

版权所有 盗版必究 印装差错 负责调换

谨以此书献给赵晓耕教授

前 言

法律史学作为法学的二级学科，分为法制史和法律思想史两类，各自又有中外之分，中国法律史便包括中国法制史和中国法律思想史。已有的中国法律史著作基本是将二者割裂开来，让法制史和法律思想史无法互为解释，只剩下干瘪的记忆性知识，难以引起读者兴趣。同时，虽然中国法律史学界已经取得了相当可观的研究成果，但是学术科研与课堂教学，尤其是本科教学之间，断裂严重，学术研究无法直接转化为本科教学内容，教与学不能相长。加之，当前法学界普遍存在轻视中国法律史的心态，部门法的研究者对中国法律史冷淡无视，各个层次的学生更是对中国法律史知之甚少，偏见颇深，以致望而却步。中国法律史很难发挥其作为基础性法学学科的应有作用，既难以见容法学院，又无法彻底融入历史系，虽为交叉学科，但地位十分尴尬。这当然与法律史学的学科研究特点有关，也与当前论述内容及传授方式相关。

须知，“中国特色社会主义”难以忽略中华文明的历史贡献，离开了历史传统的印记，中国特色社会主义的“道路自信、理论自信、制度自信、文化自信”的理由就不充分，根基便不牢固。而且，如果我们稍加注意，会发现历史传统的视角为我们提供了内省和反思的机会。尤其是在我们一味重视同国际接轨的法制移植过程中，基于历史传统的“内在视角”能够让我们重新审视我们自觉和不自觉地在坚守的一些传统观念，是如何阻击甚至抵制经由“外在视角”移植和设计而来的西式规则的。所谓世界的，不一定是民族的。并且，我们会更进一步地发现，中国历史传统的法律观念与制度存在着



一些超越历史的智慧文明，存在着一些亘古不变的制度逻辑，早已形成了古今皆然的法制共识。人生之路需要多回头，更何况是任重道远的中国特色社会主义法治建设之路，我们不能因为在近两百年遇到了挫折，就断然抛弃中国几千年来传承下来的优秀法律传统。所谓民族的，一定是世界的。当前，全盘接受制度输入，断然否定制度输出，不应该是大国法治之路的态度。以史为鉴，古为今用，是对制度建设和观念变革永远奏效的解决方案。

本书即是在以上立场上，通过发掘“内在视角”隐含的制度“成见”，去重新解释当下制度移植过程中所遭遇的制度“尴尬”，分析制度变革背后属于中国的文化逻辑，提醒我们更加谦虚谨慎地对待历史传统法制的精华与糟粕，而不是一味地基于“外在视角”，武断地将历史传统法制视为“封建”和“愚昧”。具体而言，本书共分为八章，内容如下：

第一、二章以秦代为界，涵盖先秦至东汉的法制形成期，注重夏商周时代法制的启蒙和宣导意义，以及春秋战国之际为秦汉法制形成提供的奠基性基础——既有知识性的，也有实践性的。先秦时期的法制内容，以发掘法制萌芽期的制度理念及意义为重点；秦汉之际，则强调分析基于秦国和秦朝法制运行而衍生和发展而来的制度规范及其思想背景。第三章关于魏晋南北朝时代，是秦汉法制转变至隋唐法制的关键节点，着重讲述南北朝各代各自在扬弃汉法的同时，对隋唐法制的创造性贡献。

隋唐法制单列一章为第四章，以《唐律疏议》为中心，展现隋唐法制成就，以及在由魏晋进入隋唐，和由晚唐进入北宋之际的转折时段，政治、军事和经济的变革，是如何影响和塑造了隋唐及两宋法制特色的。由东汉至东晋南朝形成的门阀体制，到隋唐之际演变为贵族体制，逐渐削弱了秦代至西汉不断完善的皇权专制体制；两宋之际的中国，彻底进入了平民时代，在“与士大夫共治天下”基础上形成的宋代政治体制和思想氛围，决定了两宋律法的不同面貌。辽金元时代可视为中国的第二个南北朝，北法依然是以效法南法为中心议题，只不过辽金元存在是以《唐律疏议》为蓝本，还是以宋刑统为模板的差异，且各自效法的程度不一。因此，宋元时代的法制统合为第五章，定名为“宋元时代的法律交互及演变”。

南宋中国早已有了内敛型帝国的倾向，而扩张型帝国在元代得到了不同

程度的恢复，直到朱元璋建立了明朝，中国才全盘回到以小农为中心的内敛型帝国治理模式，这相当于回归秦汉皇权专制的复古之路。清承明制，只不过在清末遭遇到来自世界列强的挑战之后，清廷才逐渐开始接受政治变革和法律移植的现代化改造。不论清末的现代化改造是自发的还是被迫的，是突然转向的还是早有苗头的，都必须在清代法制的长时段中加以考量。总而言之，第六、七章本为一体，但因清代法制以及清末变革内容较多，加之，明代对于恢复皇权专制体制至为关键，只能各自单列一章。

中华民国时期的法制相对混乱，存在多个国民政府，但以1928年为界，南京国民政府依然延续了南京临时政府时期确立的法统，只不过开始走向个人独裁政治，这一趋势延续了20年余。自1911—1931年的20年间，中华民国历经南京临时政府、北京政府、广州武汉政府、南京政府时期，但始终在中华民国中央政府之框架下展开法统之争。到1931年中共宣布成立中华苏维埃共和国之时，苏俄体制才开始全面引入到地方政权，而不再局限于5年前的武汉国民政府只是有限度地借鉴苏俄政法体制。中共的地方革命政权经历了早期革命、工农民主专政、抗日民主专政和人民民主专政四个时期，尤其是1937年之后，中共地方革命法制与国民党南京政府中央法制存在着诸多竞争。正是中共地方革命政权对国民党南京政府中央法制的创造性调适变通，才塑造了新中国法制的红色传统。因此，本书最后一章将中华民国和中共革命法制融为一章，以中央和地方法制竞争与变通为主线，展现中华民国各个标志性历史节点和时段的法制样态。

由于中国法律史内容浩瀚，本书难以面面俱到，只能突出重点，然章与章之间关联紧密，均以政治体制的变迁为基调，辅之以思想文化等社会背景，在反映传统法制千余年因袭继承的共性的同时，将重点放在历代法制变革及其动因的解释上，突出各代法制的个性，以章首的导语和关键词作为理解各朝代法制变与不变的线索。本书章尾不再设置思考问题，便于使用者结合自身讲授特点来开列各章之问题，以发挥本书抛砖引玉之用。同时，信息时代所提供的检索之法亦十分便利，章尾便不再单列参考文献，待有兴趣之读者按图索骥，自行查阅。

总之，本书在主线分明的基础上，力求发掘制度背后的逻辑，从单纯叙



述制度是什么，以及如何演变的普及性知识，转向对制度为何生成的延伸性解释。这一解释以社会史、经济史和制度史互为支撑，辅之以政治形态与思想制度的主线，既关注大传统的环境，也关注小传统的影响，使中国法律史有血有肉地呈现出来。唯有如此，才能使中国法律史的课堂妙趣横生，意义非凡，影响重大，托起基础理论法学的基台。唯有如此，才能吸引真正对中国法律史有兴趣的听众，为弘扬中国传统法律而志存高远，使中国法律史的传承后继有人。

目录

第一章 先秦的法律观念与制度愿景 / 1

第一节 尧舜禹时代的法制传说与制度隐喻 / 3

一、中国法律起源时期的学术说法 / 3

二、中国法律起源时期的法制积淀 / 4

第二节 夏商的法权结构之变及其法制裁体 / 7

一、公天下到家天下时代的法制正当性 / 7

二、殷商法文化的物质载体与精神世界 / 8

三、商代汤刑的重要内容及其后世意义 / 10

第三节 西周时期的法制理念及其内容体系 / 12

一、邦国体制治理机制 / 12

二、用刑观和审刑要义 / 15

三、婚配继承初步规范 / 24

第四节 从封邦建国到编户齐民的法制意义 / 26

一、郡县制与官僚制的转变 / 26

二、成文法法典化和公开化 / 29

三、商鞅变法与大一统之策 / 32

第二章 秦汉的思想扬弃与制度革新 / 34

第一节 秦法的思想承载与形式内容 / 36

一、政治与文化的统一 / 36

二、皇帝专制集权体制 / 37

三、法律种类及其内容 / 38

第二节 汉法变迁的思想基础及得失 / 51

一、权力关系与汉法变迁 / 51

二、汉家制度的思想流变 / 56

三、汉代立法的简繁之变 / 60

目录

四、刑民法制变化与革新 / 62

第三节 秦汉司法机制及其裁判方法 / 71

一、司法机制 / 71

二、裁判方法 / 74

第三章 魏晋南北朝法律的关键蜕变 / 77

第一节 二至五世纪的儒学与玄学和律学 / 79

一、儒学玄学化、佛学化和道教化 / 79

二、经学、玄学与律学的交互影响 / 81

第二节 南北政治变化及其对律法之影响 / 83

一、皇权政治与门阀政治 / 83

二、门阀政治与官僚特权 / 86

第三节 南北法制的形式之变与内容之变 / 89

一、南北朝法制的形式变化 / 89

二、北系法与南系法的优劣 / 93

第四节 魏晋南北朝司法制度的变化革新 / 102

一、行政体制与司法层级 / 102

二、诉讼审判制度的创新 / 103

第四章 隋唐的律令政治与法律新貌 / 105

第一节 法制的政治权力基础 / 106

一、关陇军事贵族集团与隋唐士族政治 / 106

二、南朝化或北朝主流论与多元化政治 / 108

三、从三省六部到中书门下体制的转变 / 108

第二节 法制思想及立法变迁 / 110

一、一准乎礼与思想定型 / 110

目录

二、律令体系与立法变迁 / 111	
第三节 唐律典范及核心内容 / 118	
一、篇条设计 / 118	
二、适用原则 / 127	
第四节 民政田赋与经济制度 / 130	
一、身份与婚配 / 130	
二、赋役与交易 / 132	
第五节 司法体制与制度特色 / 137	
一、司法机关 / 137	
二、诉审制度 / 138	
 第五章 宋元时代的法律交互及演变 / 141	
第一节 宋代权力结构与治理原则 / 143	
一、祖宗之法与防弊之政的新思维 / 143	
二、科举时代的律学与士大夫政治 / 145	
第二节 宋代立法变迁及重要转向 / 147	
一、刑统及法典编撰之态 / 147	
二、编敕与敕例并行体制 / 150	
三、事类合编与转向内在 / 151	
第三节 宋代财税改革与民政法制 / 153	
一、财税改革之得失 / 153	
二、民政法制之进步 / 155	
第四节 宋代司法制度的主要变化 / 158	
一、皇权对司法权力的监控 / 158	
二、皇权对诉讼机制的设计 / 162	
第五节 辽金元的法律因应及影响 / 166	

目录

一、辽代法制二元分治始末 / 166

二、金代法制彻底汉化过程 / 170

三、元代法制的内容和特色 / 173

第六章 明代的集权扩张与法律变革 / 179

第一节 政法变革及立法创见 / 180

一、政法结构与思想之变 / 180

二、立法形式及重要变化 / 182

第二节 民商事规范与司法权变革 / 189

一、民商事规范 / 189

二、司法权变革 / 191

第七章 清代的法律成就及移植新途 / 194

第一节 政治与法制关系 / 196

一、行政架构与用人机制 / 196

二、八旗制度与旗人特权 / 198

三、清承明制与立法变化 / 200

第二节 行政与司法变革 / 203

一、会典则例及其行政法制 / 203

二、理藩院及民族治理法制 / 206

三、土地财政及其商贸法制 / 208

四、司法机制及其变革影响 / 211

第三节 清末变法与修律 / 215

一、官制改革与预备立宪 / 215

二、变法修律与规范调适 / 222

目录

第八章 民国央地法制的竞争与变通 / 235

第一节 中华民国中央政府法制 / 237

一、南京临时政府的法制努力 / 237

二、北京政府法制特点及内容 / 244

三、国民党统治时期法制之变 / 252

第二节 中共地方革命政权法制 / 266

一、中共早期革命法制 / 266

二、工农民主专政法制 / 269

三、抗日民主专政法制 / 284

四、人民民主专政法制 / 298

后 记 / 311

第一章

先秦的法律观念与制度愿景

原始社会的世界秩序大概正如《礼记·礼运》所描述的大同社会一样：“大道之行也，天下为公，选贤与能，讲信修睦。故人不独亲其亲，不独子其子，使老有所终，壮有所用，幼有所长，鰥、寡、孤、独、废疾者皆有所养，男有分，女有归。货恶其弃于地也，不必藏于己；力恶其不出于身也，不必为己。是故谋闭而不兴，盗窃乱贼而不作，故外户而不闭，是谓大同。”大同正意味着有序的自我实现。尧舜洪荒时期主要以德性情操作为继承者的考察标准，这正符合大同社会的民众期待，所以舜传位于大禹。到了以奴隶制为基础的国家社会时，就变成了小康社会的期许：“今大道既隐，天下为家，各亲其亲，各子其子，货力为己，大人世及以为礼，城郭沟池以为固，礼义以为纪，以正君臣，以笃父子，以睦兄弟，以和夫妇，以设制度，以立田里，以贤勇知，以功为己。故谋用是作，而兵由此起。禹、汤、文、武、成王、周公由此其选也。此六君子者，未有不谨于礼者也。以著其义，以考其信，著有过，刑仁讲让，示民有常。如有不由此者，在势者去，众以为殃。是谓小康。”当然大同和小康只是一种统治的理想状态，实际上在社会的原始阶段，人类为争夺生存资源的战争从未停止。夏朝之始即为大同社会终结之时，因禹启之际“公天下”变成“家天下”，不传贤而传于子。“天下为公，选贤与能”的政治模式被打破，正所谓“今大道既隐，天下为家”。因新石器时代晚期，社会已累积了大量的物质财富，物质财富的占有成为少数贵族集团垄断权力的实力基础，原始民主禅让制再也无法满足贵族的权力需求，于是，君主世袭制走到了历史前台。

西周之际，周天子保持着天下共主的威权，其所依赖的政治结构便是宗法分封制。于是，中华世界被分成大批政治实体。据考证，在周代的春秋时期（前 722—前 481 年）已有约 170 个政治实体。平王东迁以后，东周开始（前 770—前 221 年），亦称春秋战国时期。周王开始衰微，只保有天下共主的名义，而无实际的控制能力。诸侯各自占据地盘，兼并邻国，扩张领土。自鲁隐公到鲁哀公的 200 多年时段内，有 52 国灭亡。战国七雄，加上鲁、卫、中山等四五个较为弱小的国家，是兼并之后的存留者。从前 722 年到前 464 年的 259 年中，只有 38 年没有战争，而在前 463 年至前 222 年的 242 年中，没有战争的年份也只有约 89 年。伴随着新领土国家的形成，集权专制主义统治遂应运而生。郡县制代替国都鄙野制，任官给俸制代替分封赐邑制，符玺制、年终考绩制代替朝覲会同制，成文法则代替“议事以制，不为刑辟”及各种习惯，以贫富贵贱为基础的新等级体制代替以亲亲为基础的血缘旧等级体制等，为春秋战国时期法制的变革提供了一系列条件。

关键词：皋陶，獬豸；禹刑、汤刑、吕刑；敬天保民，明德慎罚；宗法分封制；官僚制；郡县制；铸刑；法经；法家；商鞅变法



第一节 尧舜禹时代的法制传说与制度隐喻

一、中国法律起源时期的学术说法

20 世纪 30 年代已有关于中国法律起源的研究，多数学者根据“信则传信，疑则传疑”的原则，将商代作为中国法律起源之始。而自 20 世纪 50 年代开始，中国法制史学界逐渐形成了中国国家与法律起源于夏的通说。20 世纪 80 年代以来，关于中国法律起源的争论更加激烈，另一重要观点认为中国国家与法律起源均于原始社会末期。至今，这两种观点已趋于同一。多数学者认为体现为国家形态的法律产生于夏代，而法律则作为人类共同体生活的基本规则，在原始社会末期的父权制时代就已出现，也即尧舜时期。待国家出现后才逐渐形成体现国家共同体意志的国家法形式。

与此同时，关于中国古代法律渊源有多种观点，一如法源于天，《尚书·皋陶谟》载：“天讨有罪，五刑五用哉。”二如法源于苗民，《尚书·吕刑》载：“苗民弗用灵，制以刑。惟作五虐之刑，曰法。”三如皋陶造律，这在《尚书·舜典》《左传》所引《夏书》以及《竹书纪年》和《吕氏春秋》等古籍都有表述。四如法源于定分止争，《管子·七臣七主》载：“法者，所以兴功惧暴也；律者，所以定分止争也。”五如法源于习惯，等等。

大多观点倾向于“刑起于兵”。《易·师》强调“师出以律”。《国语·鲁语》更为明确：“大刑用甲兵，其次用斧钺；中刑用刀锯，其次用钻竿；薄刑用鞭扑，以威民也。故大者陈之原野，小者致之市朝。”正所谓“国之大事，在祀与戎”^①。祭祀的神圣性产生了最初的礼制，“戎”则指兵战，“刑者，始于兵而终于礼者也。鸿荒之代，生民有兵，如蜂有螫，自卫而已”^②。为了争夺生存资源，原始社会时期由氏族组成的各个部落频繁大兴兵戈，战争下的部落生存秩序就要靠兵法或军法来维护，刑罚主要针对的便是违抗军令的行为，即军法。随着战争由常态变成偶发，国家逐渐安定，刑法

^① 《左传·成公十三年》。

^② 《辽史·刑法志》。



也逐渐由非常态向常态转变。此前行军打仗屡试不爽的兵法很自然地被沿袭到国家法律中来。这就是刑起于兵的原因，但也仅仅是刑。

中国传统法律的大部分内容还是从“礼”而来。汉代王充对此有十分详尽的论述：“案尧伐丹水，舜征有苗，四子服罪，刑兵设用。成王之时，四国篡畔，淮夷、徐戎，并为患害。夫刑人用刀，伐人用兵，罪人用法，诛人用武。武法不殊，兵刀不异。巧论之人，不能别也。夫德劣故用兵，犯法故施刑。刑与兵，犹足与翼也，走用足，飞用翼。形体虽异，其行身同。刑之与兵，全众禁邪，其实一也。”^①

上古时执掌司法的官员谓之曰“士”或“士师（士史）”，则是受兵刑同源的影响。《尚书大传》载：“士，理官也。”“士”可能指与氏族部落首领和显贵同族的武士，在进入阶级社会后较早成了统治阶级。因学在官府，只有“士”以上的贵胄子弟才有资格习得知识，故“士”实乃有一定知识技能的人。于是，“士”完全可以担负军事和司法的双重职能。例如《尚书·皋陶谟》载：“帝曰：皋陶，汝作士，五刑有服，五服三就；五流有宅，五宅三居。惟明克允。”

此后，“士”，殷曰司寇，^②为国家“八政”之一，^③大致可确定“司寇”之名与军事战争相关。战国之际，中央掌管司法之人名曰廷尉。“尉”，本为武官之名，此可视为“刑始于兵”的传统。

二、中国法律起源时期的法制积淀

（一）尧舜的法制奠基

据《尚书·尧典》载，尧的政绩首推制定历法，以之规定百官众臣职责。“历法”即“立法”，如果缺乏历法，那么时间不能测度，历史不能记录，任何政治秩序和社会秩序都无法形成。舜在接任帝位之后，随即修订历法，以确立舜之时间，规范行为秩序。

舜在法制方面也有原创性的贡献。《尚书·尧典》载：“象以典刑，流宥

^① 《论衡·儒增篇》。

^② 《尚书·皋陶谟》。

^③ 《尚书·洪范》。