



高等政法院校专业主干课程系列教材



陈
涛
著

中国法制史学

ZHONG GUO FA ZHI SHI XUE

中国政法大学出版社



中國法制史學

卷二

· 高等政法院校专业主干课程系列教材 ·

中国法制史学

陈 涛 著

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法制史学 / 陈涛主编. — 北京: 中国政法大学出版社, 2007. 8

ISBN 978-7-5620-3090-4

I. 中... II. 陈... 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 (2007) 第124896号

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 汇林印务有限公司

787×960 16开本 24.75印张 505千字

2007年9月第1版 2007年9月第1次印刷

ISBN 978-7-5620-3090-4/D·3050

定 价: 29.00元

社 址 北京市海淀区西土城路25号

电 话 (010)58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)

通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码 100088

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

敬 启

尊敬的各位老师：

感谢您多年来对中国政法大学出版社的支持与厚爱，我们将定期举办答谢教师回馈活动，详情见我社网址：[www. cuplpress. com](http://www.cuplpress.com) 中的教师专区或拨打咨询热线：010 - 58908302。

我们期待各位老师与我们联系

西北政法大学本科教材编审委员会名单

主 任：郭 捷

副主任：杨宗科

委 员：刘进田 张周蕊 刘光岭 王政勋
高在敏 强 力 王周户 王 瀚
王楷模 惠生武 谢立新 慕明春
王 健 汪世荣 韩 松 阎亚林
张宏斌 戴 鲲

编写说明

质量是高等院校的生命线,教学工作始终是学校的中心工作。多年来,我校始终把人才培养作为根本任务,弘扬老延大“政治坚定、实事求是、勇于创新、艰苦奋斗”的优良传统,不断改革进取,提高教学质量,为全国特别是西北地区经济社会发展和民主法制建设培养了大批高素质的专门人才。近年来,学校按照适度稳定规模、合理调整结构、充实办学条件、全面提高质量的工作原则,进一步深化教育教学改革,狠抓教学与管理工作,正在向着“法学特色鲜明、多学科协调发展、在国内有重要影响的高水平教学研究型大学”的目标迈进。

教材作为反映教育思想、教育观念,以及教学改革成果的重要载体,是我校新一轮课程建设的重点。为了适应培养德、智、体全面发展的基础扎实、知识面宽、实践能力强、富有创新精神的人才目标的要求,学校决定紧紧抓住实施“质量工程”的有利时机,与中国政法大学出版社合作,启动新一轮的教材建设工作。

本轮教材建设围绕各专业的核心课程和方向课程进行,命名为“高等政法院校专业主干课程系列教材”,由长期从事教学工作、教学经验丰富,具有教授、副教授职称的教师承担编写任务。第一批立项建设完成的教材将在近期由校本科教材编审委员会审定后,陆续出版发行,后续教材也将按照学校教材建设规划分批次推出。我们力求教材具有较强的科学性、系统性、新颖性和适应性,也希望这套教材能够为进一步提高学校的教育教学质量打下坚实的基础。

西北政法大学本科教材编审委员会

2007年8月

法学的法制史学

——代自序

余少为学,耽于古典文学名著,由是而对史书有所偏爱,虽未必知道何为史学,而私心向往也,故于三十年前,报考大学,所填第一志愿本为史学。然阴差阳错,最终于1978年入西南政法学院(现改称西南政法大学)研读法学,但爱史之心未衰。嗣后,在西北政法学院(现改称西北政法大学)从事法律史学之教学研究。

从教之初,多为人云亦云式,囿于教学计划和指定教材,很难越雷池一步。因为即使到了大学,中国学生仍在一定程度上延续着应试教育的模式,毕竟,学生是要考试的,而所有考试几乎都要求有标准答案。不过,经过一段时间的教学相长,尤其是为研究生开设法律史学方法论课程,促使余不得不思考,即使为了应试,在法学本科开设中国法制史学课程,究竟应该选择怎样的方向?循此目标,遵循古圣先哲之教诲,边学边思,发现实际上有多种中国法制史学,或者准确地说,有多重意义上的中国法制史学,至少有史学意义上的、法学意义上的、法社会学意义上的,而在法学本科阶段所开设的中国法制史学,无疑应该是法学意义上的。因此,这部教材的基本思路就是按照法学意义上的中国法制史学确定。

那么,何为法学意义上的中国法制史学呢?

首先,法学意义上的中国法制史学,是将中国法制史学作为法学的学科对待,并在法学的意义上定位中国法制史学。

其次,法学意义上的中国法制史学,是按照法学的范式确定中国法

制史学的研究对象、研究范围、研习方法,是按照法学的要求构造中国法制史学的学科体系和学科内容,更是按照法学的知识系统确定知识点。

再次,法学意义上的中国法制史学,重在给予研习者以法学的知识和思维方式,目的在于培养研习者的法学专业素养和法学职业素养。

当然,这只是一种尝试,希望这种尝试能为中国法制史学的教学带来新的气象。

是为序。

陈 涛

2007年8月于古城西安

| 目 录 |

法学的法制史学	1
第一章 绪 论	1
第一节 界定概念 /1	
第二节 探明方法 /4	
第二章 中国法源论	8
第一节 中国法律起源论 /8	
第二节 中国法律渊源论 /17	
第三章 中国古代刑法论	52
第一节 中国古代犯罪概念与犯罪形态 /52	
第二节 中国古代罪名体系 /60	
第三节 中国古代刑罚制度 /73	
第四节 中国古代定罪科刑规则 /86	
第四章 中国古代民事法例论	104
第一节 中国古代民事法例的概念与特点 /104	
第二节 民事主体的身份制度 /106	
第三节 物权法例 /109	
第四节 债权法例 /116	
第五节 亲属法例 /140	
第六节 继承法例 /155	
第五章 中国古代狱讼制度论	168
第一节 中国古代司法组织 /168	

第二节	狱讼通制	/180	
第三节	告诉程序	/191	
第四节	审判制度	/195	
第五节	法官责任	/204	
第六章	中国近现代公法论		209
第一节	宪政与宪法	/209	
第二节	行政法	/225	
第七章	中国近现代民商法论		239
第一节	概说	/239	
第二节	民法通制	/246	
第三节	债法	/250	
第四节	物权法	/258	
第五节	亲属法	/269	
第六节	继承法	/276	
第八章	中国近现代刑法论		283
第一节	概说	/283	
第二节	刑法原则与一般规则	/293	
第三节	刑罚制度	/300	
第九章	中国近现代诉讼法论		307
第一节	诉讼法的发展演变	/307	
第二节	民事诉讼法	/310	
第三节	刑事诉讼法	/318	
第十章	中国近现代司法制度论		328
第一节	司法主权的破坏与恢复	/328	
第二节	司法独立体制的建立与发展	/332	
第三节	法院组织法	/333	
第四节	律师制度	/336	

第十一章 中国新民主主义法制论	340
第一节 宪政与施政纲领 /340	
第二节 行政法 /346	
第三节 刑法 /352	
第四节 民事法律 /360	
第五节 诉讼法与司法制度 /369	
参考书目 /377	

第 1 章

绪论

【本章导读】

本章开宗明义,介绍中国法制史学的概念和研究方法,起着统辖全书的作用。内容分为两节,设计两方面的基本问题:①中国法制史学是什么样的学科、包括哪些内容?②研习中国法制史学应该抱持的态度和应该掌握的基本方法。关键是从整个法学学科群的构造角度入手,了解和把握中国法制史学的概念和研究范围,进而重点掌握中国法制史学的研究范围和研究方法。

第一节 界定概念

一、中国法制史学的定义

中国法制史学是记述、研究并阐明中国法律的起源、各种法律制度的创制、内容、特点以及发展演变的过程和规律,兼及中国近现代依法管理国家事务的原则和方式的形成和发展,从而为当代中国的法制建设与和谐社会构建提供历史和文化借鉴的社会科学学科。它既是史学的重要分支,更是独立的法学学科。

中国法制史概念最初出现于 20 世纪初期的日本,并随之传入中国,逐渐为中国史学界与法学界所接受,成为专门指以中国法律制度的历史或历史上的中国法律制度作为研究对象和内容的近现代社会科学独立学科的名称。不过,由于其中“法制”一词的含义,古今既不尽相同,中外理解也有差异,因而对其意义的解释,历来都是见仁见智,难趋统一。

“法制”作为一个术语大约形成于春秋战国时代,但作为其构成部分的“法”和“制”则出现很早。其中“法”字原本写作“灋”,从字形上说,由“廌”、“水”、“去”构成,

其义指通过“獬廌”审理的方式判定案件,把有罪者置于水上,随流漂去;从字音上说,钟鼎文中“灋”音“废”,“灋”、“废”相通,意指陆上放逐,相当于后世的流刑或驱逐。^{〔1〕}至春秋战国时代,“灋”被赋予抽象意义,即《说文》所说的:“灋,刑也。平之如水,从水;廌,所以触不直者去之,从去。法,今文省。”在此后的中国古代,“法”一般只含有以刑罚惩罚犯罪,以求得社会公平正义之义,故而往往与“礼”对称,与刑连称为“刑法”,^{〔2〕}自然偏重于刑狱律例方面。至于“制”本作“𡔁”,指裁断和制止,最初是指具体的与植物果实的采割有关的活动,后来引申为裁断及制止社会纠纷与争端;又因上古之时裁断之权均操之于头人(君主或酋长)之手,故而“制”又多用来表示君主的命令。^{〔3〕}在此意义上,“制”与“令”的含义大体相当,但其范围较广,包括以命令为渊源的典章制度等。不过,以“法”作为典章制度的通称既有其例,^{〔4〕}以“制”来指称成法也较为常见,^{〔5〕}这表明“法”与“制”既可相通,又有区别。至于将“法”与“制”连起来作为一个统一的专门术语使用,始见于先秦典籍《礼记·月令》,其中有“孟秋之月,命有司,修法制,缮图圉……”的记述。据考证,这里的“法制”是指“处罚犯罪的简记或竹书,实际上相当于后世判决的主文。这种简记,对裁判以后发生的同类案件具有先例作用”,因而也就是“判例”。这一意义上的“法制”在秦代称为“法度”,上古时又称为“法律”。^{〔6〕}而“在秦汉以后,法制已不再是判例,而是统治者一般意志的表现和特殊意志的表现二者的概括词”,也就是主要以国家制定法形态表现的法律,在内容与功能上,则强调设范立制,以为刑禁。^{〔7〕}至于日语中的“法制”一词,本系由中国传入,原本也是指刑法之制,相当于禁令或者刑禁。自近代欧美法律输入之后,其含义发生根本变革,一般包括两个层次:一是指写定法规或编纂法典;二是指法律和法令的概称。近现代中国的“法制”一词,系由日本输入,经过一百多年的演变,其意义约有三端:一是指制定法律,也即狭义的立法;二是指法律和制度的通称;三是指依据民主原则把国家事务法律化、制度化,并严格依法管理国家事务的原则和方式。

作为中国法制史学概念构成部分的“法制”一词,通说认为主要是指法律和制度的通称,在此意义上,有时也用法律制度表述,当然其中也应该包含了刑制、禁令等内容;而法制又是通过广义上的立法,即法律的创制才能够形成,因而不妨将这层含义也

〔1〕 参见蔡枢衡:《中国刑法史》,广西人民出版社1983年版,第170页。

〔2〕 其典型者,如作为正史的《二十五史》中,多有《刑法志》或《刑罚志》的设置。

〔3〕 《说文》:“制”作“𡔁”,“制,裁也。未,物成有滋味,可裁断。一曰止也。”又宋毛氏《增韵》:“制,正也”,含有裁量设范,使归于正之意。《史记·秦始皇本纪》:“命为‘制’,令为‘诏’。”

〔4〕 如《礼记》所说:“谨修其法而审行之。”

〔5〕 如《左传·隐公元年》:“今京不度,非制也。”

〔6〕 参见蔡枢衡:《中国刑法史》,广西人民出版社1983年版,第5~7页。

〔7〕 如《管子·法禁》:“法制不议,则民不相私”;《商君书·君臣》:“民众而奸邪生,故立法制,为度量以禁之”;《汉书·路温舒传》:“省法制,宽刑罚”;《后汉书·仲长统传》:“君子用法制而至于化,小人用法制而至于乱”,都是在这一意义上使用“法制”术语的。

容纳在法制一词中;至于依法管理国家事务的原则和方式这一意义上的法制,虽然是近代才产生的,但却是中国近现代法制发展中的重要内容,因而也可以涵盖在中国法制史的范畴之内。

二、中国法制史学的研究范围^{〔1〕}

依据中国法制史学的定义及其内在要求,其研究范围应该包括以下五个方面:

1. 中国法律的起源。中国法律的起源乃是中国法制历史的源头,其独特的途径和方式已经勾勒出中国法制发展演进的基本趋向,对中国法制产生过并仍在产生着深刻而巨大的影响。

2. 中国法制的总体发展进程与规律。中国法制的历史是具有发展演变过程的整体历史,中国历史上的法律也是完整的体系构成。因此,在中国法制史的研究中,就很有必要从宏观上将中国法制作为整体进行探讨,并阐明其发展演进的过程与规律,从而达到提玄钩要、举纲张目的目的。

3. 中国历史上法律渊源的变迁与立法沿革。一般来说,法律都需要通过一定的程序和方式创制出来才能产生效力并发挥作用,其中创制的程序和方式便是广义上的“立法”,而其结果也即表现出来的具体形式则是法律渊源。法律制度无疑直接来源于“立法”活动,并经由法律渊源表现出来,所以,中国法律渊源的变迁和“立法”沿革,自应属于中国法制史学的研究范围。

4. 中国历史上各种具体法律制度的形成、发展、本质、内容及其特点。从微观方面研究探讨并把握中国法制的历史或中国历史上的法制,就必然要求将中国历史上不同时代各种具体的法律制度的形成、发展、内容、本质及其特点,作为研习的重点。

5. 中国传统法制的特质。鉴往当能知来,温故自可求新。在世界一体化的格局中,阐明中国固有法制的特质与优点,不仅可以体现传统的悠久与辉煌,而且了解并把握其缺点与缺陷,更显可资借鉴。这对于当代中国法制现代化的实现,显然具有重要意义,自当属于中国法制史学题中应有之义。

〔1〕 在中国法制史学界,关于中国法制史学研究范围,基于对“法制”术语理解的不同,历来有广义和狭义之分。其中采狭义者有两种:一种基于将“法制”理解为关于法律的制度,其确定的研究范围便局限于中国法律(典)编纂史,或中国法律沿革史,或中国立法(广义上的)史;另一种则由于将“法制”理解为刑狱律例之制,其确定的研究范围便局限于中国刑法史或中国刑事法史。采广义者又分为三种:①把“法制”理解为与政治制度、经济制度等相对应的法律制度,据此而确定的研究范围就包括在政治制度、经济制度之外的刑法制度以及礼制中所包含的“民事”制度和政事制度,同时又兼及社会制度的发展沿革史。②把“法制”理解为国家制度与法律制度的综合,依此确定的研究范围包括一般所说的法律制度之外,还包括国家政治制度的发展演变史。③把“法制”理解为法律制度,但基本上是依据近现代中国法律体系和法律部门分类来解释中国古代法律制度的,依此确定的研究范围,则是与近现代法律部门相对应的各种法律制度的发展沿革史。

第二章 探明方法

一、研习中国法制史学的目的与价值

中国法制史学既然能列入法学类的必修科目,且由国家教育管理部门核定为核心课程,自必有其深层价值存在。

(一) 中国法制史学与现代法学

现代法学是体系庞大、门类众多、结构严谨、内容丰富的社会科学学科群,对其研习与把握自有相应的入门途径,此即法理学与法史学。其中自法理学(或法哲学)入门,重理论的抽象指导,自可达到提玄钩要、举纲张目、得其精华的目的。然如仅凭理论而忽视历史,则无非海市蜃楼,虽可灿烂夺目于当时,但最终却难免昙花一现。因为,现代法学的概念、体系、理论、学说等,都是由古代和近代发展演进而来,是历史上法学之积淀与升华,故如欲研习现代法学并希望对其有深入、全面、准确的把握,以促进现代法学的进步与发展,自应同时以法律史学作为入门之径。非如此,不足以使对中国现代法学的研习做到前事不忘,后事之师;惟如此,才可能尽量避免现代法学的发展落入肤浅空洞与空中楼阁之窠臼。

(二) 中国法制史学与现代法制

中国拥有五千多年陈陈相因、不曾中断、卓尔不群、独树一帜的法制文明历史。中国法制历史又具有成功与失败的经验和教训,即使曾经受到过外来因素的影响,但在其发展演进中也逐渐与之融合。这一点对于中国现代法制文明的建设并非毫无意义。现代中国法制虽然是在世界一体化潮流中形成与发展的,必然受到域外法制文明的强烈影响,但却未尝不是以中国固有法制文明作为直接渊源和根底的。数典不应忘祖,饮水亦应思源,因此,当代中国法制建设以及法制现代化,必须以开放的心态,宽阔的胸怀,兼容并蓄的方式,不仅应求于外,求于新,而且更应求于实,求于用;且先贤有言,温故即可知新,推陈当能出新。据此就可以说,研习中国法制史学,总结中国法制发展的历史规律,可鉴往以知来;而汲取中国法制在历史上的经验教训,也能取其精华,弃其糟粕,弘扬优良传统,避免无谓失误。

(三) 中国法制史学与中国传统文化

法制作作为社会文化现象,系一定社会条件中文化活动的产物,必然依托于深厚的社会文化基础。中国历史上的法制乃是在中华民族数千年不断演化而一脉相承的文化背景下形成与发展的,必然带有民族文化的深深印痕。也就是说,中国传统法制,作为中国传统文化的重要组成部分,无疑与中国传统的哲学思想、价值观念、伦理道德、民族精神、政治制度、经济构成等存在着不可分割的互动关系。因此,通过研习中国法制史学,有助于了解和把握中国传统文化中关于法、法律、社会、人际关系以及政治、经济、伦理道德等观念和理论,并用现实、客观、科学的态度来对待和反思中国传统文化

和中国传统社会,进而促进中国现代社会和现代法制的健康发展。

(四) 中国法制史学与中国学人

自世界一体化的趋势形成以来,在东方试图了解西方的同时,泰西对东方历史及现实的研究也蔚然成风,而一衣带水的东邻日本学者更以研究汉学著名。在这种背景下,中国法制的历史和历史上的中国法制本身的无穷魅力,日益引起国外学者的兴趣与关注。作为研习法学并准备进入法律职业共同体的学人们,如对中国法制史学懵懂无知,抱着“不识庐山真面目,只缘身在此山中”的态度,难免遭人讥笑。况且,随着中国自觉融入世界一体化的潮流之后,中外经济、文化、政治、法律以及法学交流日渐普遍与重要,外国学者每向国人咨询中国法制之究竟,竟瞠目以对、张口结舌,则不特显个人学识之浅薄,亦足以显示中国法学与中国法制根基之不稳固。据此,研习中国法制史学,不仅可提高中国法学学者自身之修养,且亦可促进中国法学在交流中的发展与进步。

二、研习中国法制史学的态度与方法

对任何一门学科的研习,都须抱正确态度,采科学方法,方能事半功倍,否则便难免南辕北辙,步入歧途。中国法制史学既属史学,亦系法学,为史学与法学交叉的学科,然其既列入高等法学教育的基础课程,自应立足史学与法学交叉之角度而偏重于法学。对其研习的态度,固然可以概括为实事求是,也即立足于中国法制发展演进之“实事”,而求其发展演进规律之“是”,但更应该考虑到其学科性质与特点,既将之作史学,更将其作为法学进行研习,才是正确的研习态度。

基于正确的态度,吸收近现代社会科学所提供的各种有效途径,始有研习中国法制史学的科学方法,约略而言,以下四端,或许至关重要。

(一) 史学方法与法学方法相结合

中国法制史学既属于史学与法学交叉的学科,对其研习自然应该兼采史学与法学方法。

1. 在研习的时候,应该兼具史学与法学之基础知识与基本意识。

2. 自史学方法而言,主要应该注意以下几个方面:①应重视史实的考订,以判断史事之真伪,避免以史所疑者据为信史,实现对史的真实追求。②应注重对史料的整理分析,以贯通史之系统,避免寻章摘句、断章取义,或故示渊博,搬运史料诸弊端,以达到提纲挈领、以类相从、明其源流、知其因革、较其利弊、衡其得失、融会贯通之目的。③须把握史观,以明确史之重心。对法制史的研习固然应该重视社会经济关系的决定作用,但也应关注历史传统、文化品格及民族精神等的影响效果,尤其需要注意法制对经济关系、政治关系、历史传统、文化品格以及民族精神的反作用。

3. 就法学方法而言,主要应该注意以下几个方面:①应该重视法学概念的完整准确,避免望文生义、牵强附会。因为法学与法制方面的概念术语自有其科学性与特殊性,古代与近现代的法律术语也有因革关系存在,中外的法律或法学概念又存在相通