

高等院校法学本科应用型教材

中国法制史

THE LEGAL HISTORY OF CHINA

主 编 / 王存河 副主编 / 田庆锋

高等院校法学本科应用型教材

中国法制史

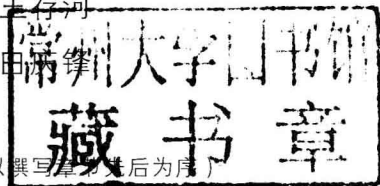
THE LEGAL HISTORY OF CHINA

主 编 / 王存河

副主编 / 田庆锋

撰稿人 (以撰写章序先后为序)

王存河 田庆锋 侯文昌 李积霞



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国法制史/王存河主编. —北京:北京大学出版社,2010.12
(高等院校法学本科应用型教材)

ISBN 978-7-301-18465-3

I. ①中… II. ①王… III. ①法制史-中国-高等学校-教材
IV. ①D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 010486 号

书 名: 中国法制史

著作责任者: 王存河 主编 田庆锋 副主编

责任编辑: 侯春杰

标准书号: ISBN 978-7-301-18465-3/D·2788

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 三河市富华印装厂

经 销 者: 新华书店

965 毫米×1300 毫米 16 开本 23.5 印张 422 千字

2010 年 12 月第 1 版 2010 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 39.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

编写说明

中华民族在长期的法制实践中,形成了许多优秀的法律传统,总结了大量可资借鉴的法制经验,也有让人心痛的教训,都需要我们认真进行分析和总结。中国法制史,就是在史学和法学基本知识有机结合的基础上,把握历史背景、立法思想、法制内容和司法实践,进行科学、理性的分析和理解,从中获得一些启示。

传统文化,曾因为某种历史际遇而遭到冷遇,在法学界更因为其不太实用,被不少人视为无意义之物。但时下,因为中国经济、政治、社会等方面的足以让世界瞩目的进步,国人对自己的传统文化似乎又重新获得了自信,所谓总结中国经验、中国模式、中国道路等现象可足以证明此说非虚。冷热交替,文化替他者承担责任的情形亦不在少数,让人唏嘘不已!其实,不管真实状况如何,心态上的自卑与自负之间在理路上并无太大的不同。历史对现在有影响,但不能让过去为现在担责。作为法学学科的基础理论课程,法制史应当是自信的,更应该是理性的。如此而已。

本教材由王存河担任主编、田庆锋担任副主编,具体编写分工如下:

王存河:绪论、第一、二、三、十二章。

田庆锋:第四、五、六、十章。

侯文昌:第七、八、十一章。

李积霞:第九、十三、十四章。

编者

目 录

绪论	1
第一章 中国法的起源与夏商法律制度 (约公元前 21 世纪—公元前 11 世纪)	11
第一节 中国法的起源	11
第二节 夏商的法律制度	17
第二章 西周法律制度 (公元前 11 世纪—公元前 771 年)	24
第一节 明德慎罚与西周立法	25
第二节 行政法律	31
第三节 刑事法律	32
第四节 民事法律	36
第五节 司法制度	41
第三章 春秋战国时期的法律制度 (公元前 770 年—公元前 221 年)	44
第一节 社会变革与法律思想的争鸣	44

第二节	春秋时期成文法的公布	50
第三节	战国时期的法律制度	52
第四章	秦代法律制度	
	(公元前 221 年—公元前 206 年)	56
第一节	立法思想与法律形式	57
第二节	行政法律	61
第三节	刑事法律	65
第四节	民事法律	73
第五节	司法制度	79
第五章	汉代法律制度	
	(公元前 206 年—公元 220 年)	85
第一节	立法思想与法律形式	86
第二节	行政法律	90
第三节	刑事法律	92
第四节	民事法律	101
第五节	司法制度	108
第六章	三国两晋南北朝的法律制度	
	(公元 220 年—581 年)	115
第一节	立法状况	116
第二节	法律的主要内容和特点	121
第三节	司法制度	130

第七章 隋唐的法律制度	
(公元 581 年—907 年)	133
第一节 隋朝的法制概况	134
第二节 唐朝的立法概况	136
第三节 行政法律	143
第四节 刑事法律	146
第五节 民事经济法律	154
第六节 司法制度	159
 第八章 宋、辽、西夏、金的法律制度	
(公元 960 年—1279 年)	164
第一节 宋朝立法概况	165
第二节 行政法律	168
第三节 刑事法律	170
第四节 民事经济法律	173
第五节 司法制度	180
第六节 辽、西夏和金法律概况	185
 第九章 元朝法律制度	
(公元 1206 年—1368 年)	192
第一节 法制概况	192
第二节 法律的主要内容及特点	196
第三节 司法制度	202
 第十章 明代法律制度	
(公元 1368 年—1644 年)	206
第一节 立法思想与法律形式	207
第二节 行政法律	211

第三节	刑事法律	215
第四节	民事法律	221
第五节	司法制度	224

第十一章	清代法律制度	
	(公元 1644 年—1840 年)	229

第一节	立法思想与法律形式	230
第二节	行政法律制度	235
第三节	刑事法律制度	238
第四节	民事经济法律制度	241
第五节	司法制度	248

第十二章	清末法律改革	
	(公元 1840 年—1911 年)	255

第一节	预备立宪与宪法性文件	256
第二节	制定现代行政法的尝试	267
第三节	刑律的修改与新刑法的制定	270
第四节	民商法的制定	274
第五节	程序法的制定	282

第十三章	中华民国时期的法律制度	
	(公元 1911 年—1949 年)	293

第一节	法制概况	294
第二节	宪法及宪法性文件	299
第三节	行政立法	308
第四节	刑事立法	312
第五节	民商、经济立法	316
第六节	司法制度	327

第十四章 革命根据地人民政权的法律制度	
(公元 1927 年—1949 年)	336
第一节 法制概况	337
第二节 宪法性文件	340
第三节 刑事立法	345
第四节 土地与劳动立法	350
第五节 民事立法	355
第六节 司法制度	359

绪论

一

中国法制史是以中国历史上的法律制度作为研究对象的一门学科。它主要研究中国法律的起源,各种类型的法律制度的性质、内容、特点、作用、发展演变的过程和规律性。中国法制史是法学的一门基础学科,又是史学的一门专史,是高等学校法学教育体系中的主干课程之一。

现实的中国是历史的中国的发展。中华民族在长期的法制实践中,形成了许多优秀的法律传统,总结了大量可资借鉴的法制经验,都需要我们认真进行分析和总结。学习中国法制史,就是在历史和法学基本知识有机结合的基础上,把握历史背景、立法思想、法制内容和司法实践,进行科学、理性的分析和理解,从中获得启示。

学习中国法制史,要善于抓住法律制度这一中心,置于当时的历史发展阶段进行系统思考。从总体来看,中国历史上的法律制度是沿着国家、政治发展的轨迹,受到社会经济、阶级关系等客观存在的制约而逐步成长的。具体而言,由于受中国国情、民族特性、地理环境和历史条件的影响,以及随着国家的统一或分裂,政权更替或存亡的长短,民族的融合或隔阂,政治的开明或专制,立法思想的先进或保守,律学兴衰及发展水平的高低等诸多因素的交互作用,中国法制史自成体系,独具特色,各朝代或每个历史时期的法制也各不相同,但也是有规律可循的。既有共同的规律以相联结,也有特殊的规律以相区别,学习时要注意揭示法制发展中的特殊规律性,有助于深入地认识不同时期法制的本质及其时代特征。

二

公元前 21 世纪夏朝建立,标志着中国国家的形成,也标志着中国法制雏形的出现,但是当时法制还相对简单。至西周时期,中国奴隶制的法制已发展到了高峰,确立了宗法原则,形成了完整的法制体系,总结出一套完整的定罪量刑制度,有:罪疑从赦、上下比罪、世轻世重、以赎代罚等,并且提出“以德配天”、“明德慎罚”的法制思想,这些对后世封建法制都产生了深远的影响。

就夏、商、周时期奴隶制法的总体特点而言,可以归纳为以下三点:宗法制度与政治制度相结合,王权与族权相一致,血缘成为确立社会成员法律地位的根本依据,国法带有明显的宗法性质。习惯法占有重要地位,法律仍保持秘密状态,统治者推行“刑不可知,则威不可测”的政策,垄断成文法,不向社会公布。礼刑并用,相为表里,刑的适用以礼的原则为指导,礼的作用依靠刑的强制来维系,二者相辅相成。

春秋战国时期,中国社会发生了巨大变化,各诸侯国纷纷实行改革,制定并公布了一批成文法。李悝的《法经》六篇,是中国历史上第一部比较系统的封建法典。商鞅相秦,以《法经》为蓝本,改法为律,对此后秦扫平六国起到了重要作用。秦始皇统一六国后,以法家思想为指导,建立起全国统一的法制,对社会生活的各个领域进行统一的法律调整。

汉初总结秦二世而亡的教训,在很大程度上舍弃了严刑峻法的法家思想,崇尚黄老之学,主张约法省刑,清静无为,休养生息。到汉武帝时,罢黜百家,独尊儒术,尊尚儒家纲常名教,严格维护君权和父权,确立德主刑辅原则,通过说经解律,引礼入法,推行春秋决狱,把封建法制与封建伦理密切结合起来,使封建法律道德化,封建道德法律化。

两晋南北朝时期继续推行汉代引礼入法的政策,当政者提倡注经解律,有力地推动了古代律学的发展。这一时期又是各民族法律文化的大融合时期。以汉律为代表的汉法律文化深刻影响了各少数民族政权,其他少数民族也对中华法系的形成作出了积极的贡献。晋将法律纳入礼的规范,使得晋律更加符合儒家伦理纲常。准五服以制罪,开后世服制定罪的先河。北齐律无论在体例上还是具体制度上,都可称为法律儒家化的楷模,对隋唐诸律都产生了深远的影响,开创了十二篇之体例,同时首创“重罪十条”。

隋朝统一天下,承用《北齐律》制定《开皇律》,为唐宋相承。至唐代,唐统治者将德礼与刑罚密切结合起来,交相使用,体现了“德礼为政教之本,刑罚为政教之用”的原则,并将律、令、格、式、典、敕、例等多种法律形式结合起来,形成了一套严密的法律体系。高宗时期制订的《永徽律》,体系完整,内容详备,文字简约,刑罚适中,是中华法系的代表之作。宋元明清时期,君主专制制度不断强化,法制也呈现出集权专制的趋势。但另一方面,商品经济发展,经济立法与民事立法均有所发展。

从20世纪初清末改法修律到20世纪30年代南京国民政府颁布《六法全书》,是中国法制近代化时期。因为大量移植、照搬和借鉴了大陆法系的传统,中国特有的法系完全解体,代之而起的则是西方近代新型法律体系和法律制度。

在新民主主义革命时期,中国共产党领导的革命根据地政权,在局部地

区建立了人民民主法制,它以马克思主义法学理论为指导,是中国法制史上崭新的法制类型。它经历了由不成熟到成熟的发展过程,为人民民主政权提供了宝贵的经验和教训,成为社会主义法制的前身和渊源。

三

纵观中国几千年历史,历代统治者都运用法律手段,保障国家机器的正常运转,调节国家的经济活动及各种社会关系,打击刑事犯罪。从立法的角度可以归纳出如下几个方面的特点:

(一) 引礼入法,礼法结合

中国古代法律以礼为指导原则和理论基础。礼不仅规定了社会成员之间的亲疏远近、贵贱等差、长幼之别,而且也为整个社会提供了社会规范与行为标准。礼的这种社会功能,经过汉儒改造,融进了诸子学说中的可取成分,成为指导立法的原则和理论依据。其要旨即是“三纲”以及由此而衍生的“亲亲”、“尊尊”的政治和伦理原则。在这种原则下,礼的许多内容被直接定为法律。

第一,特权法与等级法。中国古代法公开确认人与人之间不平等的法律地位。贵贱、良贱既异制,同罪又异罚,贵族官僚享有公开的法定特权。同时又为特权等级设定了特殊的程序,以确保其权利不受损害。

第二,家族本位。中国古代是沿着由家而国的途径进入阶级社会的,因此,以家族为本位,宗法伦理的精神和原则渗透和影响整个社会。在封建的法律体系中,国家制定法居于主导地位,而调整家族关系的家法族规也是重要的组成部分。家法族规以维护伦理关系特别是家长、族长的权力为主要任务,在这方面与国家制定法具有一致性。

同时,礼作为习惯法也是调整民事关系的重要依据。

(二) 法自君出,权高于法

中国古代法自君出,君主始终掌握着国家最高立法权。一切法典、法规皆以君主名义颁行,君主可以一言立法,一言废法,皇帝的诏敕往往直接成为法律。历史上从无治君之法,而法律一直是皇帝治理臣民的工具。皇帝又拥有最高司法权,一切重案、要案、疑案,以及死刑案件皆需皇帝裁决与批准。皇帝可以法外用刑,也可法外施恩,赦免任何罪犯。

(三) 注重吏治,职官管理法自成体系

官是管理国家的群体,是实现国家职能具有人格的工具,中国古代所说的人治,实质就是官治。为了发挥官治的作用,就需要治官,为了以法治官,制定了较为完备的职官管理法,历代考课官吏均有法定的标准,以督促其尽职尽责。此外,还形成了严密的监察系统和监察法,以保证官僚队伍的整肃,

维持必要的吏治。

（四）重刑轻民

中国古代在专制主义统治下,维护国家利益重于维护私人利益,加上家族本位的社会结构,决定了中国古代重公权力而轻私权利,重刑事而轻民事,历代主要的法典均为刑法典,由于重刑,使得刑法体系严密,刑罚手段残酷。重刑轻民使得人们私权的不发达,也决定了调整私权的法律规范的薄弱,无法形成一个相对独立的法律部门。

（五）法典编纂体例上采用“诸法合体,民刑不分”的形式

中国从法经开始到清末一直沿袭诸法合体、民刑不分的法典编纂体例,其原因是与自然经济长期占支配地位,习惯法对民事法律关系的实际调整,以及专制制度的严酷统治分不开的。尽管在这个漫长过程中,行政法与民法逐渐趋于法典化,在代表性的法典中,仍然是以刑法为主,涵盖了民事、行政、经济、司法等各个部门法。法律以刑法为主始终是中国古代法律的主题。古代没有部门法的划分,历代法典、律遂通称刑律,社会生活各个领域各类违法犯罪行为,统统规定于此,统称犯罪,处以刑罚。一部律中,实体法与程序法也不区分,民事诉讼程序与刑事诉讼程序混一。另一方面,专制君主无视下民的主体权利,平民百姓也不具有这种意识,并以“对簿公堂”为耻、为累,一般民事纠纷也无关政权安危大局,商品经济又长期不发达,如是等等,致使中国古代民事立法偏枯,与刑法畸重形成强烈反差。

（六）制定法与判例法相互为用

中国古代重视国家制定法,成文的法典是传统法律的主要形式。但在司法实践中也适用判例弥补律文的不足。早在先秦时期便适用判例,秦简中“廷行事”就是一种判例形式。此后,如汉代的决事比,宋朝的编例,明清的律例并用,都反映了判例法的重要地位。

四

中国传统司法制度建立在农业文明、家族制度、绝对君权的基础之上,并以儒家的伦理道德观念作为司法审判的主要指导思想,维护传统的礼治与等级社会。这种为满足特殊国情需要的司法制度,经过数个朝代的发展、积淀,逐渐形成有中华法系特色的司法制度,它与中国的君主政体、等级制度、农业文明相得益彰。总结君主制、等级制度下的中国司法制度,大致有如下特征:

（一）司法与行政不分,司法从属于行政

这是传统司法制度一项非常突出的特征。首先就中央一级来看,可以说自上古三代以来,均有专门的审判机关存在。如传说中的皋陶,夏朝的大理,商朝的司寇,秦汉的廷尉,隋唐、五代、宋元的大理寺、审刑院、宣政院等,还有

明清的刑部。这些都是中国历史上中央一级的专门审判机关,但这并不说明在中国古代社会中央一级实现了司法与行政的分离。因为:(1)除这些专门的审判机关外,许多权力机关也兼有审判职能。首先是皇帝,历史上许多勤政的皇帝都有被后世彪炳的夜以继日、公正审理狱讼的事迹,而且皇帝行使审判权可以无任何程序和法律上的约束,一切全由其自由意志加以裁断。另外,丞相也拥有很大的审判权力,监察官如御史台、督察院甚至明朝的特务机关东厂、西厂都有专门的审判权。(2)专职司法审判机关审理案件受到行政机关的极大干预。专职审判官吏也是整个传统行政官僚体制中的一员,其行为受到较高级别行政官吏的要挟与控制是正常、普遍的现象。另外,专制皇帝为了使所牧之吏享有的权力能够相互制衡不至于威胁皇权,绝对不会允许中央审判机关拥有独立的审判权,最能体现这一点的是中国古代的“会审”制度。会审作为一种制度始于唐朝的“三司推事”。三司,指大理寺、刑部、御史台三大中央机关。遇有重大案件,皇帝诏令三司派大理寺卿、刑部侍郎、御史中丞组成法庭共同审理,称为“大三司”。如有三司派刑部员外侍郎、御史、大理寺官组成法庭共同审理,称为“小三司”。至明清两朝,三司推事发展为正式的会审制度,明朝有时甚至厂卫和皇帝亲信的宦官也参加进来。清朝则发展为“九卿会审”,即重大案件由六部会同都察院、大理寺、通政使司共同审理。

其次,就地方一级来看,中国传统司法制度中,地方审判官吏由地方长官兼任。如秦代的郡守与县令,汉的州牧、郡守、县令,唐的刺史与县令,清朝的州、县长官,知府、总督、巡抚,这些地方行政官员同时也是地方的“法官”。他们中有些人因秉公断案,佳名世代流传。古代地方一级审判官吏与行政官吏合而为一的制度,深深影响到中国传统法律文化,民众对诉讼的称呼一般为“去县衙门告状”、“拦官告状”、“告御状”等,甚至今天我们还能听到这样的声音。

(二) 家族司法与国家司法并存,相依相维

家族是中国古代最基本的社会单位。因为齐家治国平天下的家国一体观念,以及现实中家族所承担的社会功能和国家机构设置上的不足,国家承认家族在社会治理中的地位,认可其半立法权和司法权。家族司法与国家地方诉讼和国家中央诉讼形成了贯通国家与社会的完整司法体系。^①家法族规和家族司法在精神上与国家法、国家司法基本上是一贯的,故也经常受到上自皇帝下至州县官府的批准或肯认。甚至有些纠纷必须先 within 家族内解决,不得先告到官府和公门,由家长、族长对民事纠纷与轻微刑事案件以调解、申

^① 参见李交发:《中国诉讼法史》第十一章,中国检察出版社2002年版,第298—327页。

斥、决杖、开除族籍等方式处断,对重大刑事案件则往往送官解决。林耀华先生在福建义序的调查简要说明了家族司法的运作及其与国家司法的衔接:“祠堂是宗族乡村最高的司法机关。族人发生冲突,可以投祠击鼓,藉以召集族房长公议公判。子弟犯法,大率以各支派争占产业,或分产不均而酿成争斗者居多数。每有纷争,最初由家长或户长调解,不服时诉诸房支长或支祠,再不服时,则诉诸祠堂。祠堂既为一族之最高法庭,当然应尽其仲裁的能事。如果小事,则经申斥劝慰而罢,稍大者调解之后,必立字据。不服祠堂公亲裁判者,只得诉诸官府,惟族人皆视诉讼与官府为不体面之事。犯法最忌奸淫,因宗族维持一系血统,恐乱伦常。且盗、赌博等亦在严禁之列。”^①

实践中,有些家族超出国家法所能认可的对族人的制裁权限,对违反家族族规、在国家法上亦应处死罪者如杀父、内乱等不经官府即在族中处死,如三国时期魏国田畴曾立族法:“为约束相杀伤、犯盗、争讼立法,法重者至死,其次抵罪,二十余条”^②;有的对并未违反死罪如行窃、不遵父母长辈的族人亦处死。^③可以说,家族在辅助国家治理社会方面功效显著,但也对国家法与国家司法造成了侵害。

在国家诉讼中,以往的研究,多认为形成了由地方(如秦汉之县、郡,唐宋之县、府、州,清之县府、府、省、督抚)和中央构成的系统。其实历朝历代的乡里组织也承担着一定的司法职能。因为家族总体上代表着家族的整体利益,和国家的利益还是有冲突的地方。乡里组织虽然有时候与宗法组织很难分开,职能上亦有重合,但从性质上仍为代表国家利益,其主要职能有教化、司法、赋税、治安等,并各有专职负责之人。如秦朝乡里组织中,嗇夫负责受理民间词讼,乡里不能裁决的案件及时报送县,县不能决,则报郡,直至廷尉、皇帝。又如明代乡里百姓的许多争执都由老人调解,老人居申明亭,听一里之诉讼。洪武二十七年四月,命有司择民间高年老人,公正可任事者,理其乡之词讼。若户婚田宅斗殴者,则会里胥决之。事涉重者,方能告于官府。如果不由里老先予处分而直接诉诸州县者,即构成越诉。^④清末改革以来,乡村基层社会组织中的职责主要强调的是公共福利方面,司法职能不再被规定。但作为一种传统和事实一直存在,如何改造以适应新形势有待探讨。

(三) 偏重家族、国家利益,忽视诉讼当事人的权利

中国古代的司法活动,没有专设的侦查机关,也没有专门的侦查程序,审

① 林耀华:《义序的宗族研究》,生活·读书·新知三联书店2000年版,第56—57页。

② 《三国志·魏书·田畴传》。

③ 参见李文治、江太新:《中国宗法宗族制和族田义庄》第六章,社会科学文献出版社2000年版,第277—318页。

④ 参见赵秀玲:《中国乡里制度》,社会科学文献出版社2002年版,第103—123页。

判官吏实际上兼侦查与审判职能于一身,而且国家承认审判官吏采用一些酷刑手段收集证据的合法性。因此诉讼双方在法庭上皆无权利保护可言。另外,中国传统社会,自汉以来,奉行以儒家经典治国的方略,“息讼”、“无讼”是治国者追求的理想中的大治社会的目标。因此,凡到衙门告状之人等,被官府视为不安分守己、破坏社会和睦秩序的小民,自然无尊重其权利、平等相待的观念。

首先,在中国传统的审判制度下,原、被告到衙门诉讼,除了有特定身份、地位的人以外,一般要“跪公堂”,通常是原告跪左边,被告跪右边。如文学名著《水浒》第二十四回描写县官审问杀人案的场景:知县听得有杀人的事,慌忙出来升厅。……知县看时,只见一个婆子跪在左边,一个汉子跪在右边。

其次,司法官为获取证据不择手段,国家权力的程序限制较少。中国古代的审判不讲究形式证据,被告人的口供是第一证据。被告“招供”,案件则结,反之,没有被告人口供,一般是不能定罪的。而事实上被告不论是否犯罪人都不可能轻易承认自己犯罪,法官只好依靠刑讯来逼供,甚至对证人也采取拷问逼供的手段。中国古代的法定刑讯工具一般以杖为主,另有捶杖、竹板等。北魏孝文帝时审判官滥用刑讯之法“欲免之则用细捶,欲陷之则先大杖,民多不胜而诬引,或绝命于杖下。”^①另有许多法外的刑讯工具更加残酷,如械、镣、夹棍、竹签、烙铁、磨骨钉等。这种无视个体权利,惨无人道的行为,民间戏剧中多有体现,如《窦娥冤》中窦娥的哭诉:“捱千般拷打,万种凌逼,一杖下,一道血,一层皮。”这种审讯制度的结果正如南朝的周弘正所言:“所以重械之下,危堕之上,无人不服,诬枉者多。”^②

对诉讼权利的轻视还表现在对“无讼”的追求上。无讼是儒家所追求的理想境界。为了减少诉讼,一方面提倡明德教化,另一方面推行调处息争。由于中国古代宗法血缘关系的深厚和地缘关系的悠久影响,使得民间发生的诉讼可以经过调处达到息争的目的。但有些调处特别是族内调处是带有强制性的。这种做法漠视了诉讼当事人的权利要求,也造成了中国人诉讼权利观念的淡薄。

(四) 审判人员的非职业性

审判人员作为审判制度的具体操作者,按现代法律观念,必须是经过专门培训的,起码也是通晓法律知识的专业人才。但中国传统的审判制度,由于司法与行政不分,行政人员的选拔机制相当程度上也是审判人员的产生机制。中国古代社会对审判人员一般没有法律专业知识上的特殊要求,这种知

① 《三国志·魏书·刑罚志》。

② 《陈书·沈诛传》。

识结构极大地影响了法律思维的形成。

隋唐以前,审判人员多通过推举、察举、任子、荫袭、货选等方式产生。如《秦简(为吏之道)》记载:

凡为吏之道,必精洁,正直,谨慎坚固,审悉毋私,微密纤察,安静毋苟,审当赏罚。……吏有五喜,一曰忠信救上,二曰清廉毋谤,三曰举事审当,四曰喜为善行,五曰恭敬多让。

忠君、奉公、宽厚、平和、认真、果断是审判官吏的基本素质。同时,这也是对一般官吏的普遍要求。汉代开始实行察举制度,即由皇帝下诏责成中央和地方长官选举贤能,向朝廷推荐官吏,条件一般是“贤良方正”、“孝廉”、“直言极谏”等。因此无论推举或是察举,国家对审判官吏的法律知识均无明确要求。汉代还通过任子、荫袭等方式任用官吏,如文景时期有名的酷吏周阳由,就以“宋家任为郎”^①;御史杜周,其子杜延年后也征为御史大夫。这种选任方式有很大弊端,不要说法律专业知识,就连一般官吏的条件也难以达到。

隋唐以后,以科举取士,审判官吏也大都靠诵读儒家经书获取功名,得以上任,科举所考包括儒家经义、诗词歌赋和一部分法律知识。因而古代审判官的文学修养远高于其法律修养,这从古代的许多判词中可窥见一斑。

审判人员非职业性的另外一个表现,就是中国古代刑名幕吏的存在,他们精通法律知识,却不是国家官吏,没有品秩俸禄,用所掌握的专业知识服务于审判官吏,靠接受主子的赏用而生活。幕吏制度在中国颇有渊源:西周时期,审判官司寇属下就有司刑、司刺、掌囚等属吏,秦朝县级审判官有属吏为狱掾,隋朝“高祖之世,以刀笔吏类多小人,年久长奸,势使然也,于是立法:州县佐吏,三年而代。”清朝是幕吏制度发展的鼎盛时期,号称“清朝与胥吏共天下”,出现了汪辉祖、陈天锡等名气很大的一批幕吏。幕吏存在的原因,清人邵晋涵一语道破:“州县之长,盛服坐堂皇,吏抱文书伍伯环立,侈口叱呵,问以律则懵然莫能知,恂然,以为不足。知其援律而定谳者,则为幕宾;钩核案牍以上下其手者,则为胥吏;居其间颐指而气使者则为奴仆。”^②清朝前期曾有硬性规定,要求官员对《大清律例》熟悉理解。雍正三年雍正帝要求在位官吏和候补吏员对《大清律例》“精思熟悉”,“讲明有素”,以做到“临民治事,不假于幕客胥吏,而判决有余”。乾隆七年也上谕百官,敬尊成宪,熟读律例。同治以后,官吏中则很少有熟读律例者,原因是识字读书应试不再考律,

① 《史记·酷吏列传》。

② 汪辉祖:《病榻梦痕录》。