

中国法制史纲要

郑秦/著

法律出版社



中国法制史纲要

郑秦／著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国法制史纲要 / 郑秦著. - 北京: 法律出版社, 2001.3
ISBN 7-5036-3346-8

I. 中… II. 郑… III. 法制史 - 中国 IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 06610 号

出版·发行 / 法律出版社

经销 / 新华书店

责任印制 / 陶 松

责任校对 / 何 萍

印刷 / 中国科学院印刷厂

开本 / A5

印张 / 8.75 字数 / 208 千

版本 / 2001 年 5 月第 1 版

2001 年 5 月第 1 次印刷

社址 / 北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

网址 / <http://www.lawpresschina.com>

电子信箱 / pholaw@public.bta.net.cn

电话 / 88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

88414933 88414934(读者服务部)

出版声明 / 版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-3346-8/D·3063

定价: 22.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

前 言

本书的原型是我国台湾文津出版社 1997 年出版的“中华文化史丛书”之一种,名为《中国法制史》。该套“丛书”由历史博物馆研究员刘如仲先生主编,200 多种,农田水利、古玩字画、典章制度,无所不包。繁体竖排,陆续在海外发表,并未在大陆发行,可惜大陆学界多闻其事不见其书。

现在出版社愿将我的这本书以横排简体形式在大陆发行,我与刘如仲先生商议,作为学术丛书的总主编,他认为是好事一桩。此后,又经法律出版社及诸位友人多方斡旋,本书得以印行。另还有研究生帮助校对整理。

原“丛书”是以文化史的角度来论述某一方面的学术之作,我也遵其宗旨。为不使其与一般教材混淆,改为现名,内容也稍作调整,其中不乏一己之见,有的地方甚至斗胆向前辈大师请教(如《元史刑法志》史源),当然这需要诸方家的评议。

郑 秦

2000 年 3 月 25 日

H1347/03

水流云在忆郑秦(代序)

田 涛

很久以前我就盼望着千禧年的来临,据说到了那时便可以实现现代化的理想,而真的到了这一年,我却变得十分失望,甚至有些烦闷。原来应当是明媚的春天,却接二连三地从西北吹来阵阵的沙尘暴,狂风将数千年积压在鄂尔多斯的黄沙夹裹着血腥气味吹遍中原大地,天地之间一片灰蒙,狂风过后,我的好友郑秦博士竟然突地乘鹤西去,因此,我愈发地憎恶这个春天。

我和郑秦相识是在 80 年代末期,当时他刚刚完成博士论文。那是一篇非常有深度的文章,正是他系统地研究了清代的地方审判,从而填补了一个法史学界令人瞩目的空白,因此在当时极受学界赞许。我读了这篇论文,见到其中有一段话谈到清代的“讼师秘本”《警天雷》、《透胆寒》之类,即所谓讼师挑唆斗讼的“秘籍”。其内容是教人如何填写状纸,如何无中生有,如何大事化小,又如何影射攻击之类。由于内容与官方提倡的“息讼”不合,自清代乾隆朝以来屡被查禁,此类书籍流传稀少难得一见。因此,郑秦当时没有能够访到,于是我便给他去了一封信,告诉他我有幸收藏到几部此类书籍,愿意提供给他参考。不久就收到了他的回信,在信中他首先向我表示感谢,并且说因为“相见恨晚”,错过了读到这些珍

贵书籍的机会,希望能够早日见面,甚至表示一旦见到这些书籍,则在将来有机会重印这篇论文时,一定要进行补充和修改。这封信实是令我感动,在当时的我看来,读书人拿到了博士学位,便如同古代的仕子中了状元点了翰林,也称得上是天上的一颗文曲星了。而令我最为感动的,却是郑秦博士的谦虚的态度,这在我见到的“仕子”们中实在少见。天下之读书人多矣,天下之书亦多矣,读书人未能得见之书想来更多矣,而今日之读书人中,如郑秦博士能虚怀若谷,读书若渴者,则又不多矣。由此,开始了他和我的交往,并在这之后的十多年中,我们成了志同道合的朋友。

我和郑秦博士第一次合作是在1992年,我们一起参加了由刘海年、杨一凡主编的《中国珍稀法律典籍集成》,并且完成了《大清律例》的整理点校工作,这是清代灭亡以后,大陆学者第一次系统地整理出版这部清代的成文法典。我们选用了乾隆五年(1740年)武英殿刻本为工作底本,同时参考了其他的一些内府抄本和进呈本,全书50万字,历时一年半始告完成。我们合作的成果,得到了诸如中国社会科学奖、“曾宪梓奖”等一系列的奖励,其后又先后被收入到《中外著名法典汇编》、《中华传世法典》中,相信至今已成为研究清代历史和法律的学者手中颇有价值的参考文献。在合作过程中,我们常为一些非常细致而具体的问题展开讨论,郑秦博士严谨的治学态度,常常给我很大的启迪和鼓舞,并且在合作的过程中,加深了我们的友谊,同时也增加了我对郑秦博士的了解。

郑秦是北京人,从小生活在城南崇文门外的东花市,在旧时的北京,那里是一个充满传奇而又美丽的地方,它的北边有一条护城河,河水很清,而且水中时有鱼虾之类,过了河便是高大的前三门城墙,城墙能够登上去,到了秋天,有时可以摘到酸枣。特别是那里居住的大多是平民百姓,很少见到新的旧的权贵们的踪迹,因此我小时候也常去那里玩耍。郑秦常常和我谈起50多年前他出生的那个小胡同,并且每次提及,他的眼睛里都会充满了对儿时旧地的怀恋

之情。他说起在他家的西边是著名的花神庙,夏天时自然不必说,必定是锦障花营,香气四溢,即使是在冬天,也常常在周围经营花卉的店铺里见到水仙、腊梅、兰草。我小他几岁,这番景象没能见到,只记得逢年过节,花市就有庙会,庙会上常见到很多红色的绒花,是用一根细铁丝作芯,外边缠满染成红色的麻绒,然后盘成各种不同的花样造型。记得那时的妇女们曾经很喜欢将这种绒花戴在头上佩在胸前,于是整个街头都充满了喜庆的气氛。崇文门外的花市一带有大大小小的古玩铺、玉器行,周围的居民中有不少是从事工艺品加工的,所以在我的心里,那里是一个充满了灵气的地方。在郑秦家的东边,有一座著名的袁督师庙,庙里供奉的是明末爱国将领袁崇焕。袁崇焕是抗清有功的名将,却又受人猜忌,受尽委屈后被凌迟处死,他的冤枉直到清军入关以后才真相大白。在袁督师庙里,还留有袁氏部下的后人,三百年来一直在庙里为其守候祭祀,由此那里便愈发充满了可歌可泣的忠义之气。郑秦就是在这样的灵气和忠义之气的地方成长起来的,他自幼聪慧好学,并在60年代初期考入了当时的北京政法学院,接受了系统的法学教育。

郑秦是“文革”前的最后一批毕业生,被“分配”到广东肇庆,即古称端州,举世闻名的端砚的产地。今日的广东当然是先富起来的地方,很难让人联想到那曾经是历史上将犯了罪的人发配的“烟瘴极边”之地。郑秦谈起这段经历,常用“其人自紫云之乡归来”一语带过,而从不言及其中的甘苦。所谓“紫云之乡”,想必是源于唐代诗人李贺的诗句:“端州石工巧如神,踏梯摩天割紫云”。

“十年动乱”结束之后,郑秦再次开始他对理想的追求,为了能够回归故里继续学习,他携带妻女从肇庆回到北京,先后在建筑工地当架子工、油漆工,我很难想得出似郑博士这种文弱书生肩扛杉木铁管,手提油桶刷漆的样子,但真的又为他的这种追求理想的勇气所折服。苍天不负苦心,70年代末,郑秦考入中国人民大学攻读历史硕士学位,此后又在法律出版社当过一段编辑,旋又考入大

学母校,中国政法大学(原北京政法学院),攻读法学博士。若按旧说,可算得上是“连中三元”,至此,中国的史学界和法学界,便多了一员曾经沧海屡受波折,食尽南北人间烟火的骁将。

此后的郑秦博士,竟如厚积而薄发,十余年中,著有《清代司法审判制度研究》、《中国法制史》、《中华法苑四千年》(合作)、《明清名案》(合作)。主编《清代服制命案》、《二十六史大辞典》等,并撰写论文40余篇。其主要研究方向,多在清代立法、司法制度等诸方面,特别是他善于将历史学的方法借鉴运用于法史学领域,并努力掌握清代档案等第一手资料,提出了清代的司法体制、审级和管辖、审判程序等源出一种多层次多级别的“审转复核制”,这一观点的科学性表现在对于清代从中央到地方不同审级的比较之后,再对这种体制进行了一种纵横分析后提出的,其成就在于突破了历代学术界对于清代审判所做的表面现象的研究,因而更加明确地揭示出了清代立法司法的客观实质。郑秦的主要学术论文被收入他的学术论文集《清代法律制度研究》,可惜,这部论文集出版之时,郑秦博士已经离开了我们,尽管政法大学出版社的朋友们想方设法加速这部作品的面世,却最终难抗天意,郑秦在生前没有能够看到这部凝聚了他半生心血的结晶。

近十几年来,中国法制史的研究开始和国外学术界进行全方位的沟通,郑秦应邀先后出访美、韩、荷、法及香港等著名的大学和研究机构。国内学者出国访问讲学,可能最大的收获在于了解外国学者不同的研究方法及观察事物的角度,从而可以对国内研究领域从方法到结论进行审视和反思,而并非只有带来一些并不合于中国历史和现实的所谓“西化”皮毛,甚至未经消化的“洋泾浜”式的语言。从国外访问归来,郑秦将社会学和经济学的方法介入到法制史的研究,对传统的“以论代史”方法提出了质疑,指出“我们不但要看法律是如何规定的,更要看是如何实行的,既要找到清廷官方的表述又要找到其与社会法律生活的实际差别,努力描述

出客观实际的情况。”

新的观点的提出,可能源自于新的视角,而新的结论的产生,却必须有新的材料和证据的支持。搜集并且研究新的材料为更新研究的前提,而观察历史上立法和司法的变迁时,研究那个社会的民间契约一类的法律文书显得尤为重要。自1994年至今,我和郑秦先生和美国的宋格文教授在美国路兹基金会、纽约大学等机构和美国学者曾小萍教授、欧中坦教授支持下,开始对我所收藏的中国明清以来的契约进行研究。现在这个工作已接近尾声,从明代永乐年间到“文化革命”(1969年)时止,近千件经过精心搜集整理的民间契约,将呈现给国内外的研究界,其中关系到民事活动的有买卖、典当、租赁、借贷、继承、婚姻、合伙、析产等诸多方面,从而使学术界得以对六百余年历史上各种民事行为及相应的规范进行全方位的了解。在这次合作中,郑秦教授做了非常艰苦的组织工作,并从法制史的角度进行了较为系统的研究,令人为之扼腕的是此书刚刚脱稿,并已交付中华书局发排,即听到郑秦先生不幸病逝的噩耗,因此,这将是一部充满遗憾的作品,这遗憾不仅在于我们虽然竭力去加以搜集整理,但难免有很多遗漏,更在于这是一部第一次大规模的从法史学角度研究整理民间契约的大型作品,可惜,为此付出大量心血的郑秦先生已经不能看到这部作品的出版,但是我们参加了这部大型文献作品的所有同仁,都在心中将这部书作为我们献给郑秦先生的最好的纪念。

“人生常恨水长东”,在学术上趋于成熟的郑秦不幸身患绝症。在他生病之后,我常常去医院看他,作为朋友,我不忍目睹他倍受病痛日渐消瘦的病容,于是便挑选一些令人愉快的故事,希图给他一些安慰。作为朋友,他却毫不掩饰,竟对我说,他所剩余时日不多,希望我能帮他了却未竟的几件事情,其中有与美国方面合作的档案研究;并一再告诫我,将来我们合作的书籍出版之时,无论发生何种情况,他的名字永远不要加上黑框。我知道他是一个强者,

因为在我们共同经历的很多事情中,他从来不曾低过头,他可以宽恕,可以忍耐,却并非屈从,因此在他病危之时,仍然能够直面人生。我和他在病房中,像以往一样的高谈阔论,最后的日子他已难以言语交谈,就把要表达的意思写在纸上,以便和我交流。他最后的病房就在崇文门,向南的窗口可以看得见过去曾经铺满鲜花的东花市。我不知道他是否特意挑选的这个房间,只是时常见他勉强支撑起身体,望着窗外,我知道他在回忆往事,回忆那个充满了灵性和忠义之气的无法忘怀的过去。

郑秦教授生前曾应我国台湾出版界之邀,著有一本《中国法制史》(台湾文津出版社,1997·台北),因为两地隔居,内地学者鲜能见到,郑秦先生病危时,曾亲手将此书加以修订。为了纪念他,法律出版社的同仁决定出版他的这部遗著,大家公推我写一篇序言,这令我感到十分不安,一则我从来没有为他人的文章写序的习惯,而且一旦动笔,又怕回到令人伤感的怀念之中,但是我心中也窃窃地感到一丝欣慰,因为我真的很怕又由“官长”为其写序,那序言中将会有郑秦同志如何努力工作,如何为教育和科研事业献身,如何值得纪念云云;我还害怕由“尊长”为其写序,那序言中将会有郑秦同志如何努力学习,如何潜心攻关,如何学有所成,如何值得学习云云。我不知道来世是否真的有天堂,我宁愿信其有,而郑秦~~魂~~在天堂之上,或者又在稟笔疾书,记录下他超越时空以后的见闻,以印证他的研究,我相信他最愿看到的,一定是我为他所写充满怀念和真情的文字。

在千禧的春天,不该来的沙尘暴来了,而不该走的郑秦博士却走了。

我心中在企盼,企盼在今后的春天里,繁花似锦,而不会再有沙尘暴;企盼着所有的后来者,会纪念郑秦先生,纪念他勇于探索、不断追求,而又能勇敢地直面人生的精神。

呜呼:斯人已逝,化作祥云;

流年似水,祥云常存。

2000.8

前 言

中国传统法律及其精神

一、渊源流长的中国法律

所谓中国的“传统法律”，这里指的是从约公元前二十世纪（夏、商时代）到公元二十世纪（清朝末年），四千多年间绵延不绝、变化发展的法律制度，有学者谓之为“中华法系”者。从二十世纪开始，作为一个完整的法律体系，传统法律凋零了，渐被新的法制所取代，与世界各国通行的法制相接轨，走上了中国法律近代化的进程。但是，作为存在了四千多年的传统法律及其精神，不会消失得一干二净，其影响，不论正面、负面，今天都还存在。因此，研究中国法制史，不无现实借鉴的意义。

法，汉字原作灋，其左是水，意思法要像水一样平，不倾斜；右是一只独角怪兽，传说中的神兽廌，能断是非善恶，用角去触那有罪的一方。而率神兽者，则是虞舜时代的皋陶，皋陶是中国最早的法官。其实，这不过是今天还在中国一些少数民族中流行的“神判”的传说而已。

按通行的说法，法应和国家同时萌芽，在中国夏代的时候，就传说有《禹刑》三千条。夏无文字可考，商殷则有甲骨、青铜，其中多有刑和法的记录。至西周周公制礼，书诰犹存，大小司寇，布法象魏。第一部成文法典，学者多认为是战国时代魏文侯相李悝所

制《法经》，以此为滥觞，一发而二千余年，因循沿革，先后有《秦律》、《汉九章律》、《晋泰始律》、《北齐律》、《隋律》、《唐律疏议》、《宋刑统》、《大元通制》、《大明律》、《大清律》等，以及辅律而行的其他法律形式：令、科、比、格、敕、式、例等等。每一朝代都构成一以律为核心的包括其他法律形式的完整的法律体系，在这个体系里，以刑法为主，又包括民法、行政法、军事法、诉讼法的内容。

从秦始皇开始的中央集权制政治结构的建立，使国家一切权力高度集中，中央集于皇帝，地方集于各级行政长官。所以，从来司法审判权，就是行政权力的一部分。没有分权的原则，也就没有“司法独立”可言。

二、以皇权为核心的专制主义与等级制度

论中国传统法律，必首谈专制和等级。如果说，现代社会标榜的是民主与法治，那么古代社会的特点，就是专制与法治。古代不是有没有法治的问题，而是有什么样的法治的问题。专制权力制定了法，而法反过来又维护了专制权力。

专制权力的最高代表是皇帝。皇帝拥有最高立法权，所有的法律都是经皇帝批准，以皇帝名义颁布的，并且他还可以随时以诏令谕旨更改法律；皇帝行使最高行政权，中央和地方的行政事务直接听命于皇帝，宰相一般说来不过是皇帝的秘书，所以皇帝不仅是国家元首，还直接担任政府首脑；皇帝掌握最高司法权，不仅亲自审理钦案大狱，全国重大的案件都要报皇帝复核批准。

地方各级行政长官，都是皇帝所任命而行使国家权力的代表。延至地方基层，每一个执法小吏，都可以“王法”而自居。法律的最终含义，就是上管下，官管民。下对上没有监督，民众没有权利。百姓只有守法的义务，下级只有服从上级的职责。

国家政治体制如此，社会结构亦然。西周以血缘关系为纽带的宗法制度逐渐消失后，代之而起的是整个社会的等级制度，体现到作为社会细胞的每一个家庭、家族内，家长和族长在其中行使着

一种缩小了的、但更精微不至的专制权力。

全部法律的出发点,就是要维持专制权力和等级制度,这样才能上下有序、保持稳定,社会生活才得以正常进行和向前发展。

为专制主义和等级制度提供理论依据的是法家和儒家的学说,这两种兴起于春秋战国时期的学派,尽管在当时有过激烈的斗争,但在主张专制与等级上,又有着惊人的相似,只不过其论证方式各有不同。法家代表人物商鞅“改法为律”,把侧重水平之“法”,改为统一行为规则的“律”。律,原指音乐之音阶,标准严格,演奏必须遵循,军队以号角吹出的音律来统一行动,即最早的军律。以律称法,即要求全体人民像军队一样服从命令。法、律二字连用,人民更是在无所不包的法律的治理下了,稍有违犯,即遭严格制裁,严刑峻法,轻罪重罚,只有战战兢兢的生活。商鞅和韩非(号称法家之集大成者)本人都死于他们自己倡导和制定的峻法。

孔子创立的儒家学派,从另外一种角度来维护专制和等级。儒家讲君臣父子,从伦理主义出发,欺君犯上是滔天大罪,“君亲无将,将而必诛”。汉儒的“天人感应”、程朱的“天理性命”,都把人世间的等级伦常关系,抬到天道自然规律的高度。中国传统法律的代表作《唐律疏议》将“王者”释为天地至尊、兆民父母,以法律形式确定了专制君主的地位,在温情脉脉之下要求人们敬畏和顺从。儒家并不反对法和刑,主张德主刑辅,出礼入刑,二者相辅相成。

因此,无论从哪个角度考察,中国的传统法律和法律观中,都没有孕育出“权利”的概念。“平等权利的主体”难于发生在法律生活中,即使是最讲等价交换的买卖、债务契约,也不免要受到当事人身份等级和重义轻利观念的影响。

三、伦理主义与以“仁”为核心的法律价值观

儒、法两家,从西汉以后渐渐合流,形成以儒为主、兼及法家的正统的法律思想,在其中起支配作用的是伦理主义和以“仁”为核心的法律价值观。

纵观世界各主要民族的发展过程,几乎都产生过影响深远的宗教,如伊斯兰教于阿拉伯民族,基督教于欧洲各民族,这些民族国家的法律无不带有浓厚的宗教色彩。惟有我中华民族的文化传统是非宗教的,没有本民族占支配地位的宗教,而以伦理观念作为国家和民族的意识形态。

伦理观念体现在信仰上就是对祖先的崇敬,人们祭祀的不是塑造出来的偶像,而是实实在在的列祖列宗。因此,不孝列为“十恶”,是性质最严重的犯罪之一,孝道被视为家庭和社会秩序稳定的基础。伦理观念维系着家族、民族的生存。

伦理观念是从人与人关系中引申出来的哲理,这里不掺杂神和上帝。所以,社会法律的价值观,其注意点就是人。常有论者以为西方法律的价值观才是人,中国传统的文化和法律是不讲人的,这至少是一种误解。作为中国传统文化的法律价值观,也讲人,但讲的是“仁”,大写的人。孔子认为,“仁者爱人”,也只有爱人才可以称为仁者。每一个人都应首先想到别人,而不是自己,把人际关系看得比个人重要。所重者是对方,不是自己;而在于对方如何看待自己,自己又应如何看待对方。西方的价值观注重人,但是注重的是个人,是自己,以自我为中心。所以,中西确是有差距,中国忽略的是个人的价值。

作为法律价值观的“仁”,表现在法律关系的各个方面。在下,百姓应守本分,应该敬畏有身份的长者、尊者,决不许犯上作乱。在上,权贵者应敬畏天命,体恤下情,爱民如子,不仁者不能当政,只讲刑杀的当权者是独夫民贼。

所以,历代的统治者都把“人治”看得比“法治”更重要,良吏良法、好法善法,也要人去执行,徒法不足以自行。司法更关注的是社会整体效应,而不仅是个案的审理。所以特别注重法官品格的培养,任法司者,不必拘泥于律令,律学不过是小道,刀笔吏的营生。法官,即学而优者,须选贤与能,讲修齐治平,方能达儒者之律

意。存仁者之心,行严肃之法,自会臻于治世。

四、法理与情理

传统法律因伦理主义和人治为基础,就必然带有感情的因素。既要合法,又要原情,这是传统法律所追求者。法理与情理,看似矛盾的概念,常常遇到,又常常能巧妙地协调。一般地说,情理是基础,是出发点,与国家、君主的根本利益是一致的,在此大前提下,情理优先于法理。汉儒以《春秋》决狱,开将感情因素引入法律之先河。其后,亲属相隐、八议入律、官当请减、罚金折赎、录囚恤刑、朝审秋审、存留养亲等许多制度入法律,构成中国传统法律所独具的特色。

以情理取胜,诸事都可调和,不必过分斤斤计较个人的得失。如果成为民事案件当事人是迫不得已,为民事纠纷千万慎重涉讼。中国传统的法律中没有自然人、法人的规定,代表财产权利的主体是户。民法、民事诉讼法的内容在历代法律中都很单薄,以致一旦发生纠纷,并没有特别严格的程序可遵循,绝少有为了自己的权利而主动与讼的。在万不得已的情况下诉诸公堂,也希望能调处息讼。不但百姓希望息讼,官府也愿意调处,各种各样的诉讼内、诉讼外调处都非常的普遍。明朝农民出身的开国皇帝朱元璋,还在乡里设置专门的调处组织,将调处作必经程序,收入法典。

调处息讼的主要原则是辨清义和利,那些精心计算个人蝇头小利者被认为是小人,那些豁达开通,去利存义者被认为是君子。君子和小人,人品有高下,鄙小人而敬君子,社会风气如此。谁也不愿意当小人(起码是表面上),都愿意被人看作君子(哪怕他确是小人),于是重义轻利就成为一条很重要的法律原则了。

中国传统法律及其精神,数千年渊源流长,不曾中断,积淀深厚,是我们民族一份不可多得的文化遗产。



郑秦

原“丛书”是以 20 世纪中国史话丛书一方面的
学术之作，现在即本也通其宗旨。为不使上一般教
材混淆，改为现在，内容也略有调整。其中不
全一己之见，有的地方甚至与^前所著大所诸教
~~学~~（如《史学方法论》的史学），故还等要
请方家加审议。

郑秦

2000年5月25日

目 录

前 言 中国传统法律及其精神	(1)
第一章 中国古代法的起源与夏朝的法制	(1)
第一节 传说时代(上古时期)的社会与社会规范	(1)
一、中华民族的起源	(1)
二、三皇五帝的时代	(2)
三、原始的社会规范	(3)
第二节 夏朝的法制	(4)
一、夏朝——中国国家的开始	(4)
二、夏朝的法制——中国古代法的起源	(5)
第二章 殷商时期的法制	(8)
第一节 殷商国家的建立和发展	(8)
一、殷商国家	(8)
二、殷商社会	(9)
第二节 殷商的法制	(10)
一、汤刑和官刑	(10)
二、殷商的酷刑	(10)
三、婚姻与继承	(11)
四、占卜断狱	(12)
第三章 西周的法制	(14)
第一节 西周国家的建立和社会	(14)