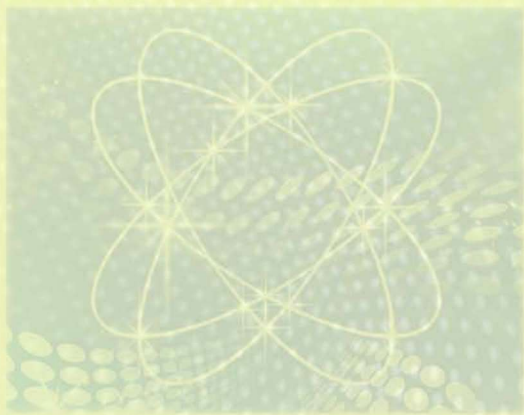


中国法制史

陈晓枫 柳正权 著



武汉大学出版社

中国专门史文库

中国法制史

陈晓枫 柳正权 著

武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国法制史(上、下册)/陈晓枫,柳正权著. —武汉:武汉大学出版社,2012.12

中国专门史文库

ISBN 978-7-307-10332-0

I. 中… II. ①陈… ②柳… III. 法制史—中国 IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 289036 号

责任编辑:胡程立 朱凌云 责任校对:刘欣 版式设计:马佳

出版发行:武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件:chs22@whu.edu.cn 网址:www.wdp.whu.edu.cn)

印刷:武汉中远印务有限公司

开本:720×1000 1/16 印张:54 字数:774千字 插页:5

版次:2012年12月第1版 2012年12月第1次印刷

ISBN 978-7-307-10332-0/D·1203 定价:118.00元(上、下册)

版权所有,不得翻印;凡购我社的图书,如有质量问题,请与当地图书销售部门联系调换。

总 序

冯天瑜

人类历史是一个有机整体的发展历程，社会、经济、政治、文化等要素彼此交融、相互渗透在这个整体之中，起伏跌宕、波澜壮阔地向前推进。因此，历史研究不能满足于现象的“个体描述”，而应当关注“总体历史”，关注社会综合结构（社会形态）的演化，从而发现历史大势及其规律，诚如太史公所称，他治史绝非满足于枝节性的记载，其宏远目标是“究天人之际，通古今之变”。

然而，“总体”由“专门”综合而成，“一般”植根于“个别”之中，对于“总体历史”的认识、对于社会结构的真切把握，必须建立在历史现象分门别类的深入辨析的基础之上。太史公通过“本纪”探究自五帝、夏、商、周、秦，直至汉武帝的纵向专史进程；通过“世家”开辟横向的列国专史；又以八“书”，并述礼、乐、律、历、天官、封禅、河渠、平准，开文化、科技、财经等专门史之先河；“大宛列传”、“货殖列传”实为民族史、中外交通史、商业史之雏形……正是有了诸多专门史具体而微的考实，太史公方能造就整体史学大业，“成一家之言”。《汉书》以下的正史又

将《史记》的“书”扩设为“志”(律历志、礼乐志、刑法志、食货志、天文志、地理志、艺文志,等等),形成较为翔实、细密的专史篇章。

中国史学有着深厚的专门史传统,不仅表现在《史记》、《汉书》等正史为其保留较充分的展开空间,而且自成格局的专志也纷至沓来,如后魏酈道元《水经注》是专论山川地理的志书发轫,两宋以下,各种专史(如金石志、画谱、学案、盐政、畴人传,等等)相继从通史中独立出来,斐然成章,构筑一个大的学术门类。中国的专史之早成、之丰硕,置之古代世界史坛,亦足称先进。

时至近现代,随着学术分科向广度与深度拓展,专门史更成为历史研究蓬勃兴盛的领域。20世纪前半叶,商务印书馆出版王云五主编的《中国文化史丛书》,在“大文化”名目下,囊括了各类专门史论著,从《文学史》、《美术史》到《财政史》、《赋税史》、《中外交通史》,以至《赌博史》、《娼妓史》,尽纳其中,反映了古今中西文化激荡之际的民国学界专史研究的实绩。20世纪80年代,上海人民出版社推出新的《中国文化史丛书》,收入“文化热”时期的数十种论著(包括《小学史》、《甲骨史》、《杂技史》、《园林史》、《染织史》等以往少见的分科史著),是我国专门史成果的又一次结集。

近年来,专门史研究有新的发展,在高等教育的一级学科历史学之下,设置专门史二级学科,多所大学及科研院所设立经济史、文化史、社会史等专门史研究机构,探究领域有所拓展,新史料的开掘、新方法的运用皆有创获,人才成长、论著涌现,蔚然大观。武汉大学出版社推出的《中国专门史文库》便在此种新气象之下应运而生。

本文库以几种早年蜚声学坛的专史作为引领篇什,更多地选入近十年来的专史佳品,其中又分两类,一为曾经出版,现经作者认真修订补充,二为新作。本文库拟分辑,分批推出,期以共襄专门史研习之大业。

2011年10月19日 书于武昌珞珈山

前言

用什么体例来叙述中国法制的历史，自这个学科创建以来，已历经了百年的探索。自先贤陈顾远、杨鸿烈、戴炎辉诸位先生之后，中国法制史的著作通常是以教材体例来撰述，所有关于阶级意志的分析，关于行动中法的特点，甚至于作为一个独立法系特征的研究，都并入到这种教材体例的解说当中。这对于当代史学主张解构宏大叙事、探求历史碎片中真实的因果联系而言，作通代历史和沿革规律的研究，无疑承担着失之毫厘、谬以千里的风险。然而，历史的空间总是在时间顺序中展开的，当中国法制史研究的创新程度，尚不足以重新解释整个史实的时候，沿循着教材体例析论中国法制的历史，还是现时代唯有的选择。

本书也是按教材体例来撰写的。曾所面临的问题，是有一部分探索和思考，很难融洽于过往断代叙述法制的体例。譬如关于法制的功能集合问题，关于实益独立、权利残缺的问题，以及社会各阶层与宪法关系中的主体对位等，都难以将之拆解后归纳到不同的时代线索中去。对此我们按课堂讲叙的习惯，把本书的主干部分分成总论和分论，其中分论主要是按部门法的理论架构，来纵向阐述中

国历史上的法制。

即便是这样的编排，中国法制历史上的总体特征问题，仍然难以在这一体例中获有一个恰当的结构篇幅。中国法传统的特征问题，应该不是法制史学著作的一个序论，同时也不等同于中华法系的研究，它应该具有一个独立的表达。为此我们在总论与分论之外，又增添了一个“专论”，其内容则是对中国传统法律总体特征的评说。

中国法制史学科的构建，目前仍处于“开拓阶段”，还缺乏一个可以贯通全部法律历史的理论体系，以评述中国法制的历史并且又为部门法学的学者认同。为促进这样一项工作，本书作了一些改进的尝试，希望得到学界同仁的指教惠正。

作 者

2012 年 11 月 6 日

目 录

第一编 中国法制史专论

专论一: 拟制宗法扩族为国	筑基中国法传统	3
专论二: 德刑双构礼法互用	经礼律例并存的法渊源	35
专论三: 以官职事以事类官	法配从于官本的模式	88
专论四: 一统摄多两仪互移	易象特征的法思维	110

第二编 中国法制史总论

第一章 中国古代立法思想	133
第一节 法史学中立法思想叙述的体例	134
一、立法和立法思想界说	134
二、立法思想叙述体例省思	135
三、立法思想叙述新体例	139
第二节 立法思想流变(一): 法的权威	140
一、夏商西周春秋的法权威思想	141
二、战国以降的法权威思想	144

三、清末民国的法权威思想	147
第三节 立法思想流变(二):法的本体	150
一、夏商西周春秋的法本体思想	150
二、战国以降的法本体思想	151
三、清末民国的法本体思想	156
第四节 立法思想流变(三):法的实施	157
一、夏商西周春秋的法实施思想	157
二、战国以降的法实施思想	160
三、清末民国的法实施思想	167
 第二章 立法活动与各代法制简况	170
第一节 中国立法机关的历史变迁	170
一、无常设立法机关时期	171
二、常设机关与群臣参与立法	173
三、立法权专属特定机关	179
第二节 立法活动与法制简况	181
一、夏商周春秋时期:奴隶制法制	182
二、战国秦汉时期:初创的封建法制	185
三、三国两晋南北朝时期:发展的封建法制	196
四、隋唐时期:全盛的封建法制	198
五、宋元明清时期:衰亡的封建法制	202
六、清末民国:法制转型与更新	208
 第三章 统一法典的形成与发展	217
第一节 综合性法典的雏形《法经》	217
一、《法经》的内容与特色概览	217
二、《法经》编纂结构对后世的影响	219
第二节 统一法典的形成与简约化	219
一、单本律章的融合趋势:陈宠钩校律令	220
二、统一法典的形成	221
三、统一法典的简约化	223

第三节 统一法典编纂结构的变迁·····	226
一、《永徽律疏》:法典十二篇体例的成熟与定型·····	226
二、《宋刑统》:过渡期的些许结构创新·····	229
三、行政法典编纂体例对刑法典结构的影响·····	229
四、《大明律》:统一法典结构上的根本性变革·····	232
第四章 立法的解释·····	235
第一节 立法的解释主体·····	236
一、政府官员的解释·····	236
二、私人著述的解释·····	238
三、立法机构的解释·····	239
第二节 立法的解释方法·····	240
一、设案问答·····	240
二、文义解释·····	242
三、目的解释·····	243
四、经义解释·····	244
第三节 立法的解释内容·····	245
一、对刑法原理的解释·····	245
二、对罪名的解释·····	246
三、对刑名的解释·····	246
第五章 基本律典以外的法源形式·····	248
第一节 以君主命令颁布的单行法规·····	248
一、奴隶制三代的誓、诰、命、令·····	248
二、秦汉以降的命、制、令、诏和敕·····	250
三、明清时期的大诰、榜文·····	252
第二节 令典及单行法规·····	254
一、令及其编纂的法典化倾向·····	254
二、“课”、“科”、“格”的演变·····	256
第三节 行政机关遵循的程式性规定·····	257
一、“程”、“式”·····	257

二、行政法规汇编中的程式性规定	258
第四节 司法判例	259
一、周代的审判故事: 掌士之“八成”	259
二、秦汉时期的“廷行事”和“决事比”	260
三、魏晋南北朝时期的“故事”和“科”	261
四、唐代“格”的判例属性和《法例》	261
五、宋元时期的“断例”	262
六、明清时期的判例	263
第五节 经义、天理和人情	266
一、经义	267
二、天理	268
三、人情	269
第六章 明清则例	271
第一节 则例概说	271
一、则例的概念与特征	271
二、则例的分类	274
三、则例与法典的关系	276
第二节 则例由入典到消亡的过程	279
一、明清则例入典的过程	279
二、清末民国则例的消亡	283
第三编 中国法制史分论	
第七章 中国国家基本法史	289
第一节 概述	289
一、国家基本法概念与性质	289
二、中国国家基本法特征	292
第二节 中国古代国家基本法制度	297
一、元首制度	297
二、中央国家机关	302
三、地方国家机关	318

四、人民地位	322
第三节 近代以来国家基本法制度	326
一、元首制度	327
二、中央国家机关	331
三、地方国家机关	343
四、人民地位	346
第四节 民国时期宪法的法文化透视	349
一、《中华民国临时约法》	349
二、《中华民国约法》	353
三、1923 年《中华民国宪法》	358
四、1947 年《中华民国宪法》	362
第五节 革命根据地政权国家基本法制度	366
一、政权组织	366
二、人民权利	369
第六节 近现代中国宪政建设的趋向	371
一、自上而下的体制革新	371
二、社会改革思潮与立宪主义	382
三、县自治而致于全国宪政	396

目 录

第八章 中国行政法史	423
第一节 中国古代有无行政法之争论	423
一、中国古代有无行政法之争论	424
二、中国古代有无行政法之争论的表现形式	429
三、中国古代有无行政法之争论的根源	434
第二节 中国古代行政法主要渊源	435
一、中国古代行政法渊源的主要标准	436
二、中国古代行政法主要渊源	438
第三节 中国古代行政法基本原则	447
一、中国古代法律制度的核心原则	447
二、中国古代行政法的其他原则	449
三、中国古代行政法基本原则的展开	451
第四节 中国古代行政组织	457
一、中国古代行政组织	457
二、中国古代行政组织的基本特征	465
第五节 中国古代职官制度	467

一、中国古代职官管理	468
二、中国古代职官制度的基本特征	480
第六节 中国古代行政活动	480
一、中国古代行政活动研究的基本分类	481
二、中国古代行政活动的内容	482
三、中国古代行政活动的基本特征	487
四、经济行政行为	489
第七节 中国古代行政程序	508
一、中国古代行政程序的价值	509
二、古代行政程序的特征	514
第八节 行政法学在近现代中国的引入和发展	517
一、行政法学在近现代中国的引入和发展	518
二、近现代中国的行政法学	519
第九节 近现代中国行政法	520
一、行政法原则	520
二、行政立法	521
三、行政组织	523
四、行政行为	530
五、行政救济	531
第十节 革命根据地时期行政法制	534
一、革命根据地时期的行政法制理论	534
二、革命根据地时期的行政法制	536
第九章 中国刑法史	541
第一节 概述	541
第二节 古代刑法基本原则	545
一、罪刑擅断原则	546
二、同罪异罚原则	552
三、同态报应原则	558
第三节 刑法的原罪功能	560
第四节 犯罪和犯罪主体	568

一、犯罪	568
二、犯罪主体	569
第五节 罪过形式和犯罪特征	575
一、罪过形式	575
二、定罪原理、定罪原则与归罪方式	579
三、保辜制度	592
第六节 犯罪形态	595
一、既遂和未遂	595
二、共同犯罪	598
三、累犯制度	604
四、数罪制度	606
第七节 排除犯罪性的行为	607
一、报仇	607
二、防卫	608
三、其他排除犯罪性事由	612
第八节 重罪	613
一、十恶	613
二、六赃	614
三、七杀	617
四、奸党	618
第九节 刑罚体系的演变和社会防卫性措施	620
一、刑罚体系的演变	620
二、连坐、族刑	625
三、社会防卫性措施	634
四、代刑	636
第十节 罪状暨罪名及其归类	637
一、罪状的特点	637
二、罪名的概括	641
第十一节 自首	650
一、起源	650
二、立法原理	651

三、构成条件	651
四、自首种类	652
五、法律后果	652
第十二节 公罪与私罪	653
一、起源	653
二、犯罪构成	654
三、法律责任	654
第十章 中国民事法史	656
第一节 传统民法制度概论	656
一、基本内容	660
二、部门法地位和法律渊源	661
三、主要特征	665
四、基本原则	672
第二节 民事法律关系	676
一、民事主体及行为能力	676
二、物	682
三、民事法律行为	686
四、期限与时效制度	688
第三节 古代中国的财产制度	688
一、物权制度	689
二、所有权及所有权的取得	689
三、土地所有权	691
四、用益物权	696
五、担保物权	697
六、债权制度	701
七、契约	702
八、侵权行为的损害赔偿	710
第四节 古代中国的婚姻家庭制度	710
一、婚姻制度	710
二、亲属制度	717
第五节 古代中国的继承制度	720

一、基本原则	720
二、宗祧继承	721
三、财产继承(家产分析)	723
四、封爵和食封继承	726
第六节 传统民法的近代化	726
一、清末修律中的《大清民律草案》	727
二、北京政府时期的《民律草案》	730
三、南京国民政府时期的《民法典》	731
四、革命根据地政权的民法内容	734
 第十一章 中国司法诉讼制度史	737
第一节 司法诉讼制度概述	737
一、司法诉讼概念界定	737
二、中国古代司法诉讼的特征	739
第二节 中国古代司法组织	749
一、司法机构	749
二、司法中的监察	766
三、狱政管理	769
第三节 中国古代诉讼制度	773
一、中国古代的起诉方式	773
二、中国古代的诉权限制	779
三、中国古代的诉讼程序	786
四、中国古代的裁判准据	806
第四节 清末民国的司法诉讼	814
一、清末司法诉讼制度	814
二、民国司法诉讼制度	816
三、革命根据地的司法诉讼	825
 主要参考文献	831
 后 记	847