

● 法律专业硕士研究生教材

郭建
姚荣涛 著
王志强

中国法制史

Shanghai Renmin Chubanshe

(第二版)

Zhongguo
Fazhi Shi

FALU
ZHUANYE
SHUOSHI
YANJIUSHENG
JIAOCAI

GuoJian
YaoRongtao
WangZhiqiang Zhu

上海人民出版社

● 法律专业硕士研究生教材

郭建
姚荣涛 著
王志强

中国法制史

Shanghai Renmin Chubanshe

(第二版)

Zhongguo

Fazhi Shi

FALU
ZHUANYE
SHUOSHI
YANJIUSHENG
JIAOCAI

GuoJian

YaoRongtao

WangZhiqiang Zhu

上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法制史/郭建,姚荣涛,王志强著.—2版.

—上海:上海人民出版社,2006

法律专业硕士研究生教材

ISBN 7-208-06374-5

I. 中... II. ①郭...②姚...③王... III. 法制史—
中国—研究生—教材 IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 071244 号

责任编辑 陈敬山

封面设计 杨德鸿

· 法律专业硕士研究生教材 ·

中国法制史

(第二版)

郭 建 姚荣涛 王志强 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

上海商务联西印刷有限公司印刷

开本 635×965 1/16 印张 28.75 插页 2 字数 427,000

2006 年 8 月第 1 版 2006 年 8 月第 1 次印刷

印数 1-4,250

ISBN 7-208-06374-5/D·1101

定价 40.00 元

复旦大学法律硕士专业教材编委会

总主编：李昌道

编 委：(以姓氏拼音为序)

陈浩然 董茂云 郭 建 胡鸿高 季立刚

李昌道 王全弟 杨心宇 张光杰 张乃根

出版前言

把历史悠久的中华文明古国建设成社会主义的法治强国,是全国各族人民的一个共同心愿。为了实现这一历史性的宏伟目标,造就大批德才兼备、具有广阔的知识背景和扎实的法学功底的专门人才,国务院学位委员会和司法部在广泛征求各方意见和借鉴国外法学教育先进经验的基础上,于世纪之交推出了培养“高起点、宽口径、实用型”法律硕士专业学位(暂定名为 Juris Master,简称 JM)的新举措。

目前,复旦大学等高等院校正在积极进行 JM 教学的试点工作,已经具有法学学士学位或其他本科学科学位的学生,在为期三年的 JM 课程的学习中,将能接受系统、深入的法学理论教育,全面提高法律素质,能够为国家的法制建设贡献更大的力量。

有鉴于此,具有七十多年法学教育历史的复旦大学法学院,力图将长年积累下来的丰富多彩的法学教育经验和研究成果集中体现在 JM 的教学工作之中,并为此专门组织研究生导师编写了一套适用于 JM 教学的、内容涵盖法学教育主要专业课程的研究生教材。

编写这套教材的目的有三:一是集中反映复旦大学法学院的整体研究水平和教学经验,重视学术规范,突出 JM 教学中的法律素质教育的主题。二是强调教材的理论深度和广度,希望学生能够通过这套教材的学习获得更加全面而坚实的法律知识和实践能力,把握法学研究的前沿课题和研究方法。三是弥补 JM 教学中缺乏系统的、高质量的专用教材的缺陷,为进一步提高 JM 教学水平进行新的尝试和探索。

法学是一门古老的学科。在蓬勃发展的中国,法学又是一门充满活力的蒸蒸日上的学科。这套教材不仅强调反映法学研究的历史成果和学术遗产,更注重体现国内外法学研究的最新动态和发展趋势,不仅希望为学生提供体现当前研究水平的一般结论,更要求为学生提出一系列代表法学发展方向的研究课题。因此,这套教材并非仅适用于 JM 的课堂教学,同时还是具有一定阅读理解能力的读者的法学理论读本。

在建设社会主义法治国家的伟大历程中,我们任重而道远。我们衷心希望编写的这套教材能为法学教学的发展贡献一份微薄的力量。同时,我们也衷心希望能有更多的有识之士加入我们的行列,与我们一起共同奋斗。

复旦大学法律硕士专业教材编委会

目 录

绪论	1
第一章 中国法律的起源及其早期发展	10
第一节 中国法律的起源	10
一、国家与法律的产生	11
二、中国国家和法律起源的特点	12
第二节 殷商和西周的法律	16
一、商周古文字中有关概念的分析	16
二、殷商与西周的立法	18
三、礼	20
四、法律运作	23
第三节 成文法的公布	24
一、成文法公布	24
二、公布成文法的历史必然	25
本章小结	28
第二章 中国传统法制的指导思想	29
第一节 春秋、战国时期的法律思想	29
一、儒家的法律思想	30
二、法家的法律思想	32
三、墨家和道家的法律思想	33
第二节 秦朝法制思想	35
一、秦朝法制思想	35
二、秦朝法制思想的历史反思	40
第三节 汉初的法制思想	41

一、汉初的黄老法制思想	42
二、汉初黄老思想的影响	45
第四节 正统法律指导思想的形成、法典化和后期发展	46
一、正统法律指导思想的渊源	47
二、贾谊和董仲舒在正统法律指导思想形成过程中的作用	48
三、正统法律指导思想的主要内容	52
四、正统法律指导思想的法典化	55
五、正统法律指导思想的后期发展	57
第五节 宋代以后司法官员的法制思想	58
一、司法裁判的价值取向——情理	59
二、情理价值取向的成因	61
本章小结	64
 第三章 中国传统法律的形式	66
第一节 律典	66
一、改法为律	67
二、秦至南北朝时期律典的发展和演变	67
三、隋唐时期的律典	71
四、宋代的律典《宋刑统》和少数民族政权的律典	74
五、明清的律典	77
第二节 以君主命令形式发布的特别法	80
一、先秦的誓、诰	81
二、秦汉的令、诏	81
三、唐宋的格、敕	82
四、明朝的大诰、榜文	86
五、明清的条例	88
第三节 令典	89
一、隋唐以前令典的编纂	89
二、隋唐的令典	91
三、宋代的令典	92

四、《大明令》	93
第四节 办事细则和公程式	94
第五节 法律解释	96
一、秦汉的法律解释	96
二、魏晋南北朝时期的法律解释	98
三、唐代法律解释的经典成就——《律疏》	99
四、清代的法律解释	101
第六节 成案及司法惯例	102
一、秦的“廷行事”	102
二、汉代的“决事比”	103
三、唐宋及元代的“例”	104
四、明清的“成案”	105
第七节 典章、法规的汇编	108
一、典章的汇编	108
二、法规汇编	112
第八节 民族性法规和地方立法	114
一、民族性法规	114
二、地方立法	117
本章小结	124
 第四章 身份法	125
第一节 特权阶层	125
一、血缘贵族	126
二、异姓贵族	127
三、官僚阶层	129
四、士大夫阶层	130
第二节 平民阶层	132
一、“农”	132
二、“工”	133
三、“商”	134

第三节 贱民阶层·····	134
一、奴婢·····	135
二、半自由身份的贱民·····	138
三、贱籍职业平民·····	141
四、严禁抑良为贱·····	143
第四节 人的成年·····	146
第五节 民族等级·····	147
本章小结·····	148
 第五章 亲族法·····	 150
第一节 亲族范围·····	150
一、西周的宗法制·····	150
二、亲属的范围及等级·····	153
三、亲属关系的法律效果·····	157
四、后世的宗族组织·····	157
第二节 婚姻制度·····	159
一、婚姻的目的与一夫一妻多妾制·····	159
二、婚姻的成立条件·····	161
三、婚姻的限制·····	167
四、婚姻的终止·····	173
五、对于守节的提倡·····	176
六、特殊的婚姻形式——赘婿·····	177
第三节 家庭关系·····	178
一、家长·····	179
二、三父八母·····	179
三、家庭关系·····	180
四、立嗣·····	182
第四节 继承法·····	185
一、嫡长子继承——身份继承的原则·····	185
二、继承的开始时间·····	187

三、财产继承人的范围及其顺序	188
四、财产继承的份额	193
五、遗嘱继承	196
本章小结	199

第六章 刑事法

第一节 刑法的基本原则

一、贵族官僚在刑法上的特权

二、良贱相犯

三、亲属相犯

第二节 适用刑法的通例

一、关于刑法的效力范围

二、关于犯罪的成立

三、得以减免刑罚的紧急行为

四、自首得以减免刑罚

五、关于犯罪的形态

六、“律母”——读律的关键字眼

第三节 刑罚制度

一、早期的刑罚

二、刑罚制度的改革和刑罚体系化

三、五刑体制的确立

四、对五刑体系的补充

第四节 刑法中的主要罪名

一、违反纲常的重罪——“十恶”

二、政治性犯罪

三、侵害人命的犯罪——“七杀”及其他

四、计赃定罪的罪名——“六赃”及其他

五、公罪与私罪

六、奸非罪

本章小结

第七章 财产法	301
第一节 所有权	302
一、早期的所有权形态	302
二、历代法律对于私有土地的规范	304
三、无主土地、遗失物、埋藏物的处理	310
四、有关墓田坟地的特殊权利	313
第二节 契约	315
一、契约的形式及其成立要件	316
二、买卖契约	321
三、借贷契约	328
四、寄存契约	335
五、租佃契约	336
第三节 其他财产权	337
一、质押	338
二、指抵	341
三、“抵当”	344
四、不动产的典权	347
五、唐宋之际的倚当	352
六、“一田二主”式的“永佃权”	355
第四节 损害赔偿	359
一、侵损财产行为的损害赔偿	359
二、侵损人身行为的损害赔偿	361
本章小结	363
 第八章 司法制度	366
第一节 司法审判机构	366
一、中央司法机构	366
二、地方司法机构	372
三、法官的选拔与任命	377
第二节 诉讼制度	380

一、诉讼的限制	380
二、管辖	385
三、诉讼时效	388
四、代诉	390
五、起诉与传唤	392
六、证据	400
第三节 审判制度	406
一、和息	406
二、“辨告”和“三审”	407
三、“五听”纠问与刑讯制度	409
四、逐级复审制度	413
五、裁判的形式	415
六、裁判的依据(法源)	417
七、会审制度	419
八、法官个人责任制	421
九、申诉与直诉	424
第四节 其他制度	426
一、行刑制度	426
二、大赦制度	431
三、留养制度	433
本章小结	434
主要参考书目	436
后记	443

绪 论

一

中国法制史是法学的一门基础学科,它所研究的对象是中国法制发生、发展、演变的历史过程,并探究其发生、发展及演变的规律性,以及与世界其他法制相比较的特色。换言之,中国法制史所研究的是中国在法制方面的国情,这对于建设具有中国特色的社会主义法治国家具有重要的现实意义。

中国法制史也是法学本科及研究生教育的一门基础课程。中国法学教育的目的是培养在中国进行法制建设所需要的法学人才,那么让学生了解中国在法制方面的国情显然是题中应有之意。中国历史上在法制方面成功或失败的经验教训,对于现在的法制建设会有一定的借鉴意义。而了解中国悠久的法制方面的传统,了解在法制方面的民间习惯,对于建设具有中国特色的社会主义法制更是有着重要意义。另外在学习现代部门法的同时,掌握一定的有关的历史知识,可以提供一个作为比较思考的参考体系,可以帮助学生更好地理解现代法律概念及其体系,帮助学生更深入地学习法律的真谛。

二

中国古代法制长期独立发展,源远流长,体系完整,特征鲜明,总称为“中华法系”,是世界历史上最为著名的五大法系之一,而且在这五大法系中延续时间最长,特征最为鲜明。

中国法制发展可以追溯到四千年前,而至晚在二千六百多年前的春秋时期,中国法律就已开始了成文法典化的进程。战国时期,讲究实

效的法家学说盛行一时,变法图强成为各国政治的关键。成文法典由此更为完备。在变法最为成功的秦国,法律成为治国的唯一手段,在施政及社会生活的各方面都有严厉而明确的法律,后人称之为“秦法繁于秋荼,而网密于凝脂”(《盐铁论·刑德》)。但秦国统一全国后,二世而亡,继起的汉朝不再单纯迷信法律,“以霸王道杂之”(《汉书·元帝纪》)。法典的修订和解释都逐渐贯彻这一精神,儒法合流,德主刑辅,中华法系就此逐渐定型。在战乱频繁的三国两晋南北朝时期,法典的制定与颁布却也相当频繁,确立了律、令两大法典并行的法律体系。唐朝在这些发展的基础上总其成,制定了空前完备的法律体系,其法典及其法定解释《唐律疏议》是中华法系最具代表性的法典,为后世长期沿用。唐以后的各朝法律遵循唐朝法律的基本精神,保持着中华法系的基本特色。总的发展趋势是更注重法律的实用性,突出强调法律对于维护皇朝统治的作用。明朝以唐为楷模,又总结宋元的经验,建立了完整的法律体系,被以后的清朝全盘继承,一直沿用至近代。

上述的中华法系的发展过程几乎没有被外来文化打断过,尽管中国历史上有过多次少数民族王朝的统治,但法律的发展很少受这些少数民族习惯法的影响。相反中国古代法律对于境外其他国家及民族却曾有过巨大的影响。和罗马法在欧洲地区、伊斯兰法在阿拉伯诸国通行的情况相仿,中国法律在太平洋西岸的东亚诸国也曾发挥着持久的影响力。如唐律曾经成为日本、高丽等国立法的蓝本。以后明律也曾被朝鲜、日本、琉球、越南等国当作立法的楷模。

中华法系的独立发展,长期保持着自己固有的传统,具有鲜明的特征。与世界上延续时间最长的其他四大法系相比,中华法系最突出的特点就是将法律完全视为人为的规范体系,既不像印度法系、伊斯兰法系那样将法律视为神的直接旨意或启示,也不像罗马法系、普通法系那样将法律视为一种间接反映神的旨意的、囊括人类生活各方面的伟大传统。在中华法系的传统中,神的旨意没有立足之地。先秦诸子对于法律起源的探讨大多从人类生活本身寻找原因,并都认为法律实际上只是政治统治者的创造物。虚无缥缈的神喻、芸芸众生的习惯都被排斥于法律之外。因此中华法系以其制定法,以其体系明确完整、结构逻辑严密的法典而著称于世。然而这也同时造成法律的权威性主要依靠的是刑罚的威吓,以及一定程度上与民间的习惯脱离,难以得到民间自

觉遵守的弊病。

和其他的四大法系一样,中华法系中法律之上依然有着更高层次的规范体系,这就是“礼教”。礼教不是一般意义上的宗教,并不被认为是一种尊崇神的意志、供奉神的体系。礼教是重人事的,它以家庭伦理为核心,并以此展开成为包容人类生活各个方面的体系。法律必须遵循礼教原则,然而和其他法系有所不同的是,中华法系并不要求把礼教的各个方面都细化为具体的、可操作的法律规范。政治的理想是由被视为人上人的“君子”士大夫官僚以“人治”来推行礼教教化,法律被限定只能起有限的作用,即所谓“德礼为政教之本,刑罚为政教之用”(《唐律疏议·名例》律疏)。所以法律并不具有包容一切规范的地位,法律的裁决也远远不是最权威的评判。

认定法律只是人类创造物的同时,中华法系也一直视法律为君主进行政治统治的手段之一,君主本身则凌驾于普通的法律之上。春秋战国时期的诸子百家的论述,无论何家何派,在法律完全为政治统治工具这一点上是毫无异议的,分歧只是在于这种统治工具在政治统治中应占据何等的地位而已。后代一直强调“法自君出”,君主拥有立法的全权,所有的古代法典都是以皇帝的名义发布的,皇帝的敕令也一直是最重要的法规来源,所谓“三尺(指法律)安出哉?前主所是著为律,后主所是疏为令,当时为是,何古之法乎!”(《汉书·杜周传》所载杜周对法律性质的说明)皇帝同时又是最高的法官,一切重案的最后裁决权都在皇帝掌握之中,所谓“擅杀生之谓王,能利害之谓王,何格令之有?!”(《宋史·刑法志》所载宋徽宗对司法官员的训诫)。皇帝也不受法律的约束,除了其内心的自我约束,以及臣下伦理上的劝谏,理论上并不存在其他的制约机制。

法律既然一直被认为仅仅是政治统治的工具,那么其主要任务也就被缩小界定为镇压反抗、维持统治。由此形成了中华法系“重刑轻民”的传统特色,刑事立法始终是统治者立法和讨论的中心课题,因而刑法得到长足的发展。同时政治统治与司法审判也就完全合一,各地的官府就是法院,各地的官员就是法官。其诉讼审判制度的目的也就不能不是以贯彻官府的政令为核心,而视民间的诉讼为对政府施政的干扰。

同时,在家国一体的政治、社会思想指导下,法律为实现君主权威,

也不遗余力地对家族尊长给予特殊的保护。《论语·学而》中说：“其为人也孝弟，而好犯上者，鲜矣；不好犯上，而好作乱者，未之有也。君子务本，本立而道生。孝弟也者，其为仁至本欤！”正因为孝悌之道是传统社会的为政之本，因此传统法律中的许多制度，如刑法中以侵害人和被害人血缘关系的尊卑、亲疏为重要依据来定罪量刑，民法中维护家庭中家长，特别是男性尊长对财产的处分权，都清晰地体现出传统法制家族主义的特色。

与其他延续时间较长的法系相比，中华法系另一个不那么明显的特点是从未出现一个法律职业集团。由于中华法系把法律视为是政府施政的手段，所以从不允许民间自行研究探讨法律问题。战国时法家代表人物商鞅、韩非都主张禁止“私议”，而传说中称子产杀教人诉讼的邓析，于是“民心乃服，是非乃定，法律乃行”（《吕氏春秋·离谓》）。这样一来像古罗马时代那样的民间职业法学家阶层，或者是欧洲中世纪后期的律师阶层也就无从产生。而执法的官员也是在官场上不停的流动，没有形成如同英国中古时期那样职业化的法官集团。没有专业化的法律职业集团，使得中国古代法律及法学的发展缺乏后劲，尽管在立法技术、刑法学等方面达到了很高水平，但在唐朝以后却长期停滞，没有能够使法律及法学得到进一步发展。

三

中国古代法律一直被视为政治的重要工具，在以记载政治史为主的史书中，很早就将法律作为重要的内容，也很早就出现了对于法律的历史进行归纳分析的著作。东汉时班固著《汉书》，虽然是第一本断代史，但其中的《刑法志》，却是一篇通史，试图以儒家的观点总结和归纳至当时为止的法律发展历史。这可以称之为中国最早的法制史专著。后代的正史大多有《刑法志》专篇，专门记载一代的法制发展轨迹，论述一代的法制经验，是法制的断代史。其中唐代撰写的《晋书·刑法志》、《隋书·刑法志》分别记载了汉至晋、晋至隋的法制历史，也具有法制通史的性质。

法律是历代典章制度的重要组成部分，在记载历代典章制度的书籍中，法制的内容也占有重要的地位。唐杜佑著《通典》有《兵刑》门，后

来《通志》及《文献通考》也都有《刑法志》、《刑考》。宋人王溥的《唐会要》有《定格令》、《议刑轻重》等目,从而为以后的会要体书籍开创了记载法制史的体例。官修的大部头类书如唐代的《艺文类聚》有《刑法部》,宋代的《太平御览》也有《刑法部》。清代的《古今图书集成·祥刑典》,达一百八十卷之巨,除记载法制的内容以外,还用了不少篇幅记载历代有关法制的讨论。

另一些以总结政治历史经验为目的的书籍也往往将法制史作为其总结的一个方面。如明丘浚所著《大学衍义补》就专门列《慎刑宪》之目,列举历代法制方面的内容,试图归纳一些规律性的历史经验。

历代正史的《刑法志》及典章、类书的记载,是官方史学家对于法制史的总结,反映着官方的、正统的观点,虽然保留了大量的资料,但总的来说缺乏有眼光的分析研究。直至晚清时,在列强入侵的冲击下,一些法学家对传统的法律体系发生了怀疑,开始使用批判的眼光来看待当时依然在实施的法律,在新的高度上总结法制历史的经验教训。如薛允升的《唐明律合编》,沈家本的《历代刑法考》等系列著作,开创了比较研究法制史的尝试,中国法制史由此开始形成一门独立的学科。尤其是后者的著作,全面归纳了传统法制的一些最主要的内容,并进行了相当深入的考证及评判,具有很高的学术价值。但可惜的是这些著作直到民国时期才得以收入《沈寄簪先生遗书甲编》,仅以刻本发行,流传不广,削弱了这些著作的影响力。

清末及民国时期不少学者以近代方法研究中国法制史及法律思想史,出现了很多有关的专著。其中较有影响的著作如梁启超于1906年撰写的《中国法理学发达史论》、《论中国成文法编制之沿革得失》具有开创性的意义。民国时期程树德的《九朝律考》,丘汉平的《历代刑法志》等著作在法制史研究的资料方面有重要价值。杨鸿烈的《中国法律发达史》为当时最完整的中国法制史专著,而其《中国法律思想史》则是最早的法律思想通史。其另一著作《中国法律在东亚诸国之影响》,开创了对中华法系外延的研究。出版年代较晚的瞿同祖《中国法律与中国社会》一书,以社会学及文化人类学的方法研究中国法制史,突出分析了中国传统法律的基本精神及主要特征,具有重要的学术研究价值。

中华人民共和国成立后,中国法制史的研究进入了新的阶段。尤其是在十年内乱结束后,出版了数十种中国法制史及中国法律思想史