

# 中华法史丛谈

中国政法大学中国法律史研究所 编



中国政法大学出版社

中华法史丛谈

主编/中国政法大学中国法律史研究所

印刷/秦皇岛市卢龙印刷厂

发行/新华书店首都发行所

开本/787×1092毫米 32开 印张: 10.25 字数: 225,000

版次/1988年5月第1版 1988年5月北京第1次印刷

印数/1—2,000

---

D. 中国政法大学出版社 统一书号: 6416·117  
北京学院路41号 ISBN7-5620-0022-0/D·20

定价: 2.40元

---

## 前 言

《中华法史丛谈》原是应辽宁电视大学之请所写的系列专题辅导讲座，后又加以扩充深化，形成现在这样的一本论文集。作为中国政法大学法律史研究所成立以后的第一个成果，尽管是肤浅的，但却表现了年青的法律史研究工作者的治学热情和正在开拓的新领域。本书在中国法律史广阔的研究领域中，只是一个沙砾而已。本着大海不辞涓滴的精神，我们把它奉献给读者，期望得到鞭策与指正。

张 晋 藩

1987年3月20日

---

## 目 录

|                                 |             |
|---------------------------------|-------------|
| 前 言                             | 张晋藩 ( )     |
| 1. 中国法制史研究中的几点认识                | 张晋藩 ( 1 )   |
| 2. 中国古代法律发展与演变的必然性              | 张晋藩 ( 11 )  |
| 3. “明德慎罚”与奴隶制法的发展               | 李 铁 ( 36 )  |
| 4. 我国古代刑罚的历史沿革                  | 沈国峰 ( 49 )  |
| 5. 秦朝的法律制度                      | 何成中 ( 67 )  |
| 6. 儒家化在汉魏晋南北朝法律中的体现             | 李建渝 ( 80 )  |
| 7. 礼刑结合在中国封建法制中的发展              | 李建渝 ( 97 )  |
| 8. 唐律——封建法律的楷模                  | 王宏治 ( 114 ) |
| 9. 唐代的司法审判制度                    | 王宏治 ( 131 ) |
| 10. 宋朝的民事法律规范                   | 郭成伟 ( 149 ) |
| 11. 元朝法律制度的特点                   | 郭成伟 ( 163 ) |
| 12. 厂卫与明代司法                     | 怀效锋 ( 180 ) |
| 13. 明清的司法制度                     | 郑 秦 ( 205 ) |
| 14. 明清法制对资本主义萌芽的桎梏作用            | 曹三明 ( 222 ) |
| 15. 清朝的行政立法与吏治                  | 李 铁 ( 235 ) |
| 16. 《大清律例》特点简析                  | 张晋藩 ( 253 ) |
| 17. 鸦片战争后的清朝法律制度                | 朱 勇 ( 268 ) |
| 18. 《中华民国临时约法》试析                | 沈国峰 ( 282 ) |
| 19. 国民党南京政府的六法                  | 李 铁 ( 292 ) |
| 20. 新民主主义革命时期人民民主政权的<br>法院与诉讼制度 | 郭成伟 ( 307 ) |

# 1. 中国法制史研究中的几点认识

张 晋 藩

## 一、中国法制史的世界地位

中国不仅在很早以前就自立于世界文明古国之林，而且有着四——五千年没有中断的法制历史。因而沿革清晰，内容丰富，体系完整，特色鲜明，是研究古东方国家法制史的标本之一。在中国法制历史的漫长发展中，无论是制度、原则、思想都曾经居于世界的先列。秦简的发现，确证了中国早期封建法律，无论从时间和内容都远超法兰克封建王国的法典。至唐朝，中国封建法典已经成熟和定型。因而吸引了中亚和相邻国家的学者和政治家们到中国来研习法制。在日本的遣唐使中，研习法制者就占很大比重。唐朝的法制对相邻的日本、朝鲜（高丽）、越南（安南）等国封建法制的影响极为明显。从日本的近江令、大宝律令，朝鲜的高丽律，和越南明道元年的《刑法》和陈太尊建中六年的《国朝刑律》中，可以看出大体是“依仿唐制”、“参用隋唐”完成的。这说明中国古代法制曾经对世界法制历史的发展起过推动的作用。正由于中国古代法制独树一帜，具有东方民族国家的显著特点，而且它的影响又超出了中国的国界，一些相邻的国家和地区的法制曾经归属于中国封建的法律系统，因而中华法系被公认为是世界五大法系之一。尽管中国古代的法制

发展缓慢，以致十七世纪西方发生资产阶级革命，开始用资本主义法制取代封建法制，而中国却仍然在封建法制的藩篱之内踱步，但是中国法制在历史上的辉煌地位，却并不应因此而受到抹杀。<sup>①</sup>中国法制的历史，作为中华民族古老的文化史的一部分，至今仍受到世界各国法制史学者的关注和研究。日本从浅井虎夫起经过仁井田陞、滋贺秀三、岛田正郎形成了历代相承的中国法制史研究的队伍。他们从唐文书入手来研究唐代法制，并集中研究清代行政法史，表现了日本法制史学者的见地。近年来美国学者侧重于研究清代法制，也很有建树。从世界上许多学者迄今仍在孜孜钻研中国法制史的这一事实，也可以说明历史悠久的中国法制史的世界地位。

## 二、中国法制历史的上限

中国法制历史从何时开端？目前通行的看法是大约于公元前二十一世纪的夏朝，揭开了中国法制历史的篇章。然而近年来地下文化遗存中有关夏代冶炼和宫殿遗址的发现，证明了夏朝的生产力水平已经超越了木石器时代，基本达到了古书中所说夏“以铜为兵”的阶段。同时也证明了夏王朝已经是一个具有统一的部落国家的既定型态。在发展缓慢的远古社会，夏之前无疑具有一个国家与法制形成的漫长过程。古书中说中国曾经经过“象刑”时期，象刑之说后世附会者多，但从法制发展的历史过程来看，在阶级刑罚确立之前，经过象刑也是符合发展规律的。作为夏朝代表性的刑法<sup>②</sup>——禹刑，据传是从苗人那里输入的，苗人何以首创“五虐之刑”，何以“弗用灵，而用刑”？至今尚无足够的资料加以论证。但却说

明了中国法制史的上限不应断在夏朝，而是在夏王朝确立之前。古书中说，黄帝时设有李（理）官，制定了李（理）法。又说：“帝舜三年命咎陶（皋陶）作刑。”<sup>①</sup>过去以为是传说之词不足为据，现在根据地下文化遗存的发现，倒是须要对古书中的有关记载加以重新认识。解决中国法制史的上限，是一个尚待探索的问题，它的解决将进一步证明中华民族文明起源的悠久和法制历史的丰富。

### 三、中国古代法律的体系

三十年代以来，一些法制史学者在谈到中国古代法制的特点时，大都概括为“诸法合体、民刑不分”，或者说中国古代“只有刑法，没有民法”。这种看法颇有影响，它拘囿了人们的思路，妨碍了对于古代法律体系构成的探讨。诸法合体、民刑不分观点的形成，来自中国封建时代代表性的法典——秦、汉、唐、宋、明、清诸律，都是刑法典，而且杂有诉讼法、行政法和民法的某些内容。这种观点不符合中国法制历史的实际，因而是片面的。诸法合体、民刑不分是法典的编纂结构，是立法者主观经验的产物。而中国古代的法律关系，基于社会关系的多样性，不仅法律内容是多样的，法律调整的方式也是多样的，这是不以立法者主观意志为转移的社会物质生活条件所决定的。

中国古代的法律体系，也是由若干部门法所构成。其中

---

<sup>①</sup> 《竹书纪年》。

刑法之外，行政法同样源远流长，内容详密，而且从唐以后自成体系。对于调整民事和经济关系的法律规范，也同样在中国古代法律体系中占重要地位。中国奴隶制时代的民事法律规范，大都铭刻在青铜鼎彝之上，称之为“青铜民法”是不过分的。由于鼎是古代国家权力象征的所谓“重器”，因此将民事法律规范刻在鼎彝之上，表现了统治者的极端重视，因为“惟器与名，不可假人”。它如诉讼法、狱政法也都各有自己相对独立的立法。因此，可以说中国封建代表性的法典的编纂结构是诸法合体、民刑不分的。但是中国封建法律的体系却是诸法并用，民刑有分的。这是两个不同的问题，不能混淆也不应混淆。

## 四、中国法制历史的借鉴

如前所述，中国法制史时代久远，一些著名的王朝如汉唐明清都统治了数百年，积累下丰富的运用法律调整社会经济关系，维持社会秩序，保证国家机器运转等各方面的经验。从宏观上来看，中国法制历史具有现实借鉴意义的可简列以下数端。

### 1. 盛世与法治

在中国历史上曾经出现过成康之治、文景之治、贞观之治、康乾之治等所谓盛世。盛世的出现是和法制的相对健全分不开的。法制是推动盛世出现的条件，又是盛世的外在标志。从来没有无法制的盛世，也从来没有盛世而法制衰微的现象。即使是入主中原的少数民族，在立定脚跟之后也急于立法，以适应统治广大汉族地区的需要。

## 2. 改制与更法

在中国漫长的历史中，经过了无数次的改制，既有经济体制的改革，也有行政体制的改革。而每一次改革的利钝成败又是和更法即立法调整分不开的。商鞅变法确立封建的经济体制之所以获得成功，是和他颁行废除井田制度，建立一家一户小农经济的法律分不开的。同时他强调“法必信”，有改动新法一字以上者处死刑。他还凭借严法重刑同反动派作斗争。尽管商鞅为变法而献出生命，但“商鞅虽死，其法未败”，这雄辩地说明了改制与更法的紧密联系和相互关系。

## 3. 礼乐刑政综合为治

如何治国理政驭民，远在周初著名的政治家、思想家周公便作过精湛的论述。唐时贞观君臣论政，更是为史书所称道。《礼记·乐记》所说：“礼以导其志，乐以和其声，政以一其行，刑以防其奸。礼乐刑政，其极一也”，可说是对于综合为治的最早最系统的阐述，也是统治经验的高度总结，在实践中起了十分重要的作用，因此一直为后世统治者所继承。中国古代开明的统治者大都一手运用政权和法制的强制力维持国家的统治；一手运用道德教化从精神上纳民于“正轨”，使政治的、法律的、经济的、教育的各种手段综合并用，共同为治。

## 4. 治法与治吏

中国古代的统治者从实践中认识到法与吏的不可分割的关系，因此既治“法”也治“吏”。唐时白居易说：“虽有贞观之法，苟无贞观之吏，欲其刑善，无乃难乎”。<sup>①</sup>为了

---

<sup>①</sup> 白居易：《长庆集》卷四十八。

治法，历代不仅形成了因时立法，定期修律的制度，而且颁布各种形式的法令法规组成完整的法律体系。为了避免“徒法不足以自行”的弊病，历代对于执法之吏严于考核，形成了一系列选官、考课、监察的制度。王夫之所说：“择人而授之以法，使之遵焉”，<sup>①</sup>可以说是总结历史经验所得出的结论。

以上只是从宏观上扼要阐述了中国法制历史的借鉴。至于各个部门法中可资汲取的历史经验也很多。表现在立法方面：因时因势因地立法，定期修律；注意在总结前朝法制建设经验的基础上，有针对性地进行立法活动；吸收著名的律学专家参加法典的制订。表现在行政法方面：以法确认职官的权与责；注意划分中央与地方的行政管理权限；严任官之责，定期考课；制订调整内容十分广泛的行政法令法规，以保证行政管理的规范性和效率。表现在民事立法方面：用单行的民事立法及时调整变动中的财产关系；发挥法律文书的约束作用，汉时就提出了“民有私约当律令”的原则；维护作为社会细胞组织的家庭的稳定性。表现在刑事立法方面：教法兼施，礼刑结合，宣扬“德礼为政教之本，刑罚为政权之用”、“明刑弼教”；预防犯罪为主，反对报复主义；强调制止犯罪的社会义务；执法原情，情罪允协。表现在诉讼方面：以调处的手段解决民事和轻微刑事纠纷，调处息讼被认为是“牧民有方”；通过审录囚犯，即所谓“录囚”，来平冤纠错，减少积案；严格执行死刑的复核制度；注意对边陲之地进行统一的司法管辖。

---

<sup>①</sup> 王夫之：《读通鉴论》卷十。

以上表现在各个部门法中的，被封建开明政治家所称道的原则、制度和措施，无疑具有历史的借鉴意义。这是中国法制史学科生命力之所在。但就其本质而言，都是为地主阶级统治服务的，因而须要运用马克思主义进行批判地总结，把阶级分析的方法和历史主义统一起来。特别值得提出的，在中国共产党领导中国人民创建民主政权与法制的斗争中，在吸收人民参加国家管理，保障人权、财权，建设民主的审判制度等方面，积累了丰富的经验。由于新民主主义法制是社会主义法制的前身，因此，认真总结新民主主义法制建设的经验，对于加强社会主义法制建设具有更直接、更迫切的现实意义。

## 五、开展比较法制史研究

中国古代法制无论法律体系、法律形式、司法制度都具有明显的特点。这些特点的形成是和中国古代的社会、国情、民族习惯、文化历史传统分不开的。仅就封建法制史而言，中外就存在着明显的差别。因此开展比较法制史的研究，可以了解中外法制历史的“真实进程”，从而更确切地把握中华法系所具有的特点。

中国从公元前221年秦统一王朝的建立，直到二十世紀初期清帝国的崩溃，经历了二千多年专制主义统治的岁月。而以法兰克王国为首的西欧封建国家，直到五世纪才先后建立。至于西欧各国封建专制政体，无论是英国的都铎王朝，还是法国的波旁王朝，只存在了二、三百年的时间。由此可见，中国专制主义中央集权制的悠久，这对中国封建法制历

史发展的影响是巨大的。

在中国封建时代不仅经历的时间长，而且大一统的专制主义中央集权制度居于主导地位。虽有魏晋南北朝、五代十国的短暂分裂，但国家的统一是经常的，是沿着螺旋上升的轨迹发展的。与此相适应的“法令由一统”的局面也得以长期稳定地维持。西欧封建制国家则相反，长期处于分裂与分散的状态，从而使得西欧封建法律不可能形成象中国封建法律那样以维护皇权为中心的统一适用的法律体系，而教会法却在相当长的时期成为欧洲封建国家通用的法典。不仅如此，日耳曼法也成为西欧各封建国家的普通法，以致出现了法律极不统一的状况。不同的封建领地，各有自己的习惯法。如果说中国封建时代，君主握有最高的立法权和司法权，那么西欧封建国家的诸侯，则各自拥有与其权力相适应的独立的立法权与司法权，当然教会也拥有极大的立法权与司法权。

中国古代无论是奴隶制还是封建制，都受到宗法制度和宗法精神的强烈影响。它不仅是宗族凝聚力的一种保障，而且是王权的重要支柱。君权、地方行政权都渗透了宗法父权的因素。这是封建专制制度得以长期牢固统治的条件之一。在国家的立法中，不仅确认了有关封建宗法制度的大量内容，而且承认宗法家规一定的法律效力，是国法的重要补充形式。这在西欧封建各国是不存在的。至于恩格斯所说的作为“古代日耳曼自由中的精华部分”的“个人自由，地方自治以及除法庭以外不受任何干涉的独立性”，<sup>①</sup>在中国也是从不曾有过的。

---

<sup>①</sup> 《马克思恩格斯选集》第三卷，第215页。

在中国封建的法律体系中，受到统一多民族国家的影响，也融合了以汉民族为主体的各民族的法律意识和法律原则。但由于中国封建国家是建筑在自然经济基础上的封闭型的国家，长期维持着闭关锁国状态，因而中国的封建法律体系，不仅具有独立性，也具有孤立性。直到十九世纪末，中国还没受到过任何一种外来法律的影响和冲击。但是西欧的封建时代，从大陆国家到英国，其法制表现出明显的国际间的交融渗透。罗马法、日耳曼法和教会法三者互相补充，共同对欧洲封建国家产生了广泛而持久的影响。

就法学而言，秦时提出“以法为教”、“以吏为师”的政策，对春秋战国法学的自由研究是一大打击。之后，汉、晋、唐各朝律学家虽代有人出，但日归于一统，即纳入以儒学为指导的封建正轨。自宋以后，随着专制主义的日趋强化，法学的研究领域也日趋狭窄和衰落。西欧封建时代，由于法律呈现出明显的分散性、多样性，因此法学也呈现出诸说并存，流派纷呈的状况。当然西欧封建法学也受到神学的控制。

总之，开展多方面的比较法制史的研究，可以看出中外各国所走过的法制发展的道路和特有的规律性，从而更深入、更准确地揭示出中华法系的特色。

## 六、法制史也要见人见思想

中国法制史是以中国历代法律制度的产生、发展、演变的过程和规律为对象的。但是，制度史也要见人见思想。因为任何一种法律制度都是由统治阶级中的代表人物，依据一定的指导思想制定的。没有秦皇、汉武、唐宗、宋祖也就没

有秦、汉、唐、宋各朝的法制。在这方面唐太宗李世民对于贞观法制的建设，对于唐代政治体制的奠基所起的突出的指导作用，是最有说服力的。因此，法律制度的历史同历代杰出的政治家、~~律~~学家的法律思想及其立法实践活动，关系极为密切。法制的历史发展是特定人物的错综复杂的有意识活动的结果和表现，当然归根结底是受特定的社会物质生活条件和阶级斗争的力量对比关系所决定的。所以在法制史研究中见人见思想，不仅有助于了解法制本身，也还可以从中看到统治者是怎样总结法制方面的经验教训的，以及时代的特征、阶级的意向和法制发展的趋势。当然法制史见人见思想是需要紧密结合法制的发展演变，是把特定的人物和思想纳入法制发展的过程中去，而不是从法理学的角度研究人物的法律思想。

以上六点是近年来从中国法制史的教学和研究中所总结的肤浅认识。作为智者千虑之一得，供同行们参考。

## 2.中国古代法律发展与 演变的必然性

张 晋 藩

中国从夏王朝建立，经过殷商、西周、春秋，共历时近二千年，是奴隶制时期。古书中说，黄帝时设有李官（理官），制定了李（理）法<sup>①</sup>。又说，舜时皋陶担任司法官：“帝舜三年命咎陶（皋陶）作刑”<sup>②</sup>。黄帝李法已经无可考证，至于皋陶所造之律，在《左传》中还有所反映。《左传·昭公十四年》：“夏书曰：昏、墨、贼杀，皋陶之刑也”。夏代法律总称之为“禹刑”，《左传·昭公六年》：“夏有乱政，而作禹刑”。《周礼·秋官·司刑》注：“夏刑大辟二百，膺辟三百，宫辟五百，劓墨各千”。《唐律疏议》引《尚书大传》：“夏刑三千条。”三千条之繁杂当属存疑，但五刑的名称确为后世所沿用。此外，夏时还有春三月不得滥伐山林，入夏三月不得任意网罟的“禹之禁”，和确立官吏职责的“政典”，这表明夏朝法制是适应调整经济和国家活动的需要而产生的。

商朝的法律是在禹刑的基础上发展起来的，《左传·昭公六年》：“商有乱政，而作汤刑”。“汤刑”是商代法律的总称。祖甲时期曾经对汤刑进行了修改。《竹书纪年》说，

---

① 《汉书·胡建传》。

② 《竹书纪年》。

祖甲二十四年“重作汤刑”。此外，商初还吸取夏桀贪财、好色、无道亡国的教训，制订了“官刑”，以警戒百官，不得恒舞酣歌、贪财、好色。国王如有不听忠言，亲近小人，以及其它属于“十愆”的行为，臣下不去匡正，要受墨刑。周初官书中涉及执法用刑时，经常提到“罚蔽殷彝”，说明商朝的常法在周初仍然适用。

西周时期，随着奴隶制的发展，立法活动也达到了一个高峰。周初沿袭“汤刑”制定了“九刑”。《左传·昭公六年》：“周有乱政，而作九刑”。所谓九刑，就是墨、劓、剕、宫、大辟之外增加流、赎、鞭、朴。据《汉书·刑法志》，周初五刑共二千五百条，其中墨罪五百，劓罪五百，宫罪五百，剕罪五百，杀罪五百。至西周晚期，周穆王为了解决因四出征伐而发生的财政困难，同时进一步压制被统治阶级的反抗，命司寇吕侯“录其言作吕刑”。“吕刑”三千条，其中墨罚千条，劓罚千条，剕罚五百，宫罚三百，大辟二百。此外，吕刑对于赎罪作了具体的规定。五刑之中有疑者均可以铜赎罪。赎刑的扩大和制度化，反映了社会经济的发展和有产者法定特权的增长。

周初，周公还制定了作为法的指导原则和含有某些法的内容的周礼。周礼的出现是中国古代宗法等级社会的产物，而礼法的渗透与结合也由此而成为整个古代法制的特殊传统。

中国奴隶制时代的法律不仅见于古书记载，也得到地下文物的证实，在甲骨文和商周铜器铭文中不仅有用刑的记录，还确切地表明了当时的法律状况。此外，还需说明中国奴隶制时代的政体是以国王为代表的奴隶主贵族专制政体，

国王所发布的诰、誓、命等也是重要的法律形式。如《尚书》中的汤誓、大诰、康诰、酒诰、召诰、甘誓、泰誓等等。

至春秋末期，周王室衰微，新兴地主阶级开始走上历史舞台，并为争取自身的法定权力而斗争，迫于整个阶级斗争形势，奴隶主贵族中较为开明的统治者不得不考虑公布法律。于是郑国子产在周景王九年（公元前535年）把经过修改的法律铸在鼎上，公布于众，此即《左传·昭公六年》所说：“郑人铸刑书于鼎”。此后不久，周敬王七年（公元前513年），晋国赵鞅和荀寅也把范宣子所著刑书铸于鼎。《左传·昭公二十九年》说：“晋赵鞅、荀寅……遂赋晋国一鼓铁，以铸刑鼎，著范宣子所为刑书焉。”在子产铸刑书以后三十余年，邓析改动子产刑书的旧制，私著刑法，书于竹简，但为郑国驷颺所杀。驷颺虽杀邓析，却用其竹刑，这说明竹刑比刑书有所发展，更适合当时的实际需要，更能反映统治阶级的利益。

刑书、刑鼎、竹刑，都是社会由奴隶制向封建制变动时期的具有代表性的法律。它不仅打破了奴隶制时期贵族们垄断法律，秘不示人，以便任意断罪量刑的旧传统，而且标志着一种新的立法倾向——更广泛地保护私有制。而铸刑书于铁鼎之上，也反映了铁制工具的广泛使用与生产力水平的提高。这是推动社会和法制发展的原动力。

至战国时期，制定和公布保护封建制度的法律已在各国普遍展开。如何使法典进一步系统化和规范化，成了时代的需要。魏国的司寇李悝顺应这个时代的需要，“集诸国刑典”，制作《法经》六篇，这是中国历史上第一部初具体系的封建性质的成文法典。《法经》以“王者之政莫急于盗