

中国法律史

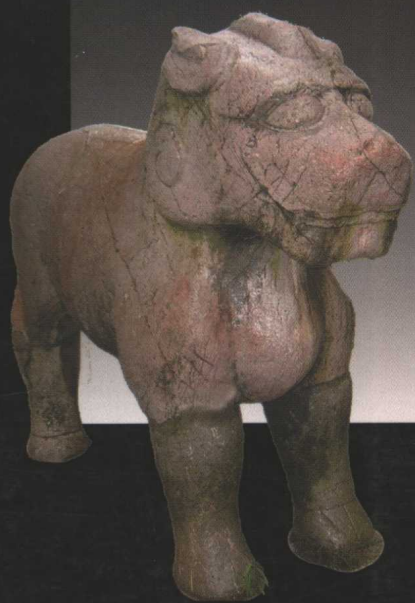
主编

■ 叶孝信

郭建

建

研究



学林出版社

本书出版得到许允恭博士及家族资助

主编 ■ 叶孝信 郭建

学林出版社

中国法律史研究



图书在版编目(CIP)数据

中国法律史研究/叶孝信 郭建主编. —上海: 学林出版社, 2003. 10

ISBN 7-80668-556-1

I. 中... II. 叶... III. 法律史—研究—中国—文集 IV. D929-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 059111 号

中国法律史研究

主 编——叶孝信 郭 建

特约编辑——胡宗英

责任编辑——张建一

封面设计——桑吉芳

责任监制——叶 刚

出 版——学林出版社(上海钦州南路 81 号 3 楼)

电话: 64515005 传真: 64515005

发 行——学林图书发行部(钦州南路 81 号 1 楼)

电话: 64515012 传真: 64844088

印 刷——上海长阳印刷厂

开 本——787×960 1/16

印 张——39.5

字 数——60 万

版 次——2003 年 10 月第 1 版

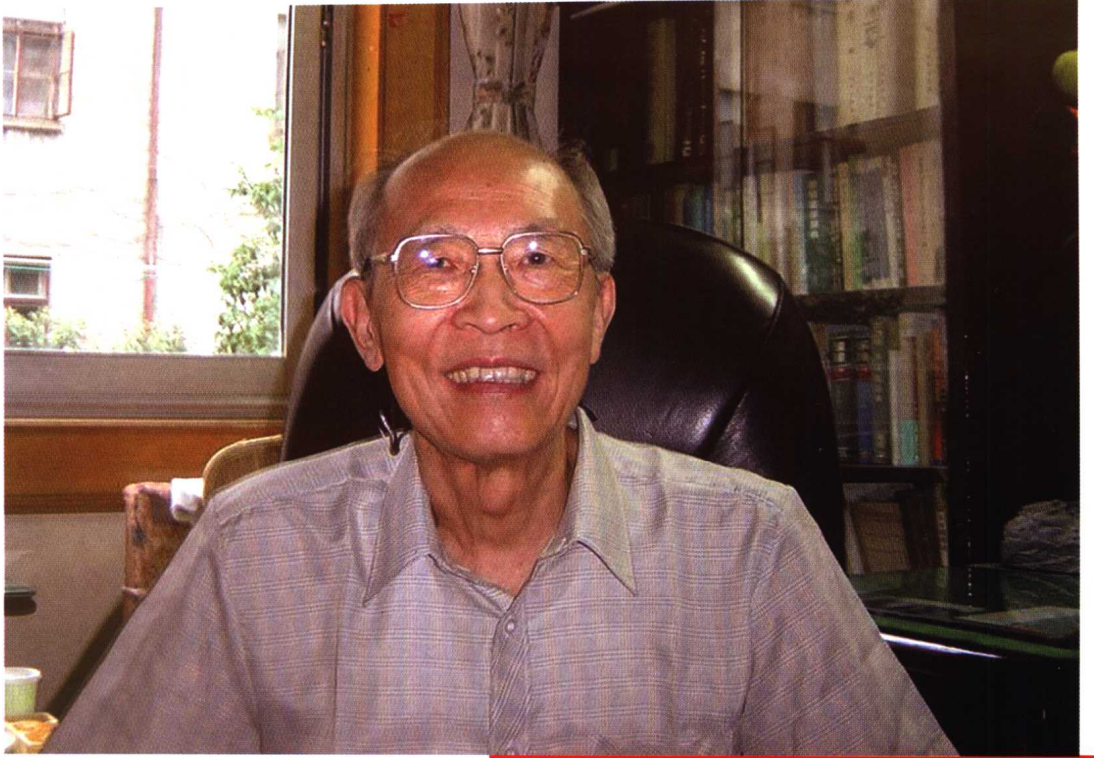
2003 年 10 月第 1 次印刷

印 数——2 000 册

书 号——ISBN 7-80668-556-1/D·22

定 价——66.00 元





叶孝信教授近影

前言



—

中国法制史是研究中国法制发生、发展、演变及其规律的学科。研究中国法制史的主要目的,是搞清中国历代法制的基本内容、主要特点,以及在历史上所起到的作用,从而探求其规律,总结历史的经验教训,为当今中国的社会主义法制建设服务。

中国法制史学科是一门古老而又年轻的学科。在中国古代,法律一直被视为政治的重要工具,在正史中很早就出现了对于法律的历史进行归纳分析的专门篇章。东汉时班固所著《汉书》,虽然是第一本断代史,但其中的《刑法志》,却是第一篇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的专著。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、晋至唐的法制历史,也具有法制通史的性质。

在记载历代典章制度的史籍中,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》也有《刑法志》、《刑考》。宋人王溥的《唐会要》有《定格令》、《议刑轻重》等篇目,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》、宋代的《太平御览》也有《刑法部》。清代的《古今图书集成·祥刑典》,更是达一百八十卷之巨。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。直至在列强入侵冲击下的晚清时期,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。

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。如梁启超于1906年撰写的《中国法律学发达史论》、《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》等等著作在综理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,出版了数以百计的中国法制史及中国法律思想史方面的专著、教材,发表了大量的学术论文,对一些法制史资料进行了整理,取得了丰硕的成果。台湾地区的学者在这方面研究工作也取得了很大的进展。这些成果和进展主要表现在以下几个方面。

首先,在对传统法律及制度的考证方面达到了新的高度。依靠考古发掘的成果,掌握了大批新的资料,如新出土的商周时代的青铜器铭文、吐鲁番北朝隋唐时期文书、湖北云梦睡虎地秦简、江陵张家山汉简、长沙东吴简牍、湖南里耶秦简等等,大大丰富了对于古代法律及制度细节进行研究的资料,从而在研究资料的占有上远远超越了前人。另外对于传统文献资料的研究也进一步深入,除各类史籍

以外,还对于档案、碑铭、族谱、契约文书等进行分析,发掘出大量前人所忽略的资料。这就使得中国法制史的研究具有了坚实的基础。

其次,在研究的领域方面有了新的突破。对于各个主要部门法的研究都取得了成果。过去对中国法制史的研究大多集中于刑法史方面,近年来民法史的研究受到了重视,出现了多部有关的专著。另外中国经济法史、中国司法制度史等方面也有专著问世,其中有不少著作达到了相当高的水平。同时对于断代法制史的研究也取得了很大的进展,出现了很多断代法制史专著。还开展了对于少数民族法制史的研究工作,取得了令人瞩目的进展。

再次,采用了多种研究的方法。在建国初期,突出强调运用马克思主义的历史唯物主义与辩证唯物主义方法的重要性,深入剖析了传统法律制度的阶级性质,将中国法制史的研究提高到了全新的境界。改革开放以来,研究的方法更为多样化。如采用比较研究的方法,对照同时期中国与西欧的不同的法律发展轨迹。或采用定量分析的方法,详究古代法制的细节及其实施情况。或结合制度史、思想史进行研究,除法学外,还从哲学、社会学、文化人类学的角度分析传统的法律及制度,尤其是注重对于法律及制度的实施情况、民间惯例的研究,使得中国法制史的研究得到了进一步的深入。

二

复旦大学法学院的中国法制史学科点是由我们敬爱的老师——叶孝信教授首先开设的,并在叶老师的言传身教下形成了自身的特色。

叶老师早年秉承庭训,打下坚实的国学基础。在北京大学、中国人民大学学习法学后,长期从事中国法制史的教学研究。在近半个世纪的中国法制史教学研究中,叶老师一直倡导“敬、诚、勤”的学风,并且身体力行,为复旦大学中国法制史学科研究奠定了基本的方向。

叶老师强调进行学术研究首先要“敬”,心存恭敬之心对待学术研究,不能将学术研究作为媚俗的手段,切忌哗众取宠。尊重历史事实,尊重前人的学术成果。中国法制史学科的研究工作,应该在历史唯物主义理论的指导下进行,但历史唯物主义并不是僵硬的教条,而是科学研究的指南,在学术研究中应该贯彻的是历史唯物主义的精

神、方法,而不是简单地使用一些套语、生硬地套用某些公式和结论,尤其是不能为了自己的某些功利目的来故意曲解历史唯物主义理论的观点。

同时,进行学术研究还要“诚”,实事求是,冷静客观。尤其是进行中国法制史的研究,必须以坚实的史料为研究基础,对于史实不能滥下断语。对于前人的研究成果、现有的结论也要实事求是的进行分析,要客观、全面地比较分析各方面资料,进行论述时不可妄下断论,避免滥用难于索解的时髦理论、名词。学术研究不能单纯追求数量,为发表而发表,滥发与草木同朽的人云亦云的陈词滥调,实际上没有任何学术意义。确实是有自己的发现、有前人没有提及的、具有自己的独创性的观点,真正有价值的学术成果才值得发表与同行交流。

“勤”是进行学术研究的另一要素,在中国法制史的学习研究中,必须反复精读史料,掌握史料,将自己的学业建筑在坚实的基础之上。中国法制史学科是法学与历史学的交叉学科,还应该广泛阅读文史资料和前人的论著,才能融会贯通。“勤”还包括对于学术研究要精益求精,反复琢磨,研究成果力求没有“水分”,扎实精练。

在研究方法上,叶老师长期以来倡导多种研究方法交叉、多学科交叉的综合研究方法。首先应承认中国法制史是一种专门史,历史学研究方法应是主要的研究方法。尊重历史事实,搞清各项法律制度的基本发展脉络,在历史的大环境中进行分析考察。为历史而历史可能是迂腐的,但是过于强调为现实服务,急功近利,就会把严肃的学术研究当作了简单的工具,从而影响到研究的科学性,到头来反而不能起到真正为现实服务的作用。实事求是的研究需要采取一定的超脱态度,在一定程度上隔绝现实,从搞清中华文化遗产的高度来体现研究的价值。

另外,没有比较就没有鉴别。要分析法律制度的特点,必然要找到一个或几个参照系才能表达。进行法制史研究,无论研究者从哪个角度出发,最经常的参照系总是研究者所处时代的法制。但还需要注意将中国古代法律和当时世界其他古代文明的法律进行比较,这样才能揭示出中国传统的固有特色,才能作出恰如其分的评价。当20世纪初中国法学界开始接触欧美法律时,欧美资本主义法律已经发展到较为成熟的阶段,以这一成果来比较中国传统法律,当然会

觉得中国法律“后进”，然而这样的比较实际上并不能揭示中国传统法律本身的规律。

微观及个案的研究方法对于现在的中国法制史学科具有重要意义，不仅可以从中发现已亡佚的法律内容，更能分析法律的实际运作过程，找到在社会生活中实际发生作用的行为规范，探寻社会生活、社会行为被规范的过程，从而揭示经历了长久演变发展的中国文化传统对于今天中国社会的影响。

复旦大学中国法制史学科在叶老师的带领下，不断向学科的深度与广度进军。20世纪70年代末，叶老师在长期的学术积累基础上，完成了对于《唐律疏议》的学术研究，其成果《试论唐律疏议》获得了上海市社会科学研究优秀成果奖。80年代后期，叶老师主持申报国家教委科研项目“中国民法史研究”，并克服了种种意想不到的困难和干扰，组织我们进行了长期艰苦的研究工作，终于得以在1993年完成并出版了《中国民法史》。该成果填补了中国法制史学科的一项空白，得到了学术界的一致好评，于1995年获得首届全国高校人文社会科学研究一等奖。在叶老师的指导下，中国民法史研究、古代司法制度研究等学科，成为复旦大学中国法制史学科的主攻领域。

在中国法律思想史的研究方面，叶老师也注重开拓新的领域。他强调首先要客观地理清中国古代思想家、政治家对于法律问题的一些主要的论述，主要的观点，既不要苛求古人，也不应以今人的观点来拔高古人。90年代初叶老师主编的《中国学术名著提要·政治法律》，就是按照这一原则完成的工具书形式的研究成果。同时，叶老师也强调法律思想史研究的对象并不仅仅是古人所说的、所写的文章书籍，古代政治家、法官、文人实际是如何理解、贯彻法律的种种事例，也应该是法律思想史研究的重要对象。在他的倡导下，法律文化研究成为复旦中国法制史学科的又一主攻领域。

三

本书所汇编的是叶老师指导的历届中国法制史硕士研究生的毕业论文，也是复旦大学中国法制史学科所取得的一项研究成果。

对于中国法制史研究生的培养，叶老师一直强调研究生最重要的是掌握学习的方法、研究的方法，无论学生毕业以后是否从事本专

业,所掌握的学习方法和研究方法都可以受用终身。而要真正掌握学术研究的方法,最重要的莫过于亲自进行学术的研究工作,获得切身的经验体会。认真撰写毕业论文就是进行学术研究的最好途径。

叶老师在指导中国法制史硕士研究生进行毕业论文的选题时,一直鼓励学生大胆挑选前人尚未触及的领域、少有人注意的课题来作为自己三年学习的总结之作。但同时也充分理解学生本身的兴趣和特长,放手由学生自行选择,再三商讨后确定题目。明确了论文的题目后,在参考资料的搜集、文章结构的确定、学术观点的提炼、形成文字风格等等诸多方面,都要求学生首先自行进行初步工作,在遇到困难的情况下,再施以耐心细致的指导点拨。最后定稿的毕业论文,往往都经过叶老师的多次审阅,从文章的观点到文字形式,都经过严格细致的考查。

本书汇编的三十一篇论文,其所涉及的题目,基本上是复旦大学中国法制史学科当时所关注的学科热点,大致体现了复旦大学中国法制史学科的重点研究领域。现将这三十一篇论文分为古代律令研究、司法制度史研究、民商法史研究、法律思想史研究、近现代法制史研究共五个大类,每一类论文的编排基本按照写作时间的先后为序。

这三十一篇论文中有不少已曾在学术刊物上发表,或其主要内容已被有关的学术专著所吸收,但是仍有大约一半的论文由于种种原因尚未发表过。本书的编辑原则是:凡已经全文或部分发表的论文,一般对原文采用节选或缩写的办法编入本书;如未曾发表、有较高学术价值的论文,则予以全文照录。

当年叶老师所写每一篇毕业论文的“论文评阅书”,高度概括总结了论文的特色,精辟评价论文所达到的学术水平,明确提出应该予以提高的方面。我们将这些评阅书也收编于本书,置于每篇论文之首,作为“学术点评”。

本书所汇编的三十一篇论文,写作的时间跨度长达将近二十年,但是由于写作时的高标准、严要求,使得这些论文的学术价值并不因时间的流逝而降低,相反,有不少论文在今天更显示出其学术重要性。比如程天权《中国封建官吏赃罪考察》一文,在写作20年后反腐倡廉任重道远的今天读来,仍旧具有重要的学术及现实意义。宋昌斌的论文《调节封建家国关系的同居制度》开创了我国户口制度史的研究领域,不仅有学术意义,对于户籍制度的改革也有现实意义。姚

荣涛《秦汉以来封建财产继承制度的历史考察》、郭建的《中国封建土地买卖合同制度考析》则开创了民法史具体制度的研究。张建的《〈唐律〉具文考述》一文,对于唐律在当时究竟如何实施的问题进行了开创性的探索,至今学术界对此的研究成果依然尚付阙如。而且该论文对于今天分析探讨“有法不依”现象的文化背景仍然有重要的现实意义。王志强《〈名公书判清明集〉法律思想初探》、郑志华《试评情理法融会贯通的传统价值追求》等论文进行了古代法官如何理解、解释并适用法律的研究,在中国法制史学科中传统法律解释学的研究领域,具有重要的学术价值。还有相当多的论文对于中国法制史的若干传统题目作了深入细致的研究,具有颇高的学术价值。比如李益强的《汉魏晋南北朝司法审判制度初考》、邱立波的《试论汉魏晋礼律关系的演进》、姚少杰的《清代戏杀、误杀、过失杀考析》等,都从细节上考证分析了中国古代法律制度的特点。

学术研究是没有极限的,在中国法制史学科领域,我们将继续努力,为繁荣中国法学研究做出应有的更大贡献。

郭 建

2003年6月

目 录

| | |
|-----------|---|
| 前 言 | 1 |
|-----------|---|

古代律令研究

| | |
|---------------------|---------|
| 中国封建官吏赃罪考察 | 程天权 3 |
| 调节封建家国关系的同居制度 | 宋昌斌 14 |
| 论《唐律疏议》 | 蒋晓伟 30 |
| 《唐律》具文考述 | 张建一 40 |
| 中国古代大赦问题述论 | 钱 颖 95 |
| 孔氏家族的宗族法与法律特权 | 袁兆春 107 |
| 清代戏杀、误杀、过失杀考析 | 姚少杰 127 |
| 中国古代“同罪异罚”述论 | 徐 川 156 |
| 试论汉魏晋礼律关系的演进 | 邱立波 174 |

司法制度史研究

| | |
|-------------------------|---------|
| 汉魏晋南北朝司法审判制度初考 | |
| ——兼论士族政治对法制的影响 | 李益强 209 |
| 清代直诉制度的运作及评析 | 姜万锁 254 |
| 试评情理法融会贯通的传统价值追求 | |
| ——对清代刑案裁判论证正当性的剖析 | 郑志华 273 |

民商法史研究

- 秦汉以来封建财产继承制度的历史考察 姚荣涛 323
- 中国封建土地买卖合同制度考析 郭建 345
- 鸦片战争前清代“政治关税”特点分析 朱淑娣 360
- 试论唐代侵权责任制度 刘成安 374
- 试论明代海外贸易法律制度 洪佳期 389
- 试论中日民法近代化的开端
——《大清民律(草案)》与日本明治民法典的比较研究
..... 孟祥沛 400
- 中国近代民间合会述略 吕利 416
- 清末民初商会立法的历史背景 姚明铭 436
- 清末民初永佃权的立法与司法 许睿 454

法律思想史研究

- 陈虬的政治法律思想 王春 469
- 《名公书判清明集》法律思想初探 王志强 485
- 曾国藩的法治思想 陈斌 495
- 张之洞“中体西用”的政治法律思想 冯菁 508

近现代法制史研究

- 论日本对清末法制改革的影响 高海峰 527
- 试论旧中国公司立法 李小宁 544
- 台湾地区金融自由化时期的银行法 陈炳良 557
- 试论台湾地区的《少年事件处理法》 颜志铭 570
- 新民主主义革命时期土地立法述评 叶昌富 595
- 中国近现代史上领事裁判权述论 董梅 605
- 后记 620

古代律令研究

中国封建官吏赃罪考察*

程天权

学术点评

中国封建官吏赃罪，与整个封建社会相始终。论文力求运用马克思主义的基本观点，着重就立法、司法方面比较系统、全面地探讨封建王朝官吏赃罪的发展过程，评价其得失，追究历来禁而不止的症结所在，从中寻求带规律性的社会历史根源，引以为历史借鉴。这是中国法制史上一个重要的课题，但前人对此似尚未有分量较重的论著，以马克思主义为指导的有关成果，似尤罕见。

论文广泛搜集资料，深入钻研，很好地完成选题的任务，观点基本正确，论点鲜明，论据较充分，逻辑性较强，文字简练、流畅。特别是对清末薛允升、沈家本二位权威的某些有关成就提出异议，颇有见地。关于赃字源流的考证，亦有一定新意。反映了作者基础理论有一定根底，专业知识较扎实，有关知识面较广，具有独立研究和写作的能力。

“道高一尺，魔高一丈”，惩治官吏赃罪和官吏规避惩治的斗争，时有发生，有关的封建立法、司法，正是在这种斗争中发展的；历代政治经济发展的具体特点，对此亦有重要影响，如能着重联系加以论述，将有助于进一步提高论文质量。论文经扩充加工，可以写成一本专著。百尺竿头，更进一步，勉之勉之！

* 本文撰写于1983年。此为原文的节选。

官吏赃罪的司法原则

综上所述,历代统治阶级为谋求长治久安,对官吏赃罪立法是十分重视的。

为了使这种考察更深一层,在此部分,将改变纵向研究立法沿革的方法,而从横向就官吏赃罪的司法原则,按问题梳耙条理,列举分析。为了便于研究借鉴,取材主要集中在保存完整、影响重大的最主要的几部刑书。必要时追述源流,有个别原则不是各代都适用的,或略有不同的,凡要者都作说明,一般就不特别赘言了。凡十一项。

(一) 计赃为罪原则

赃罪所侵犯的客体,一类是官、私财物,另一类是国家机关的正常活动。后者在现代并不简单地归为经济犯罪。而我国封建刑法是抓住“赃”这一具体鲜明、可以计量的特征,将一切与“赃”有关的犯罪一概计赃定罪量刑。直捷,明了,反映了当时相当高的律学水平。赃的表现形式有钱财、器物、庸赁,在法律计量时则是统一的。唐宋以绢匹为统一折算物,元明以钱贯为换算单位,清以银两为通用标准。统一折算物的确定不是任意的,都同当时实际通货相一致,这正如在上述立法发展时所说,法律的生成因革都不是偶发的,而是同当时的政治经济状态相适应的。以宋为例,我们很容易看清这一点。《宋刑统》规定绢匹为折算单位,而实际当时绢、钱并用,因此往往存在绢钱折算问题,绢钱的比价浮动不定,钱又有成色、质量的差别。估赃也不得不时时调整。“元丰二年,成都府利州路钤辖言:往时川陕绢匹为钱二千六百,以此估赃,两铁钱得比铜钱之一。近绢匹不过千三百,估赃二匹乃得一匹之罪。多至重法。令法夺定以一钱半当铜钱之一。”^①同时以绢匹估赃也根据实际情况有向钱贯转移的趋势:“大观元年诏:计赃之律以绢论罪,绢价有贵贱,故论罪有轻重,今四方绢价增贵,而计绢之数犹循旧制,以定一贯三百为率。计价既低抵罪

^① 《宋史》卷一九九《刑法志》。