



21世纪公安高等教育系列教材·法学(本科)

21ShiJiGongAnGaoDengJiaoYuXiLieJiaoCai FaXue (BenKe)

中国法制史

Chinese Legal System

(第二版·2011)

主编 萧伯符 唐若雷 叶晓川



中国人民公安大学出版社

21 世纪公安高等教育系列教材·法学（本科）

中国法制史

（第二版·2011）

主 编 萧伯符 唐若雷 叶晓川

副主编 易江波 陈 博 姜 虹 周 蕊

撰稿人 （以姓氏笔画为序）

马忠泉 叶晓川 张 勇 陈 博
周 蕊 易江波 郑 智 郑 璐
姜 虹 唐若雷 常光玮 萧伯符
蔡士良

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法制史·2011 / 萧伯符, 唐若雷, 叶晓川主编. — 2 版. — 北京: 中国人民公安大学出版社, 2011. 8

21 世纪公安高等教育系列教材. 法学: 本科

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0526 - 9

I. ①中… II. ①萧… ②唐… ③叶… III. ①法制史—中国—高等学校—教材 IV. ①D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 150187 号

中国法制史(第二版·2011)

主 编 萧伯符 唐若雷 叶晓川

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2005 年 1 月第 1 版

2011 年 8 月第 2 版

印 次: 2011 年 8 月第 3 次

印 张: 25.75

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 527 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0526 - 9

定 价: 58.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsu.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

教材分社电话: 010 - 83903259

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

再版说明

在本教材第二版即将出版之际，我们首先特别感谢中国政法大学法律史学研究院名誉院长、中国政法大学终身教授张晋藩先生给本书的修订赐文为序。

本教材自2004年出版后，受到使用院校师生的广泛好评，被许多专家学者充分肯定。2011年，我们在广泛听取意见的基础上，在中国人民公安大学出版社的大力支持下，对本教材进行了修订，一方面，根据教学的需要，适当调整了个别章节的内容；另一方面，把近年来的一些研究成果融入书中，以适应研究与学习的需要。

此次修订，由萧伯符、唐若雷、叶晓川担任主编，易江波、陈博、姜虹、周蕊担任副主编，由叶晓川统稿。在原有十三章的基础上调整了部分章节，考虑到五代和宋的相承关系，以及辽金西夏元法律制度的民族特性，将“五代的法律制度”从“隋唐”一章移到“五代宋朝法律制度”一章，原“宋辽金元的法律制度”中的“辽金元”部分独立出来另成一章，并补充了西夏的法律制度内容，形成新的“辽金西夏元法律制度”一章，至此，在具体分工上，绪论部分、第一章由易江波执笔修订，第二章、第三章、第五章、第六章、第七章由叶晓川执笔修订，第八章、第九章、第十章由陈博执笔修订，第十一章由张勇执笔修订，第十二章由常光玮执笔修订，第十三章由郑智执笔修订，最后由主编萧伯符、唐若雷、叶晓川共同审定。

此外，在体例结构上，在各章篇首设“导读”，其内容主要由三部分组成：一是这一时期的历史背景；二是这一时期的法制发展特点简介；三是本章的学习重点。在章后的练习题中增设“分析题”，以案例为导引，引导学生对这一时期的代表性法律现象进行思考。

由于本教材参加编写的人员个人撰写风格和水平不尽一致，因此书中难免存在不足与缺憾，敬请读者批评、指正。

编者

2011年6月1日

编 者 的 话

《中国法制史》是公安高等院校法学专业本科系列教材之一，也是全国高等学校法学专业14门核心课程教材之一。我们在总结以前教材编写经验的基础上，根据教育部颁行的《全国高等学校法学专业核心课程教学基本要求》的规定进行编写，并结合公安法学教育的实际，在每章有关“行政法律制度”的内容中，专门介绍了治安管理制度和警察制度。这亦可以视作本教材较之于其他同类教材的创新之处。

本书主要用做公安高等院校法学专业本科生的教材，也可以作为高等学校法学、历史学、社会学等专业和相关学科的学生学习中国法制史的教材以及一切有志趣学习中国法制史的人们的参考读物。

本书由萧伯符、唐若雷任主编，姜虹、周蕊任副主编，各章撰稿人（以撰写章节先后为序）为：

萧伯符 绪论、第四章；
姜虹 第一章、第二章；
郑璐 第三章；
易江波 第五章、第十二章；
马忠泉 第六章、第七章；
周蕊 第八章、第九章；
唐若雷 第十章、第十一章；
蔡士良 第十三章。

本书编写过程中：参考了目前国内同类教材以及相关论著，不敢掠美，特将参考书目附录于书后；得到了中国人民公安大学出版社和湖北警官学院院办、法律系、教务处的的大力支持；中南财经政法大学屈永华博士应邀参与了本书的统稿并倾注了大量的心血；湖北警官学院法律系2002级本科生吴忠谋、杨雷同学在文字处理等方面付出了辛勤的劳动，谨此一并致谢！

本书的作者多为中青年教师，囿于时间和水平，书中错漏恐难避免，敬请各位专家和广大读者不吝赐教，以便我们再版时修正。

编 者

2004年9月26日于汉口

解读中华法系的本土性

(代修订序)

张晋藩^①

一、中华法系与传统国情的内在联系

中华法系源远流长,经历数千年发生、发展、转型的过程,而迄未中断,故其沿革流变非常清晰。不仅如此,中华法系是产生于中华民族文化土壤上的原生法系,从未受到外来法系的影响,既具有独立性,也具有典型性,其丰富的内涵不仅适合于中国的国情,也适合于相邻国家日本、朝鲜、越南等国的国情,故而有可能奉中华法系为母法,成为中华法系系统内的成员。

中华法系与传统国情的内在联系与相互关系可以概括如下:

(一) 中华法系与农本主义的经济型态

中国古代以农业立国,小农自然经济结构始终居于统治形态,而且自商鞅变法奖励耕战以后,农本主义更成为历代奉行的国策。中国所处的内陆性的地理环境也为农本主义政策的实施提供了客观条件。

中国古代的重农主义,一是足食足兵的需要,二是稳定封建专制制度的需要。商鞅说:“夫民之亲上死制也,以其旦暮从事于农。”^②至于抑商的着眼点,除去避免妨害务本之外,更重要的是维护专制主义的统治。在统治者看来流动的工商业者比起被牢固地束缚在土地上的农民更难于控制和更易于玩忽法令。如同《吕氏春秋·上农》篇所说:“民舍本而事末利则好智,好智则多诈,多诈则巧法令,以是为非,以非为是。”

农本主义的经济型态,对中国古代法律体系乃至司法均有深刻的影响。在中国古代立法中,保护与管理农业生产一直是重要的内容。出土的公元前四世纪的《秦律·田律》便规定:“春二月,毋敢伐材木山林及雍(壅)堤水。不夏月,毋敢夜草为灰,取产荔,麋□(卵)□,毋□□□□□毒鱼鳖,置罕罔(网),到七月而纵之。惟不幸死而伐棺(棺)享(椁)者,是不用时。邑之□(近)皂及它禁苑者,麋时毋敢将犬以之田。百姓犬入禁苑中而不追兽及捕兽者,勿敢杀追兽及捕兽者,杀之。河(呵)禁所杀犬,皆完入公;其它禁苑杀

^① 张晋藩,中国政法大学法律史学研究院名誉院长,终身教授,博士生导师。

^② 《商君书·农战》。

者，食其肉而入皮。”《秦律》“仓律”、“厩苑律”中也有农业管理方面的立法。

隋唐以后，颁布的《均田令》、《农桑课令》、《垦荒令》、《种植农桑法度》、《农桑条画》、《推广农林简明章程》等。都体现了运用法律的形式保证农业生产的进行，成为立法中的重要组成部分。

与农业生产密切相关的历法早在夏朝便已形成。夏朝历法称为“夏正”。古书中说“行夏之时”，表明夏代历法对后世的深远影响。商代制定了比夏历先进的阴阳历，有了明确的春夏秋冬之分，并设专官掌管历法。秦时，第一次颁行了全国统一的历法《颛顼历》。汉代，在历法上的杰出成就是制订了《太初历》。其后，南北朝著名的科学家祖冲之制定了《大明历》。唐代有《戊寅元历》和《大衍历》。元代有《授时历》。明代有《大统历》。清代康熙年间聘请西方传教士制定《康熙永年历》，并由著名历算家梅文鼎著成《古今历法通考》。

中国古代历法不仅起源早而且具有相当的科学性，在当时世界天文历法史上居于先列。这是和农业起源早，并以农为立国之本的国情分不开的。正因为如此，历代对私造时宪历者均处以重刑。

在司法上，从周朝起便重农时，春夏之季非刑事案件司法机关不受理诉讼。《礼记·月令》所载：“仲春之月，……命有司，省圜圜，去桎梏，毋肆掠，止狱讼。”可以说是后世“务限”法的渊藪。唐《杂令》中规定：“诸诉田宅、婚姻、债负，起十月一日，至三月三十日检校，以外不合。若先有文案，交相侵夺者，不在此例。”至宋代，《宋刑统·户律》特设“婚田入务”门，并引唐《杂令》，并附“参详”：“所有论竞田宅、婚姻、债负之类，取十月一日以后，许官司受理，至正月三十日住接词状，三月三十日以前断遣须毕，如未毕，具停滞刑狱事由闻奏。如是交相侵夺及诸般词讼，但不干田农人户者，所在官司随时受理断遣，不拘上件月日之限。”可见宋代于农历每年二月初一开始“入务”，至九月三十日“出务”，在务限期内不得受理民事诉讼，以免妨碍农事。

至清代，《大清律例》关于务限的规定更为具体：“每年自四月初一日至七月三十日，时正农忙……其一应户婚、田土等细事，一概不准受理。自八月初一以后，方许听断。若农忙期内受理细事者，该督抚指名题参”^①。但《大清律例》“条例”也作出以下变通规定“州县审理词讼，遇有两造俱属农民，关系丈量踏勘有妨耕作者，如在农忙期内，准其详明上司，照例展限至八月再行审断。”^②在非放告期内，“若查勘水利界址等事，现涉争讼清理稍迟必致有妨农务者，即令各州县亲赴该处审断速结……”^③此外，如发生抢亲、赖婚、强娶、田地界址、买卖未明等纠纷，“若不及早审理，必致有争夺之事”，影响社会秩序，则不受“受理期间的限制”^④。这说明清朝统治者从实践中认识到细故如不及时解决，

① 《大清律例》卷三十，《刑律·诉讼·告状不受理》。

② 《大清律例》卷三十，《刑律·诉讼·告状不受理》。

③ 《大清律例》卷三十，《刑律·诉讼·告状不受理》。

④ 黄六鸿：《福惠全书》卷二十。

也会酿成事端。因此凡告“婚姻、田宅等事不受理者，各减犯人罪二等，并罪止杖八十。受财者计赃，以枉法从重论。”^①同时也禁止州县官于隆冬岁暮之际，“照农忙之例，停讼展限……违者照例揭参”。

(二) 中华法系与稳固的血缘地缘关系

中国古代是沿着由家而国的途径进入阶级社会的，因此宗法血缘关系对于社会和国家许多方面都有着强烈的影响。西周时期宗法与政治高度结合，无论国家组成、政治结构与国家活动，都以血缘与政治的二重原则为依据。进入封建社会以后，宗法制度虽然不直接体现为政治制度，但宗法的原则、精神和规矩却广泛渗透于社会每个家庭。随着儒家思想被确认为统治思想，儒家所倡导的伦常关系更赋予宗法制度以新的权威。尊祖敬宗的观念不仅是维护宗族的精神力量，也是支撑社会的道德支柱。

在中国封建的法律体系中，调整以父权为核心的家族间权利义务关系的伦理法，占有十分重要的地位，其实质在于通过维护家长权进而巩固君权。中国古代家族本位的伦理法，具有高度的稳定性是其它法系所不具备的特点。除此之外，唐宋以来在较大的家庭中多制订家法族规，成为规范族人的行为准则。家法族规的宗旨与内容，不外孝顺父母、尊敬长上、友爱兄弟、和睦相处、遵守国法、缴纳课赋等等，因此国家承认家法族规的合法性，是国法的补充形式。

除血缘关系外，在封建式的自给自足的小农经济基础上形成了安土重迁的观念，这是维系农业再生产的必要条件，也是国家安全的要求。由安土重迁发展成和睦相处的乡村社会的地缘关系。早在儒家经典《春秋左传·隐公六年》中就有：“亲仁善邻，国之宝也”的记载。从政治治理的角度看，要达到一个有序的和谐社会，自然离不开百姓居住生活的和睦相处。《春秋左传·僖公十三年》说：“救灾恤邻，道也。行道有福。”宋理学家王豫《蕉窗日记》有云，“治家严，家乃和；居乡恕，乡乃睦。”邻里之间不仅共同承担弥盗安民的政治责任，在财产的转移中法律也明文规定买卖田宅先族亲次邻右的人优先权。

在稳定的血缘地缘关系的作用下，古代司法中盛行调处息讼。调处息讼早在秦汉时期便适用于民事诉讼。至唐代调解蔚然成风，高宗时元让以太子右内率府长史任岗还乡，“乡人有所争讼，不诣州县，皆就（元）让决焉。”^②由于调处息讼具有良好的社会效果，因此受到最高统治者的倡导。从顺治的《圣谕六条》、康熙的《圣谕十六条》，到雍正的《圣谕广训》，都含有“和乡党以息争讼”的内容。

在流行的家法族规中也要求族内成员不得轻易告官涉讼。安徽桐城《祝氏宗谱》规定：“族众有争竞者，必先鸣户尊、房长理处，不得遽兴讼端，倘有倚分逼挟侍符欺弱及遇事挑唆者，除户长禀首外，家规惩治”。江西南昌《魏氏宗

① 《大清律例》卷三十，《刑律·诉讼·告状不受理》。

② 《旧唐书》卷一八八，《孝友·元让传》。

谱》规定：“族内有口角小愤及田土差役帐目等项，必须先经投族众剖决是非，不得径往府县诬告滋蔓”。

清朝是末代封建王朝，就调解制度而言达到了相当完备的程度。清代调处分为州县调处与民间调处。州县调处是在州县官主持下对民事案件及轻微刑事案件的调处，是诉讼内调处，带有一定的强制性。根据档案材料，在当事人“吁请”息讼的甘结中，双方均需申明“依奉结得”，即遵命和息。州县官还通过“不准”状的办法，促成双方和解，所谓“善批者可以解释诬妄于讼起之初。”^①

由于调处息讼是州县官的治绩，和“大计”（考察地方官）的重要指标，因此州县官对于自理案件，首先着眼于调处，调处不成时，才予以审决。康熙时陆陇其任河北灵寿县知县，每审民事案件，则传唤原告、被告到庭，劝导双方：“尔原被（告）非亲即故，非故即邻，平日皆情之至密者，今不过为户婚、田土、钱债细事，一时拂意，不能忍耐，致启讼端。殊不知一讼之兴，未见曲直，而吏有纸张之费，役有饭食之需，证佐之友必须酬劳，往往所费多于所争，且守候公门，费时失业。一经官断，须有输赢，从此乡党变为讼仇，薄产化为乌有，切齿数世，悔之晚矣”^②。除州县官当堂调处外，民间调处是诉讼外调处，其主要形式即宗族调处、乡邻调处及基层组织调处，而以宗族调处最为普遍。以血缘关系为基础的宗族内纠纷一般先由族长剖决是非，不得轻易告官涉讼。安徽桐城《祝氏宗谱》规定：“族众有争竞者，必先鸣户尊、房长理处，不得遽兴讼端，倘有倚分逼挟恃符欺弱及遇事挑唆者，除户长禀首外，家规惩治”。

可见，民间发生的大量民事纠纷，在告官兴讼之前，往往在家族内部经由族长调处化解。但由于宗族内部成员在身份上有严格的尊卑之分，又有远近亲疏的支派之别，特别是门房的人丁财势有强弱，嫡庶之间法定的权力有高下，因此族内成员在接受调处时，往往因其在族内的地位而处于不平等的状态，既无法抵制族长的意志干预，又不得不忍受某种偏袒。如一味坚持己见，则会被斥为目无尊长，因此宗族调处也带有某种强迫性。至于乡邻调处，植根于悠久的、强固的地缘关系，因此一旦发生争讼，也可以起到一定的作用。

清代调处，经过漫长的发展过程，形成了一套严整的规则。如调处的范围是民事案件和轻微的刑事案件，超出此范围即为法律所不允许；调处是在国家权力机构的制约下进行的，通过诉讼外的调处，调动了各种社会力量投入到调处息讼中来。凡参与调处的乡邻、宗族，都要本着息讼止争、利国利民的目的，不得借机挑讼，从中渔利；调处的基本依据是国法，由于清代民事法律渊源的多样性，家法、乡规、民约都可作为法律渊源选用，但与国法相悖者无效。因此，尽管调处盛行，却并没有影响法律的统一适用。但调处的着眼点重在息讼，忽略查明纠纷的事实真相，分清责任。而又常常借势压服一方，损害了当事人的正当权益。

① 白如珍：《论批呈词》，见《牧令书》卷一八。

② 吴炽昌：《续客商前话》卷三。

更有甚者,每当调处不成,当事人坚持告官审理时,便被指斥为“刁民妄滋兴讼成习”,轻则训戒,重则板责,然后再审。由此在民间滋长了普遍的畏讼、厌讼心理,缺乏依法保护自己权益的法律意识。这是中国古代调处息讼的消极影响。

(三) 中华法系与专制主义的政治制度

中华法系是在君主专制背景下孕育成长、发展的,因此它服务于专制主义中央集权的政治制度。自公元前221年,秦灭六国建立统一的封建中央集权的国家以后,专制主义的政治制度一直沿着螺旋上升的轨迹不断强化,在中华法系的法律框架下,皇权是至高无上的,凌驾于法律之上,成了所有中华法系国家中一个共同的特色。自秦统一以来,立法权便高度集中于中央,集中于皇帝。皇帝“命为制,令为诏”,出言为法,不存在拥有立法权或者主管立法事宜的国家机关。法典的编纂均由皇帝遴选或者指定官员主持,以至于贯穿整个封建时代的重要立法,都以“钦定”的名义颁布。为了给皇帝立法披上一层神圣的外衣,历代法典都标榜圣人,则天作法,《唐律疏议》名例说:“天垂象,圣人则之”,于是“观雷电而制威刑,睹秋霜而有肃杀”。

为了保护皇权,自隋唐起历代法典都规定“十恶”之罪。凡犯有“谋反、谋叛、谋大逆”等罪,不仅本人“决不待时”施以酷刑,而且诛连甚广。由于重公权轻私权,因此国家刑法发达,而涉及民间田土钱债的民事行为则视为细事,缺乏应有的法律调整。

皇帝又是国家最高行政权力的握有者,他通过诏、令、制、敕指挥国家的行政活动;召集朝议、朝会决定大政大狱,并通过耳目之司的监察官监督百官,以发挥官僚系统的职能,并由皇帝掌握最高的司法权与死刑的最后裁判权。这是行政干预司法、司法权附庸于行政权最集中的体现。除皇帝外,朝廷中的行政高官也握有不等的司法权,明清时期参与九卿会审的大员多为行政官员,而九卿会审却是死刑复核的最后程序。地方州县临民之官,既是行政长官也是司法长官,二者合二而一。省虽设专职司法机关,但非最高审级,最高审级仍为最高行政长官,总督、巡抚。可见中国古代司法与行政不分是由专制主义的政治制度决定的。司法权依附于行政权的结果,总体上丧失了应有的独立性,也没有专职的职业法官,刑名幕吏只不过是长官的佐治,而非司法官员。

由于法律是安民立政、禁暴惩奸的治世之具,因此有作为的皇帝是重视甚至亲自主持立法的。明太祖朱元璋,便命李善长等“日具刑名条目以上”,“吾亲酌议焉”^①。洪武三十年大明律成,负责修律的刘惟谦在《进明律表》中说:“每一篇成,辄缮书上奏揭于西庑之壁,亲御翰墨为之裁定……圣虑渊深,上稽天理,下揆人情,成此百代准绳。”

在司法方面,唐太宗于贞观初期坚持“人有所犯,一断于法”,为历代所称道。即使末代封建王朝的清朝,康乾之世皇帝也力求司法公正,以维持社会的安

^① 《明史·刑法志》。

定。康熙二十二年（1683年）康熙帝曾就秋审下谕：“人命事关重大……情有可原，即开生路。”^①康熙四十年（1701年）康熙帝在诏书中再次表露了他对秋审的重视和对刑部的批评，“朕详阅秋审重案，字句多误，廷臣竟未察出一二，刑部尤为不慎，其议罚之。”^②雍正三年（1725年）五月二十七日雍正帝在上谕中自称：“临御以来，钦恤刑狱，每遇法司奏讞，必再三复核，惟恐稍有未协。”^③乾隆十四年（1749年）乾隆帝下谕，改秋审三复奏为一复奏，强调指出：“各省秋审亦皆三复奏，自为慎重民命，即古三刺三宥遗制，谓临刑之际，必致详审不可稍有忽略耳，非必以三为节也。朕每当勾决之年置招册于傍，反复省览，常至五六遍，必令毫无疑义，至临勾时，犹必与大学士等斟酌再四，然后予勾，岂啻三复已哉。若夫三复，本章科臣勿剧具题，不无亥豕，且限不时日，岂能逐本全览，嗣后刑科复奏，各省皆令一次。”^④

为督励官员公正司法，监察机关以司法监察为重点。早在秦统一后便于郡设置专职监察官——郡御史，驻郡监郡。唐朝御史台设监察御史，作为皇帝耳目之司，每巡按地方，则以纠视刑狱列为首项，大者奏裁，小者覆审立决。由唐迄清所颁布的监察法规中，司法监察均为核心内容，但是封建时代的司法监察是专制制度下的一种机制，往往受制于皇帝的意志，因而其积极作用是有限的。

（四）中华法系与儒家学说的统治地位

春秋战国时期百家争鸣、诸说并存，至汉武帝“罢黜百家、独尊儒术”，儒家学说占据统治地位。在儒家文化影响下的中华法系具有以下特点：

其一，以法律的形式确立“三纲六纪”。

所谓“三纲”，即“君为臣纲，父为子纲，夫为妻纲。”所谓“六纪”，一为诸父、二为兄弟、三为族人、四为诸舅、五为师长、六为朋友。这不仅涵盖了主要的社会关系，并且规范了人与人相处的法则和礼数。因此，季羨林先生曾评论说：“因为自有社会以来，必然要有一种规则来维系，不然的话社会就会乱七八糟……《白虎通》的‘三纲六纪’把当时社会所有的人际关系都规定了。”^⑤在中国古代法律中，三纲六纪法律化为法典的基本内容，表现了中华法系儒家化的基本倾向。

其二，蕴涵“天下归仁”的人本主义思想。

中国古代人本主义是一种相当理性的思维方式，其在法律上表现是为强烈的人文主义关怀。

（1）德主刑辅，明刑弼教。“明德慎罚”是西周治国的基本理念。由于“天命靡常”，“惟德是辅”，故提倡明德、尚德、敬德。至于“慎罚”则在于爱惜民

① 《清史稿·刑法志》。

② 《清史稿·圣祖本纪》。

③ 《大清律例通考》卷一。

④ 《钦定台规》卷一四。

⑤ 季羨林：“略论中国文化及其特点”，载季羨林：《阅世心语》，陕西师范大学出版社2007年版。

命,使刑罚得中。这一理念经过数代儒家推演,发展至汉代,形成了完整的“德主刑辅,明刑弼教”的法制指导思想,并得到历代统治者的高度认同。其原因就在于通过以德化民,将人们的思想、行为纳入德治的轨道,借以预防犯罪。同时,彰显法律自身潜在的教化作用,即所谓明刑弼教。如同儒家大师荀子所说:“明礼义以化之,起法正以治之,重刑罚以禁之。”^①《唐律疏议》进而将德礼与刑罚界定为“本”、“用”关系,并以自然现象比喻其相互关联密不可分:“德礼为政教之本,刑罚为政教之用,犹昏晓阳秋相需而成者也。”德礼重在导民向善,所谓“禁于将然之前”,刑罚重在禁人为非,所谓“禁已然之后”。明太祖朱元璋从统治经验中认识到“礼乐者治平之膏粱,刑政者救弊之药石”,惟有“以德化天下”,兼“明刑制具以齐之”^②,才能使国家长治久安。

(2) 法致中和,宽猛相济。《礼记·中庸》:“喜怒哀乐之未发,谓之中,发而皆中节谓之和,中也者,天下之大本也,和也者,天下之达道也,致中和,天地位焉,万物育焉。”可见,在儒家经典中,中和是最高的道德标准,达到“致中和”的境界就会产生“天地位焉,万物育焉”的神秘效果。中和表现在司法上含有执法公平、准确、宽猛合于法度之意。《荀子·王制篇》说:“故公平者,职之衡也,中和者,听之绳也。”杨琼注曰:“中和,谓宽猛得中也”。“听”泛指处理政事、执法断案,所谓“以五声听狱讼。”为使法“致中和”,必先兴礼乐,孔子说:“礼乐不兴,则刑罚不中”,又说:“政宽则民慢,慢则纠之以猛;猛则民残,残则施之以宽,宽以济猛,猛以济宽,政是以和。”^③汉时董仲舒还运用阴阳五行之说,阐明刑罚不中所带来的后果:“刑罚不中,则生邪气,邪气积于下,怨恶蓄于上,上下不和,则阴阳缪戾而妖孽生矣,此灾异所缘而起也。”^④

法致中和,除追求司法公正、宽猛适度,进而达到人际和谐、社会和谐之外,还追求人与自然的和谐。儒家提出的“天地之大德曰生”^⑤,表明作为个体的人是和生生不息的自然界联系在一起的。儒家通过“天人合德”的论述,进一步阐明了人与自然和谐的伦理道德基础。宋儒张载强调“儒者则因明致诚,因诚致明,故天人合一。”^⑥他所说“穷天人之际,穹古今之变。”就在于如何建立自然与人的和谐关系。汉以后实行的秋冬行刑都旨在使司法顺阴阳、则五行、合天时,实现与自然的和谐。

(3) 慎刑、恤刑、重惜民命。所谓慎刑,即不“乱罚无罪、杀无辜”,以免“怨有同,是丛于厥身。”^⑦这是周初从商末滥刑肆杀,招致亡国的历史教训中所总结出的,对于后世极有影响,历代的开明之君多以减少死刑,重惜民命相标

① 《荀子·礼论》。

② 《明太祖实录》卷一六二。

③ 《左传·昭公二十六年》。

④ 《汉书·董仲舒传》。

⑤ 《二程集·遗书》

⑥ 《正蒙·诚明》。

⑦ 《尚书·康诰》。

榜。隋文帝时鉴于地方州郡县滥用死刑，激化社会矛盾，故而规定：“诸州囚有处死，不得驰驿行决”；“诸州死罪不得便决，悉移大理案覆，事尽然后上省奏裁”^①，从此将死刑的执行权收归朝廷，由皇帝亲自掌握，成为一项定制。贞观初期，《贞观律》虽以《隋律》为基础，但减死罪92条，并且创行死刑复核程序，擅自执行者治罪。《唐律疏议·断狱》：死刑“奏画已讫，应行刑者，皆三复，奏讫，然始下决”，“不待复奏报下而决者，流二千里。”后又改三复奏为五复奏，并下诏：“自今门下复理，有据法合死而情有可宥者，宜录状奏。”由于唐初采取了重民命、慎刑罚、援法治等一系列措施，造就了贞观之治的盛世。唐以后，宋元明清各朝基本沿袭唐制。清朝死刑执行前实行秋审会审制，对于保护人命、纠正错案起到了一定的作用。乾隆三十年湖南官犯饶佺，以回护已过被判处死刑，但浙江省知府黄象震也以承审回护判处军台效力，二者同罪异罚，对此乾隆皇帝“急谕湖南巡抚将饶暂停处决，令刑部查明两案情节不同，始行明谕处分。”嘉庆七年秋审时拟将广东斗殴杀人犯姚得辉，由“缓决”改判“情实”，援引乾隆十八年“一命必有一抵之旨”为据。对此嘉庆帝御批如下：“一命一抵原指械斗等案而言，至寻常斗殴，各毙各命，自当酌情理之平，分别实缓，若拘泥‘一命必有一抵’之语，则是秋鞫囚徒，凡杀伤毙命之案，将尽行问拟情实，可不必有缓决一项，有是理乎，命仍照原拟入缓。”^②

(4) 矜老恤幼，宽宥废疾。儒家经典《礼记·礼运》篇中所描述的“使老有所终，壮有所用，幼有所长，鳏寡孤独皆有所养”的大同社会景象，在中华法系中也有所体现。汉以后法律都给予鳏寡孤独、老疾废疾等弱势群体以特殊的矜恤。《唐律疏议》：“诸年七十以上，十五以下及废疾，犯流罪以下，收赎”；“八十以上，十岁以下及笃疾，犯反、逆、杀人应死者，上请；盗及伤人者，亦收赎”；“九十以上，七岁以下，虽有死罪，不加刑”。还特别规定：“诸犯罪时虽未老、疾，而事发时老、疾者，依老、疾论”；“犯罪时幼小，事发时长大，依幼小论”。“妇人犯流者，留住、收赎”，“妇人年六十及废疾，免流配。”

另据《唐令拾遗》“残”分为三类：“诸一目盲、两耳聋、手无二指、足无三指、手足无大拇指、秃疮无发、久漏下重；大癭症，如此之类，皆为残疾。痴症、侏儒、腰脊折、一肢废，如此之类，皆为废疾。恶疾、癫狂、两肢废、两目盲，如此之类，皆为笃疾。”凡废疾、笃疾犯罪或听收赎，或奏闻取旨。以《大清律例》为例：“……废疾，犯流罪以下，收赎……笃疾，犯杀人应死者，议拟奏闻，取自上裁。盗及伤人者，办收赎，余皆勿论”。“凡老幼及废疾犯罪，律该收赎者，若例该枷号，一体放免；应得杖罪仍令收赎。”^③

此类保障特殊人群的法律不仅形成早，而且历代辗转相承，具有连续性和一贯性，这在同时期世界法制史上是少有的，突出地显示了中华法系的文明特质。

① 《隋书·刑法志》。

② 《清史稿·刑法志》。

③ 《大清律例卷五·名例律下》。

在中国古代法律中存留养亲,免死承祀的规定,也最能体现儒家亲伦精神与人道主义原则。所谓留养承祀,指按法应处死者是独子,或犯人父母老病无人奉养,可免死,使之回家奉养父母,不致绝嗣。《唐律疏议》中规定:“诸犯死罪非十恶,而祖父母、父母老疾应侍,家无期亲成丁者,上请”^①,这条规定被明清律所继承。

(五) 中华法系与统一多民族的国家构成

中国自秦汉以来便形成了统一多民族的国家,“中华民族”作为一个整体,不仅有着同源的文化,而且在漫长的发展过程中,不同程度地进行着交流与融合,正是超越一种一族的民族精神造就了绚烂多彩的中华文明,凝聚成厚重的“中华魂”。中华法系也如同中华民族发展历史一样,由众多支流汇集成滚滚长江。

史载上古时期,华夏族以外的苗民,便开始制定法律,所谓“苗民弗用灵,制以刑……爰始淫为劓、刖、椓、黥,越兹利刑并制,罔差有辞”^②。其后黄帝灭其族而用其刑,使苗民的刑制发展成为整个夏商周三代通行的奴隶制五刑:墨、劓、刖、宫、辟,并沿用至汉初。南北朝时期,少数民族相继在广大的中原地区建立了政权。同时根据统治广大中原地区的需要,结合本民族的习惯,制定了适用范围不同的法律,丰富了中华法文化的内容,甚至创造了为隋唐律所直接取法的法律范本。

唐朝统治者对少数民族的法律和习俗持认同态度,《唐律疏议》在处理化外人相犯时就提出这样的原则:“诸化外人,同类相犯者,各依本俗法,异类相犯者,以法律论。”在此条律文的疏议中特别提到:“‘化外人’谓蕃夷之国,别立君长者,各有风俗,制法不同。其有同类自相犯者,须问本国之制,依其俗法断之。”^③由此开创了在统一多民族国家中,不同的民族在特定条件下可以适用本民族法律的先河。这条规定也从一个侧面反映了各族法律的发展状况,以及在互相交流中不断地得到演进的历史事实。

在宋朝统治期间,契丹族、党项族、女真族先后崛起,建立了辽、西夏、金等国,分别制定了既吸收中原地区传统法律文化,又具有各民族特色的辽《重熙新定条例》、金《泰和律义》、西夏《天盛改旧新定律令》等。辽金律已佚,只有西夏国天盛年间制定的《改旧新定律令》保存完好。^④《天盛改旧新定律令》“是中国历史上第一部用少数民族文字印行的法典……其详细程度为现存中古法律之最。法典总计二十余万,没有注释和案例,全部是律令条文,其内容包括刑

① 《唐律疏议·名例》。

② 《魏书·刑法志》。

③ 《唐律疏议》卷六“化外人相犯”条。

④ 史金波、聂鸿音、白滨译注:《天盛改旧新定律令》,法律出版社2000年版,原文献藏于俄国科学院东方研究所圣彼得堡分所。

法、诉讼法、民法、经济法、军事法，多方位地反映了西夏社会生活的各个方面。”^①

至元代，在蒙古族的统治下，天下又合而为一。元朝统治的疆域空前辽阔，其法制的民族性、创造性更加明显。目前存留的《大元通制条格》既是中华民族法制史上重要的一部法典，又是蒙古族法制文化所达到的高度的代表。^②

清朝在关外开国肇基时期，便采用“参汉酌金”的立法路线，创造了民族特色鲜明而又迅速封建化的关外法制。入关以后，更将“参汉酌金”的路线推向全国。顺治三年制定的《大清律集解附例》其实是大明律的翻版。随着汉满法文化交流的深化，至乾隆五年修订的《大清律例》，除某些确认满族权益的特殊规定外，实质上已经成为与唐明律相同的正统封建法典。

清朝还设立了理藩院作为专管民族事务的机关，是中央政府的重要行政部门之一，为民族管理的法制化、规范化提供了组织保证。清朝政府除制定《理藩院则例》外，还根据民族特色和地域条件，制定了专门适用于某些少数民族地区的基本法和单行法，如《蒙古律例》、《西宁青海番夷成例》、《西藏章程》、《回疆则例》等。《大清会典》里也汇编了有关适用于少数民族的诉讼、审判、定罪、量刑等方面的律例近百条。这都标志着民族立法进入了前所未有的辉煌时期。

以上可见，自从中华民族进入文明时起，在中华大地上便孕育了包括汉族在内的众多的民族。尽管它们在不同的时代，由于文化、经济、政策发展的差别而处于不同的历史地位，对于缔造中华法系所起的作用也有所不同，但无论如何，中华法系是各族人民共同缔造的，凝聚了各族人民的法律智慧，是各民族的法律文化与法制经验相互交流与吸收的结果。

除少数民族政权制定法丰富了中华法系之外，流行于少数民族间的习惯法，也是中华法文化的组成部分。其历史悠久，特色鲜明，密切联系社会生活，服务于社会生活，具有深厚的群众基础和较高的权威，在各民族中实际起着相当有效的调整作用。它们的存在有其必要性与合理性，是中华法文化的组成部分，由此不难理解中华法系是以汉族为主体，中华民族共同缔造的。

二、中华法系在当今形势下继承和创新的意義

通过总结分析中华法系与传统国情的内在联系，不仅可以准确地抽象中华法系的特点，而且也可为在当今形势下继承和创新中华法系提供明确的方向——摒弃曾经为专制社会所固有的法律与制度，传承和发展为中华土壤所生长并具有突破时空价值的民主性因素。

需要指出，为以巩固中央集权专制主义为最终归宿的中华法系已经随着专制

① 史金波、聂鸿音、白滨译注：《天盛改旧新定律令》（前言），法律出版社2000年版。

② 《大元通制条格》是有元一代典章《大元通制》的主要部分，另外的《断例》、《指挥》已佚，但仅仅看条格部分，即可知元代法制的完善与独创性，目前比较好的点校本有方龄贵校注的《通制条格校注》（中华书局2001年版）以及郭成伟点校的《大元通制条格》（法律出版社2000年版）。

时代的终结总体上消亡了,无论重塑还是复兴中华法系,都决不是以唐律为代表的旧中华法系的复兴。

近代以来,我国法律的发展,基本上是与传统中华法系渐行渐远的过程,清末法律改革自觉不自觉地选择了全盘西化的途径。即经由日本、吸收了欧陆法律文明。但是随着法律在社会生活中的运用,外来法律与本国生活实际出现了越来越多的不适应性,曾经被推崇备至的西方法律文化,其实也并不是最完备最理想的。一位富有中国文化涵养又久居海外的学者余英时观察到:“但是西方的基本文化内涵并不限于这两项(指民主与科学),其中如过度发展的个人主义、漫无限制的利得精神、日益繁复的诉讼制度、轻老溺幼的社会风气、紧张冲突的心理状态之类,则不但未能一一适合于其他非西方的社会,而且已引起西方人自己的深切反省。在现实世界中我们找不到任何一个具体的西方现代生活十全十美、足供借镜的(例子)。”^①可见,即使是西方本土,也发现自己文化中存在着难以克服的弊端。因此,在我们睁眼看世界,借鉴吸收外来法律文化的同时,也需要回头看,检索中华民族宝库中的具有超越时空的法律文明要素。

当然,我们传承的,不是僵化的古代法律制度条文,而是发源于中华民族本土上的,体现中华民族伟大创造力的理性思维的法律成果。譬如,以人为本,肯定人的价值的法理念与法律规定;人与社会、人与自然和谐的社会观、天道观、法律观;以礼为核心,礼、乐、政、刑综合为治的政治导向;法与道德相互支撑,情理法三者统一的伦理法制;援法断罪、罚当其罪的平等观与法治观;保护鳏寡孤独、老幼妇残等社会弱势群体的恤刑原则等等。这些不仅有利于防止社会矛盾的激化,达到社会的和谐,从某种意义说来,也有助于摆脱余氏所描述的西方法律文化的困境。

当今的法律变革,从总体看,源自西方的法律思维与制度依然占据主流地位,但是为了建设具有中国特色的社会主义法制,纯粹的西方化法律发展模式已经难以实现这一历史任务。我们需要返本开新,走中华民族独立创新自主的路。季羨林先生说得好:“西方形而上学的分析已快走到尽头,而东方的寻求整体的综合必将取而代之。以分析为基础的西方文化也将随之衰微,代之而起的必然是以综合为基础的东方文化。取代不是消灭,而是在过去几百年来西方文化所达到的水平的基础上,用东方整体着眼和普遍联系的综合思维方式,以东方文化为主导,吸收西方文化中的精华,把人类文化发展推向一个更高的阶段,这种取代,在21世纪中就可可见分晓。”^②由此,在当前形势下,研究如何传承与发展中华法系的合理内涵便具有十分现实的意义。在中央强调中华民族伟大复兴之际,复兴中华法系绝不是复旧,绝不是保守,而是在旧有合理基础上的伟大创新,把适合于中国传统国情的本土文化融入到现实的法制建设中来,找到中国与世界、历史与

① 余英时著:《中国思想传统的现代诠释》,江苏人民出版社2003年版。

② 季羨林:“21世纪:东方文化的时代”,载季羨林:《阅世心语》,陕西师范大学出版社2007年版。

现实的契合点，这是一个十分艰巨的科学研究的任务。需要 we 继续踏踏实实地探索，研究其生成的规律，实事求是地总结其历史价值。一句话，只有把握中华法系的精髓，才能使复兴中华法系不流为空谈。