

普通高等教育精编法学教材

中国法制史

ZHONGGUO FAZHISHI

邓建鹏◎著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

普通高等教育精编法学教材

本书由中央民族大学2005工程资助出版

中国法制史

ZHONGGUO FAZHISHI

邓建鹏◎著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国法制史/邓建鹏著. —北京:北京大学出版社,2011.6

(普通高等教育精编法学教材)

ISBN 978-7-301-18868-2

I. ①中… II. ①邓… 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 081695 号

书 名: 中国法制史

著作责任者: 邓建鹏 著

责任编辑: 李 铎

标准书号: ISBN 978-7-301-18868-2/D·2850

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 河北滦县鑫华书刊印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 26.25 印张 471 千字

2011 年 6 月第 1 版 2011 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 45.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

前 言

写作本书时,耳边一直响起古龙谈武侠小说写法时的反问:谁规定武侠小说一定要怎么写,才能算正宗?一部作品,若对其撰写规定过于细节的要求,这样的作品就会了无新意。同理,《中国法制史》的编写模式虽然要遵循起码的基本要求,但是,如果对教材编写的方方面面设定具体细则及一成不变的套路,“以八股文式的起承转合线性发展的通套之词描述中国法制史的发展路径”(张世明教授语),那一定会制造出没有生命力的教材,读之令人生厌!

著者积十年中国法制史研习经历、六年《中国法制史》教学经验与教材编写准备,尝试在本书中不仅提供中国法制史基本知识,而且力图寻找不同时期法制背后的联系;解析历代法制变与不变的原因;法制与社会的相互关联以及社会变化对法制的影响。综上,以求汇通之意。

本书打破单纯按朝代划分中国法制史或早前依五种社会形态划分中国法制史的模式。著者认为,这种阶段划分不符合中国法制原本的演变过程。本书力图按照法制自身(以国家制定法为主体)的发展变化区分其历程。

本书希望促进青年学生研习法制史的兴趣,初步获得法学的历史素养,进而为学习与思考当今法律问题提供有益帮助。“旧时法制已逝,法制史学者将它复活。那些将这消失的生命唤回并启示今人的,当永为师表。”本书力求通俗易懂、生动活泼,兼及学术思考的深度,内容有较强的延展性,适合作法学本科生与硕士生教材。

书稿先后承蒙武树臣师、黄东海博士、尤陈俊博士及孙晴同学提供一些修订建议,徒弟海丹、周东旭、谢晶、魏瑶、张琳等辛勤校对全文,甚为给力。书稿在中央民族大学法学院2010级法学3班先期试用,36位同学热情提出各种反馈意见。著者谨向上述各位致以深深的谢意!当然,文责均由著者自负。著者自投身学术,向获周静芳女士、田涛师、季卫东教授、苏亦工教授、易继明学长、李红海学长等实质鼓励与支持,R. Randle Edwards(爱德华)教授、Madeleine Zelin(曾小萍)教授、Benjamin L. Liebman(李本)教授、邵东方教授、Matthew H. Sommer(苏成捷)教授先后向著者提供赴哥伦比亚大学和斯

坦福大学访学与学术交流的机会,拓展学术视野,均令著者铭记。本书的撰写与出版得到中央民族大学法学院领导与同仁的支持,本书责任编辑李铎先生细心校对,著者深表谢意。在人人争出教材的时代,著者愧于著述皆为稻粱谋,惟倾尽全力,稍减内疚心。读者于本书有任何疑问,欢迎致信:djp@pku.org.cn。

邓建鹏 谨识

2011年1月16日

目 录

导 论	(1)
一、为何学	(1)
二、学什么	(5)
三、怎么学	(5)

上编 传统法制分论

一、早期中西法制差异	(11)
二、法制的分期	(12)
第一章 法制初创期	(17)
第一节 刑起于兵与法的起源	(19)
一、战争与刑起于兵	(20)
二、刑起于兵对法制的影晌	(26)
三、法起于礼	(28)
第二节 夏商法律制度	(29)
一、夏朝历史简介	(30)
二、夏的法制简况	(30)
三、商代历史简介	(31)
四、商代神权法思想	(31)
五、商代主要法律内容	(32)
第三节 西周的法律制度	(33)
一、西周历史简介	(34)
二、西周政法思想的转变	(35)

三、宗法制度	(36)
四、西周的主要法律形式	(37)
五、周礼及其与刑的关系	(38)
六、主要刑事法律制度	(39)
七、主要刑罚原则与刑事政策	(40)
八、民事管理法制	(41)
九、司法制度	(44)
第二章 法制公开化时期	(47)
第一节 春秋战国的法制	(49)
一、权力下移与社会巨变	(50)
二、春秋法律公开化运动	(55)
三、战国政法改革与法律发展	(58)
第二节 法家风尚与秦至西汉初的法制	(64)
一、秦的历史及皇权政治的开启	(66)
二、云梦秦简与秦律	(67)
三、司法机制	(75)
四、汉代历史简介	(77)
五、西汉初期法制	(79)
第三章 法制儒家化时期	(85)
第一节 汉代法制及其儒家化	(87)
一、董仲舒的政法思想	(88)
二、《春秋》决狱	(91)
三、汉律形式与主要法规	(95)
四、司法机制	(102)
第二节 三国至南北朝的法制及其儒家化	(104)
一、大纷争：三国至南北朝的历史	(104)
二、立法概况	(106)
三、法典结构变化	(110)
四、门阀士族：法制儒家化的中坚力量	(110)
五、魏晋律学	(116)
六、刑罚制度的变化	(120)
七、司法机制	(121)

第四章 律典成熟期	(125)
第一节 隋代法制概况	(128)
一、隋朝历史简介	(129)
二、《开皇律》的主要内容	(130)
三、《大业律》的颁行	(133)
第二节 一代盛典：唐代法制与影响	(133)
一、唐朝历史简介	(134)
二、初唐立法指导思想	(136)
三、法典编订过程	(137)
四、《永徽律》体系与主要内容	(140)
五、唐律基本精神与历史地位	(148)
六、唐代土地与赋税法规	(149)
七、司法机制与法律实效	(152)
第五章 反律典化时期	(157)
第一节 五代至元的转型社会	(159)
一、社会的变迁	(160)
二、五代政局与法制	(161)
三、宋代历史与政局	(163)
四、元代历史与政局	(166)
第二节 宋元的法律制度	(169)
一、宋代主要法律形式	(172)
二、宋代刑罚的变化	(173)
三、司法机制与法医学	(175)
四、法律考试	(182)
五、元代法律形式	(182)
六、司法机制的变化	(187)
第六章 律典衰落期	(191)
第一节 明清政局与律典的衰落	(193)
一、明代历史与政局	(193)
二、得形忘意的明清律典	(196)
第二节 明代法律制度	(199)
一、主要法律形式	(201)
二、重典的表现	(206)

三、司法机制	(209)
四、主要的诉讼制度	(210)
五、会审制度	(212)
第三节 清代法律制度	(213)
一、清代历史与政局	(216)
二、主要法律形式	(217)
三、清代法制的主要特点	(218)
四、司法机制	(221)

中编 传统法制总论

第七章 皇权政治与传统法制	(231)
第一节 皇权政治与经济管理法制	(234)
一、战国的经济管理法制	(238)
二、汉代的经济管理法制	(241)
三、唐代的经济管理法制	(242)
四、宋代的经济管理法制	(243)
五、元代的经济管理法制	(246)
六、明代的经济管理法制	(248)
七、清代的经济管理法制	(249)
八、结论	(250)
第二节 皇权政治与官吏监控法制	(254)
一、权力机构设置循环	(256)
二、官吏监控制度	(259)
三、结论	(267)
第八章 法家思想与传统法制	(271)
第一节 法家及其思想概述	(273)
一、法家流派与作品	(273)
二、主要思想特征	(273)
第二节 法家思想与传统法制	(273)
一、以刑去刑的重刑主义	(274)
二、“法治”的理论	(275)
三、“法治”理论主要来源	(278)

四、对法的思考与影响	(279)
五、弱民思想	(281)
六、抑臣与治吏的策略	(282)
第九章 伦理社会与传统法制	(287)
一、传统法制的家族伦理特征	(289)
二、五服制与传统法律	(290)
三、父家长权与传统法制	(292)
四、伦理社会与法律原则	(294)
第十章 儒家思想与传统法制	(301)
第一节 儒家概述	(303)
第二节 儒家的礼法思想	(304)
一、礼与礼治秩序	(306)
二、德化思想	(309)

下编 近代的法制

导论	(317)
一、法制近代化趋势	(317)
二、传统法制与近代法制差异	(325)
三、法制近代化的阻碍	(326)
第十一章 欧法东渐与晚清修律	(329)
一、晚清历史与政局	(333)
二、刑律修定与礼法之争	(335)
三、预备立宪与制宪	(337)
四、民商律的制定	(340)
五、诉讼律与司法机制的变化	(342)
第十二章 由法治到党治与民国法制	(349)
第一节 南京临时政府的法制	(352)
一、孙中山的政法思想	(357)
二、重要的宪法性文件	(359)
三、其他法令的制定	(362)
第二节 民国北京政府的法制	(364)

一、政权更替与制宪	(364)
二、其他法制主要内容	(371)
三、近代司法制度的确立	(373)
第三节 民国南京政府的法制	(378)
一、训政理论与党国体制	(380)
二、立法体制与立法概况	(384)
三、“六法”体系的建立	(386)
四、司法机制	(394)
附录一 《中国法制史》期末试题举例(闭卷形式)	(400)
附录二 《中国法制史》期末试题举例(开卷形式)	(402)

导 论

► 一、为何学

(一) 知古通今

作为法律专业的学生,当你拿到这本书时,也许会有这样的困惑:法学的目标在于经世致用,这种没有直接实用价值的教材,于我何干?

确实,如果从律师实务或司法审判等角度而言,中国法制史的内容没有什么实用性。谁能指望一位人民法院的法官在司法审判时引用60多年前(国民政府时期)、600年前(明成祖时期)、1600年前(东晋安帝时期)、2600年前(东周定王时期)甚或是3600年前(夏商朝交替之际)的法律条款作为判决依据?但是且慢,纸面上写着的往昔法律虽然早死去,然而,支撑法律条文背后的某些法律思维、立法模式以及中国先民的法律观念和受此影响的法律行为不会因为1949年10月某天的到来而彻底死亡。说白了,我们埋藏了历史,但阻止不了历史从坟墓中潜在地支配着我们。中国今天的一些法律问题、法律现象以及普遍民众的法律观念,仍然或多或少地、有意无意地、或隐或显地受到过去法制的影响。只是因为人们容易对发生于身边的习以为常的事物缺乏敏感,在深入学习中国法制史之前,未曾注意到而已。学习法制史,正可以使我们对身边的某些法律现象恢复敏感的知觉,进而强化观察、思考与学习法律的能力。

为此,先以“契”、“刑”、“灋”三个汉字为例说起。

“契”字从丰从刀,是用刀将需要记录的意思表示刻画在介质材料上,比如竹、木等。如果在刻画后从中间剖开,合同的双方各持其中的一半,在需要的时候进行勘合对比,它就成为一种具有信证意义的合同文书。因此,“契”字是很早的契刻式的合同形式——刻木为信。另外,“契”从“大”。在《说文解字·大部》里面就说:“契,大约也。”大约,是指重要的约定。约本身还有“缠束之义”,也就是说要束缚当事人的权利义务,不得任意更改。“契”这个词虽然司空见惯,但没有学过法制史,你就不了解其背后的法律文化蕴涵。

“刑”字从井从刀,“井”古代为“型”,是铸造青铜器所使用模子的象形,本义为铸造青铜器的模型,没有规矩,不成方圆,后引申为规范、法。从刀,以刑

具刀、锯表示以刑罚罪之意，本义是违背规范而以征伐杀戮犯罪者。因此，“刑”不但是加于个人的处罚，并且有用兵征伐的意思。如《汉书·刑法志》有“大刑用甲兵，其次用斧钺(yuè)；中刑用刀锯，其次用钻笮；薄刑用鞭扑，以威民也。故大者陈之原野，小者致之市朝。”军事征伐之“刑”与刑罚之“刑”合二为一。^①

由于“刑”字源于战争的兵器和生产青铜器的模具，因此，“刑”在古人心中成为一种非常可怕的东西，以致古人一谈到法律，刀锯、斧头及各类刑罚就历历在目，令人毛骨悚然。这种观念一直影响到现在的中国人，避之唯恐不及。一想到法，普通中国人容易将之与严打、杀人放火、枪决罪犯等可怕的现象联系起来，不容易想到法律也是保障公民权利与自由的东西，法律也和人民代表选举政府领导人、人大开会制定法律等密切相关。甚至，现代中国各地电视台“法制节目”的内容也多与刑事案件相关。

“法”字在西周青铜器中已经出现，当时写作“灋”，由三部分组成。其中最具有独特性的是“廌”(zhì)，又称獬(xiè)豸(zhì)，《说文解字》说：“兽也，似牛一角。古者决讼，令触不直者。”廌是中国古代传说中用以司法审判的一种独角神兽(神牛，也有人说羊)，比如《墨子·明鬼》中记载齐庄公以独角神羊断疑难案件。这一独角兽形象在一定程度上成为中国传统法制乃至公平正义的象征。又比如，后来御史大夫(相当于监察官员的官员)所穿的官服上就



(独角兽像)

^① 关于刑的解释，参见李力：《发掘本土的法律观：古文资料中的“礼”及“刑”、“法”、“律”字的法文化考察》，载韩延龙(主编)：《法律史论集》(第3卷)，法律出版社2000年版，第267—272页。

有它的形象。晚清至民国时期,当事人缴纳的诉讼费用凭证——诉讼印纸上所刻画的独角神羊也是渊源于此。当今法律出版社的徽标、一些大学的法学院或人民法院门口也矗立着独角兽的形象。此外,“灋”从“水”,学者认为,“水”即河神,也是古人用以神判的方式。以“水”或“鳧”神判的结果就是“去”,即令被判决有罪者离去。^①

(二) 古为今用

通常,历史上的法制虽对现代社会无直接的实用价值,但是可以给现代中国人充分的启示与智慧。古今中国法制虽有巨大差异,但是中国人固有的行为模式、思考问题的方式并不因为纸面上法律条文的变化而完全变化。先民的许多习惯、法律在今天仍有一定影响。因此,学习中国法制史,一定程度上就是为了更好地理解现在。

中国法制史研究之所以具有向现代中国法学及制度优化提供学术智慧的可能,在于中国现代问题与诸多法律传统息息相关,传统社会某一法律问题所面临的困境及其解决方法有可能作为我们解决当下类似问题的借鉴。文本层面的中国旧有法律制度、概念等与现代法律制度、概念等发生了彻底断裂,但这并不意味着文本之外的其他中国旧有法律传统在现代完全失去影响力。一些研究表明,诸多中国法律传统及其变形至今仍然在延续。比如,民事诉讼法学者王亚新认为,清代中国听讼的制度性理想对理解我国民事诉讼在当代的状况很有参考意义。^②有的法律传统甚至仍广泛支配现代中国的社会秩序。比如,有学者在湖北乡村调查发现,中国现代乡村的分家习惯与赡养惯例同中国传统制度一脉相承,但这并未体现到现代中国的民事法律中,导致源自西方继承观念的国家法与民间惯例和社会秩序相背离。^③正因为法律传统的连续性,有的日本学者倡导将中国法律的历史与现代联系起来进行综合考察与研究,因为尽管现代中国法与古代中国法有着本质的区别,但仍不可避免地受到古代社会的历史和文化传统的影响。^④这些思路无疑对研究现代法律问题的解决颇具启示。此外,还可对中国历史上存在的优秀法律传统进行发掘、分析、总结和概括,深入考证和阐释中国传统法律的价值理

^① 关于法的解释,参见李力:《发掘本土的法律观:古文资料中的“礼”及“刑”,“法”,“律”字的法文化考察》,载韩延龙(主编):《法律史论集》(第3卷),法律出版社2000年版,第273—275页。

^② 参见王亚新:《对抗与判定:日本民事诉讼的基本结构》,清华大学出版社2002年版,第199页。

^③ 参见何永红:《中国农村赡养习惯与国家法的背离》,载《私法》(总第9卷),北京大学出版社2005年版。

^④ 参见李青:《日本东京大学中国法制史资料藏书》,载张中秋(编):《法律史学科发展国际学术研讨会文集》,中国政法大学出版社2006年版,第421页。

念、制度设计、司法适用技术等,寻找中国传统法律中的制度理性和法律智慧。因此,面向现代的中国法制史研究通过联系过去与现在,有可能化历史之成败为思考当今问题的智慧。

中国法律的传统尤其是运作模式、法律思维与法律心理状态以及民事习惯等深深影响了普通中国人的心态、意识以及日常社会行为,并在现代社会尤其是中国广大农村传承下来。旧时法制因为时间久远,而对于今人愈加陌生,加大了现代学者对法制史理解与把握的难度。但是由于古今法律的联系与法律传统的传承,学者可以通过对某些现代法制的把握加强对部分法律传统的理解,以及通过对部分古代法制的研习深化对一些现代法制的认识。中国大陆学者立足于中国的法律场景,对本土法制背景长期耳濡目染,长期身临其境的他们有更多机会切实感受本国法律传统的延续,从而有可能做出有深度的研究。为此,中国学者针对这些联系古今的法律传统开展社会调查,通过对这些活的法律传统的零距离接触,切身感受中国法制史的内涵,有助于回应现代法律问题。

反之,如果无视中国法(广义上的)的历史,有时就会对现今法制产生困惑,甚至使制定的某些法在现代中国难以通行。比如,分家析产习惯自二千多年前的商鞅变法(“民有二男以上不分异者,倍其赋”^①)以来,历代法典中尽管规定如父母在世,禁止子孙别籍异财,但事实上“分家析产”作为一种延续上千年的民事习惯,在基层社会中获得民间强有力的支持,因此历代法典不得不容忍了这种行为。比如,《唐律》规定:父母只要许可结婚后的儿子分家,便系合法。这种分家析产的习惯在当代中国农村仍然普遍存在。然而这种分家习惯与当代中国的《继承法》很不一致。后者规定父母死亡,继承开始,且子女有平等财产继承权。这容易导致在现实中出现固有民事习惯和移植自近现代西方的民法产生冲突。不仅如此,在中国进行民事立法时,有的民法学者提出民事习惯虚无主义或无用论,这种观点更令人惊讶!

19世纪德国历史法学派代表萨维尼在《论立法与法学的当代使命》中说,法律是民族精神的体现,如同语言、文字、风俗体现在民族精神中。我们认为,法律应该是对具有普遍性的社会生活的回应。因此,否定或忽视民事习惯的民法典,容易导致法的运作与现实生活相冲突。中国当代的继承法之所以和中国基层社会一定程度的脱节,以及民法法典化过程中有的民法学者忽视民间习惯的广泛存在,重要原因就在于对中国传统法制不甚了解。

诸如此类的例子说明:中国法律制度尽管早已发生巨大变化,但是其所

^① 《史记》卷六十八《商君鞅列传》。

应对的那个社会、那个民族，却是自传统中一脉相承。传统社会的许多问题，并不单单因为法律文本的转变就消失。

因此，学习中国法制史，一定程度上就是学习探索当代中国的法律问题——尽管不是全部。面对当代中国法制建设的诸种问题，由于我们身在其中，作为局内人的我们未必看得很清楚。但是，由于许多问题直接源自于中国传统社会，因此，学习和研究历史上的法制得失，我们作为“局外人”，后退数百年或数千年，有可能具备类似于“事后诸葛亮”那样的智慧，把历史看得更清，明了旧时法制成败背后的原因所在，为我们当下的制度建构及个案纠纷的解决方案提供历史与学术的智慧。化制度之成败为历史的启示。

▶ 二、学什么

本课程所安排的时间有限，中国法制史的内容又博大精深。为此，我们只能选择学习那些在历史上发挥重大影响的制度、司法机制和相关的某些政法思想，大致包括如下方面：(1) 历代主要的法律制度及其演变；(2) 历代重要司法机构及其演变；(3) 历代主要的诉讼制度及其演变。

以上三个层次实际上是中国法制史整体的三个主要表象。法律制度主要为文本层面的体现，是当时立法思想的具体表现；司法机构是法律的执行和法律规定得以实现的媒介；诉讼制度是保障或限定当事人向官方寻求纠纷解决的模式。司法机构连接纸面上的法与行动中的法，三者构成中国法制史大致的整体图像。

▶ 三、怎么学

青年学生学习《中国法制史》，很容易碰到至少两个困难：其一，语言不易识别和理解。《中国法制史》教材中有许多生僻词汇，有不少文献以古汉语表述；其二，文献实在太多了。涉及中国法制史的各类文献浩如烟海，比如“二十五史”中有十四篇“刑法(罚)志”，是记载法制史的重要文献，还有历朝历代遗留下来的国家法典、地方法规和司法判决等，成千上万的古代契约以及近百年来的出土的各类法制史文献。这些文献多得几辈子都看不完，对有研究兴趣的学生造成相当的困难。为了深度把握与学习中国法制史，如下建议值得一试：

(一) 熟知现代法学理论

这里说的法学理论尤其是指法理学(法社会学)、民法学、刑法学、行政法学与诉讼法学。之所以如此，是因为我们要把作为法学的中国法制史与作为史学的中国法制史区别开来，使我们的学习更具有法学的深度，并避免造成

一些不必要的误解。

比如,如果欠缺法学理论,那么学生对中国法制史的学习可能更多流于表面,长于对法制史表层现象的描述与梳理,却难以体会中国先民如此这般安排法律制度的机理何在,他们为何有如此这般的法律思维,等等。再比如,缺乏当今的法学知识,容易使您对古今中外的某些法律现象作简单对比,表面看起来很有道理,实际上大错特错!比如,由于对现代民法学知识缺乏基本了解,有人说中国古代有民法,把宋代以后涉及民事管理的法规汇编起来就是民法,中国古代也有所有权、物权,等等。民法有其自身的法学与哲学基础,比如个人本位、权利本位、意思自治等。这些从中国先民那里怎么能找到呢?这种简单从字面上寻求源自近现代西方的民法与中国古代民事管理法律制度的相似性,是多么危险!

同时,运用和借鉴某些现代法学原理,有助于深度分析、理解与研究中国法制史。有的法学理论还有助于我们学习中国法制史时形成问题意识。^①

(二) 掌握古汉语及文言文、文献学知识

中国法制史的文献大多数形成于中华民国之前,多数文献是以文言文及古汉语语法表达,而古代法律条文又有一套自己的法言法语。因此,读者要掌握一定的古汉语及文言文基础,才能基本理解法制史文献及其内容。至少阅读以下作品可以部分帮助读者克服这个困难:《中国传统法律文化辞典》(武树臣(主编),北京大学出版社1999年版)、《古汉语常用字字典》(商务印书馆2005年版)。

另外,对研究者而言,要求掌握一定的法律文献学知识。涉及法制史的历史文献浩如烟海,如果要迅速查找自己感兴趣的法制史专题,或者要快速了解某一法制史古籍记载哪方面的法制内容,就得具备初步的法律文献学知识。阅读以下书籍对读者会有帮助:《法律文献学》(张伯元著,浙江人民出版社1999年版)、《中国法制古籍目录学》(高潮、刘斌著,北京古籍出版社1993年版)。对于有研究兴趣的学生,则推荐阅读这本法制史目录工具书——《中国法制史书目》(共三册)(张伟仁著,台北中研院史语所1976年版)。最后,对于将来有志于法制史领域、打算进行深度研究的读者而言,还应学好至少一门外语,尤其是英语或日语。目前国外较好、较集中的中国法制史研究作品主要以这两种外语表述。掌握外语将为日后参与国际学术交流、及时获取国外最新的中国法制史研究同行的研究成果,提供意想不到的帮助。

^① 这方面的例证,参见邓建鹏:《私有制与所有权?》,载《中外法学》2005年第2期。