

2019^年

国家统一法律职业资格考試

辅导用书

第四卷

国家统一法律职业资格考試辅导用书编辑委员会



中国法律史·经济法·环境资源法·劳动与社会保障法
知识产权法·国际法·国际私法·国际经济法



2019^年

国家统一法律职业资格考试
辅导用书

第四卷

国家统一法律职业资格考试辅导用书编辑委员会

中国法律史·经济法·环境资源法·劳动与社会保障法
知识产权法·国际法·国际私法·国际经济法



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

国家统一法律职业资格考试辅导用书

第四卷

各科编写人员

中国法律史

编 著

赵晓耕

经济法

主 编

王卫国

撰稿人

孙 虹 (第一、二章)

管晓峰 (第三章)

刘剑文 (第四章)

赵红梅 (第五章)

环境资源法

主 编

王卫国

撰稿人

赵红梅 (第一章)

王卫国 (第二章)

劳动与社会保障法

主 编

王卫国

撰稿人

金英杰 (第一章)

王卫国 (第二章)

知识产权法

编 著

张 耕

国际法

编 著

秦晓程

国际私法

主 编

黄 进

撰稿人

黄 进 (第一至四章)

杜志华 (第三章) 与黄进合写

肖永平 (第五章)

郭玉军 (第六章)

宋连斌 (第七章)

国际经济法

主 编

张丽英

撰稿人

张丽英 (第一至四章, 第七章)

韩立余 (第五、六章)

目 录

中国法律史

- 第一章 先秦时期的法律思想与制度 / 001
 - 第一节 西周时期的法律思想与制度 / 002
 - 第二节 春秋战国时期的法律思想与制度 / 004
- 第二章 秦汉至魏晋南北朝时期的法律思想与制度 / 007
 - 第一节 秦汉时期的法律思想与制度 / 008
 - 第二节 魏晋南北朝时期的法律思想与制度 / 011
- 第三章 隋唐宋元时期的法律思想与制度 / 015
 - 第一节 隋唐时期的法律思想与制度 / 016
 - 第二节 宋元时期的法律思想与制度 / 022
- 第四章 明清时期的法律思想与制度 / 026
 - 第一节 明至清中期的法律思想与制度 / 028
 - 第二节 清末的法律思想与制度 / 033
- 第五章 中华民国时期的法律思想与制度 / 040
 - 第一节 中华民国时期的法律思想 / 040
 - 第二节 南京临时政府的法律制度 / 042
 - 第三节 北京政府的法律制度 / 045
 - 第四节 南京国民政府的法律制度 / 051

经济法

- 第一章 竞争法 / 061
 - 第一节 反垄断法 / 061
 - 第二节 反不正当竞争法 / 073
- 第二章 消费者法 / 081
 - 第一节 消费者权益保护法 / 081
 - 第二节 产品质量法 / 089
 - 第三节 食品安全法 / 096
- 第三章 银行业法 / 110
 - 第一节 商业银行法 / 110
 - 第二节 银行业监督管理法 / 118

- 第四章 财税法 / 124
 - 第一节 税法★ / 124
 - 第二节 审计法 / 142
- 第五章 土地法和房地产法 / 145
 - 第一节 土地管理法 / 145
 - 第二节 城乡规划法 / 155
 - 第三节 城市房地产管理法 / 158
 - 第四节 不动产登记 / 164

环境资源法

- 第一章 环境保护法 / 167
 - 第一节 环境保护法概述 / 167
 - 第二节 环境保护法的基本制度 / 170
 - 第三节 环境法律责任 / 178
- 第二章 自然资源法 / 181
 - 第一节 自然资源法概述 / 181
 - 第二节 森林法 / 185
 - 第三节 矿产资源法 / 190

劳动与 社会保障法

- 第一章 劳动法 / 195
 - 第一节 劳动法概述 / 195
 - 第二节 劳动合同法 / 199
 - 第三节 劳动基准法 / 211
 - 第四节 劳动争议 / 216
- 第二章 社会保障法 / 220
 - 第一节 社会保障法概述 / 220
 - 第二节 社会保险法 / 221

知识产权法

- 第一章 著作权 / 233
 - 第一节 知识产权概述 / 233
 - 第二节 著作权的客体 / 237
 - 第三节 著作权的主体 / 238
 - 第四节 著作权的内容 / 240
 - 第五节 著作权的限制 / 242
 - 第六节 邻接权 / 244
 - 第七节 著作权侵权行为 / 245
 - 第八节 计算机软件著作权 / 246
- 第二章 专利权 / 249
 - 第一节 专利权的主体 / 249

- 第二节 专利权的客体 / 251
- 第三节 授予专利权的条件 / 253
- 第四节 授予专利权的程序 / 254
- 第五节 专利权的内容和限制 / 256
- 第六节 专利侵权行为 / 258

第三章 商标权 / 261

- 第一节 商标权的取得 / 261
- 第二节 商标权的内容 / 264
- 第三节 商标权的消灭 / 265
- 第四节 商标侵权行为 / 267
- 第五节 驰名商标的保护 / 268

国际法

第一章 导 论 / 271

- 第一节 国际法的概念、渊源和基本原则 / 271
- 第二节 国际法与国内法的关系 / 297

第二章 国际法的主体与国际法律责任 / 280

- 第一节 国际法主体 / 280
- 第二节 国际法律责任的构成和形式 / 292
- 第三节 国际责任制度的新发展 / 294

第三章 国际法上的空间划分 / 296

- 第一节 国家领土 / 296
- 第二节 海洋法 / 301
- 第三节 国际航空法与外层空间法 / 308
- 第四节 国际环境保护法 / 312

第四章 国际法上的个人 / 315

- 第一节 国 籍 / 315
- 第二节 外国人的法律地位 / 317
- 第三节 引渡和庇护 / 321
- 第四节 国际人权法 / 322

第五章 外交关系法与领事关系法 / 325

- 第一节 外交关系法 / 326
- 第二节 领事关系法 / 332

第六章 条约法 / 336

- 第一节 概 述 / 336
- 第二节 条约的缔结 / 338
- 第三节 条约的效力、适用和解释 / 340
- 第四节 条约的修订和终止 / 342

第七章 国际争端的和平解决 / 345

- 第一节 国际争端与解决方法 / 345

- 第二节 国际争端的法律解决方法 / 347
- 第八章 战争与武装冲突法 / 352
 - 第一节 概 述 / 352
 - 第二节 对作战手段的限制和对战时平民及战争受难者的保护 / 357
 - 第三节 战争犯罪 / 362
- 第一章 国际私法概述 / 365
 - 第一节 国际私法的概念 / 365
 - 第二节 国际私法的范围 / 369
 - 第三节 国际私法的渊源 / 371
- 第二章 国际私法的主体 / 377
 - 第一节 自然人 / 377
 - 第二节 法 人 / 381
 - 第三节 国家和国际组织 / 384
 - 第四节 外国人的民商事法律地位 / 388
- 第三章 法律冲突、冲突规范和准据法 / 393
 - 第一节 法律冲突 / 393
 - 第二节 冲突规范 / 398
 - 第三节 准据法 / 402
- 第四章 适用冲突规范的制度 / 407
 - 第一节 定 性 / 407
 - 第二节 反 致 / 409
 - 第三节 外国法的查明和解释 / 411
 - 第四节 公共秩序保留 / 415
 - 第五节 法律规避 / 417
- 第五章 国际民商事关系的法律适用 / 420
 - 第一节 权利能力和行为能力 / 420
 - 第二节 物 权 / 423
 - 第三节 债 权 / 424
 - 第四节 商事关系 / 429
 - 第五节 婚姻与家庭 / 431
 - 第六节 继 承 / 435
 - 第七节 知识产权 / 437
- 第六章 国际民商事争议的解决 / 438
 - 第一节 国际民商事争议概述 / 439
 - 第二节 国际商事仲裁 / 440
 - 第三节 国际民事诉讼 / 448
- 第七章 区际法律问题 / 464
 - 第一节 区际法律冲突与区际冲突法 / 464
 - 第二节 区际司法协助 / 467

国际经济法

- 第一章 导 论 / 483
- 第二章 国际货物买卖 / 487
 - 第一节 概 述 / 487
 - 第二节 《国际贸易术语解释通则》 / 491
 - 第三节 《联合国国际货物销售合同公约》 / 497
- 第三章 国际货物运输与保险 / 508
 - 第一节 国际货物运输 / 508
 - 第二节 国际货物运输保险 / 521
- 第四章 国际贸易支付 / 526
 - 第一节 汇付与托收 / 526
 - 第二节 信用证 / 530
- 第五章 对外贸易管理制度 / 540
 - 第一节 中国的对外贸易法 / 540
 - 第二节 贸易救济措施 / 544
- 第六章 世界贸易组织 / 552
 - 第一节 世界贸易组织概述 / 552
 - 第二节 世界贸易组织的主要法律制度 / 556
- 第七章 国际经济法领域的其他法律制度 / 564
 - 第一节 知识产权的国际保护 / 564
 - 第二节 国际投资法 / 573
 - 第三节 国际融资法 / 581
 - 第四节 国际税法 / 586

中国法律史

第一章 先秦时期的法律思想与制度

【本章主要内容提示】

本章主要叙述先秦时期的法律思想与制度。重点包括：西周时期的法律思想、法制的主要内容，西周的司法制度与原则，春秋战国时期的法律思想与制度。

【同时期西方法文化背景】欧洲法律文化起源于古希腊，与其发展环境有着密切关系。约公元前5世纪，古希腊进入城邦制的“古典时代”，其中雅典城邦的民主政体与斯巴达城邦的寡头政体之间反差强烈。公元前5世纪下半叶，斯巴达战胜雅典，成为寡头制对民主制的胜利。内战结束不久，雅典民主派推翻斯巴达傀儡政府。柏拉图的老师苏格拉底因此事件被民主派处死。这表明多数人的专政与少数人的专政同样残暴。公元前387年，柏拉图在其《国家篇》和《法律篇》中评价了城邦体制的利弊：无论民主制还是寡头制都是恶劣政体。柏拉图的学生亚里士多德在《雅典政制》一书中提出将君主制、贵族制和民主制结合的共和政体设想，他认为法律是正义的体现，法律的好坏以是否符合正义为标准。他将法律分为基本法和非基本法、自然法和人定法、良法与恶法、习惯法和成文法。他的《政治学》一书说：“法治应该包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该是本身制订得良好的法律。”“法治应当优于一人之治。”对后世西方宪政实践影响深远。

古罗马属古希腊文化的分支。继希腊雅典梭伦改革后约60年，公元前534年罗马城邦制也进行变革，逐渐形成在城邦内平民参与政治制度的特征。公元前510年，罗马建立“元老院与罗马人民”的政体。即由氏族贵族组成的元老院，由军事百人团会议选举的执政官，以及由平民大会选举的保民官，三者共同行使城邦政权。公元前454年，罗马组建贵族和平民参加的“十人立法委员会”，派代表赴希腊雅典考察城邦立法。公元前451年和公元前450年，“十人立法委员会”分两次颁布《十二表法》，将罗马人的社会与家庭生活全面纳入法律范围，巩固了共和政体。《十二表法》篇目依次为：传唤、审理、索债、家长权、继承和监护、所有权和占有、土地和房屋、私犯、公法、宗教法、前五表及后

五表的追补。其特点是诸法合体、私法为主，程序法先于实体法等。它成为罗马国家第一部成

文法，从此至公元前367年设立最高裁判官为止，成为罗马法奠基时期的代表性法律。

第一节 西周时期的法律思想与制度

一、西周以降的法律思想

(一)西周的“以德配天，明德慎罚”思想

1. “以德配天，明德慎罚”思想的内容。为谋求长治久安，周初统治者继承夏商以来的天命观；同时，为完善以往君权神授传统理念，并确定周王朝新的统治策略，进一步提出了“以德配天，明德慎罚”的政治法律主张。这里的“天”仍是夏商以来一直尊奉的“上天”，周初统治者认为，“上天”将统治人间的“天命”授予那些有“德”者；一旦统治者“失德”，就会失去上天的庇护，新的有德者即应运而生，取而代之。因此，作为君临天下的统治者是否能获得“天命”以是否具有应得到“天命”的“德性”为前提；此即“以德配天”的意义。“德”的要求主要包括三个基本方面：一是敬天，二是尊祖，三是保民，即要求统治者恭行天命，尊崇天帝与祖宗的教诲，爱护天下的百姓，做有德有道之君。

在这种“以德配天”理念之下，周初统治者在实践中，具体提出“明德慎罚”的法律主张，即要通过“慎罚——谨慎适用法律”来达到“明德——实现礼治秩序”的目的。这种主张要求统治者以“德教”的观念来治理国家，也就是通过道德教化的办法使天下民众臣服，在适用法律、实施刑罚时应该宽缓、谨慎，而不应一味用严刑峻罚来迫使臣民服从。“明德慎罚”的具体要求可以归纳为“实施德教，用刑宽缓”。其中“实施德教”是前提，是第一位的。“德教”的具体内容，周初统治者逐渐归纳成内容广博的“礼治”，即要求君臣上下父子兄弟都按既有的“礼”的秩序规范各自的言行，从而在全社会形成一种和谐安定的“礼治秩序”。

2. “以德配天，明德慎罚”思想的影响。“以德配天，明德慎罚”的主张代表了西周初期统治者的基本政治观和基本的治国方针。这种主张的提出，不仅解决了为什么商汤可以伐桀、武王可以伐纣的理论问题，而且为西周社会

的发展确定了基本的方向。这种法律思想的形成，说明当时的统治者在政治上已趋成熟。这一“明德慎罚”的法律观影响极为深远，成为传统“慎刑”法律思想的渊源。在这种观念指导下，西周统治者把道德教化即“礼治”与刑罚处罚相结合，形成了西周时期各种具体法律制度以“礼”“刑”结合为结构的宏观法制特色，使这一思想深深植根于中国传统政治法律理论中，被后世奉为政治法律制度理想的原则与标本。汉代中期以后，“以德配天，明德慎罚”的主张被儒家发挥成“德主刑辅，礼刑并用”的基本策略，从而为以“礼律合一”为特征的中国传统法制奠定了理论基础。

(二)出礼入刑的礼刑关系

1. 礼的内容与性质。礼是中国古代社会长期存在的、维护血缘宗法关系和宗法等级制度的一系列精神原则以及言行规范的总称。礼起源于原始社会祭祀鬼神时所举行的仪式。商、周两代在前代礼制的基础上，都有所补充和发展。尤其周代，礼制的内容和规模都有了空前的发展，调整着社会生活的各个方面。

中国古代的礼有两层含义：一是抽象的精神原则。可归纳为“亲亲”与“尊尊”两方面。“亲亲”，即要求在家族范围内，按自己身份行事，不能以下凌上、以疏压亲，而且“亲亲父为首”，全体亲族成员都应以父家长为中心。“尊尊”，即要在社会范围内，尊敬一切应该尊敬的人，君臣、上下、贵贱都应恪守名分，而且“尊尊君为首”，一切臣民都应以君主为中心。在“亲亲”“尊尊”两大原则下，又形成了“忠”“孝”“义”等具体精神规范。二是具体的礼仪形式。西周时期主要有五个方面，通称“五礼”：吉礼（祭祀之礼）、凶礼（丧葬之礼）、军礼（行兵仗之礼）、宾礼（迎宾待客之礼）、嘉礼（冠婚之礼）。

西周时期的礼已具备法的性质。首先，周礼一般具有当今法规范的三个基本特征，即规

范性、国家意志性和强制性。其次，周礼在当时对社会生活各个方面都有着实际的调整作用。统治者尊重和善于利用传统习俗的规范作用，强调“礼从宜，使从俗”（《礼记》）；告诫后人“人弃常则妖兴”（《左传》）。

2. “礼”与“刑”的关系。

(1)“出礼入刑”。西周时期“刑”多指法和刑罚。“礼”正面、积极地规范人们的言行，而“刑”则对一切违礼行为进行处罚。其关系正如《后汉书·陈宠传》所载“礼之所去，刑之所取，失礼则入刑，相为表里者也”，两者共同构成西周法律的完整体系。

先秦时期的五刑通常指：墨、劓、剕（刖）、宫、大辟五种残人肢体的肉刑。

(2)“礼不下庶人，刑不上大夫”。这是中国古代法律中的一项重要法律原则。它强调平民百姓与贵族官僚之间的不平等，强调官僚贵族的法律特权。“礼不下庶人”强调礼有等级差别，禁止任何越礼的行为；“刑不上大夫”强调贵族官僚在适用刑罚上的特权。

此时期存在“礼刑”对应关系的表达，至战国以降，随着法家的形成，而有“儒法”对应的表达；并不存在今人所谓的“礼法”关系。

二、西周以降的主要法制内容

(一)五刑、刑书和刑罚适用原则

一是西周史料中记载有“刑名从商”，“周有常刑”；说明自商以降形成了五刑制度。西周的常刑为墨、劓、剕、宫、大辟，均为“残人肢体的肉刑”；此外还有流、扑、鞭、赎，以及非常刑等其他酷刑手段。

二是虽有刑书，但不布之于众。据史料所载，基于两点：第一，《左传·昭公六年》载杜预注：“先王议事以制，不为刑辟”。所谓“临事制刑，不豫设法”，便于灵活用刑；第二，《左传·昭公六年》载孔颖达疏语：“刑不可知，则威不可测”，以形成一种无所不在的威慑。

三是刑罚适用原则。西周时期已有区分故意与过失、惯犯与偶犯的原则。将过失与故意称为“眚”与“非眚”；将惯犯与偶犯分为“惟终”与“非终”。

(二)契约法律

1.买卖契约。西周买卖契约称为“质剂”。契约写在简牍上，一分为二，双方各执一份。《周礼》载，“质”“剂”有别。“质”，是买卖奴隶、牛马所使用的较长的契券；“剂”，是买卖兵器、珍异之物所使用的较短的契券。“质”“剂”由官府制作，并由“质人”专门管理。

2.借贷契约。西周的借贷契约称为“傅别”。《周礼》载：“听称责（责同债）以傅别。”为了保证债的履行，要求当事人订立契约“傅别”。“傅”，是把债的标的和双方的权利义务等写在契券上；“别”，是在简札中间写字，然后一分为二，双方各执一半，札上的字为半文。

(三)婚姻法律

传统婚姻的两个重要目的是“上以事宗庙（表现为祭祖），下以利后嗣（强调生子）”。

1.婚姻缔结的三大原则。婚姻缔结的三大原则，即一夫一妻制、同姓不婚、父母之命。凡不合此三者的婚姻即属非礼非法。一夫一妻制是西周婚姻制度的基本要求。虽然古代男子可以有妾（媵嫁制度）有婢，但法定的妻子只能是一个。也就是说，只有一夫一妻才是合法的婚姻；只有正妻所生子女为嫡系，其他皆为庶出，且在家庭关系中处于比较低的地位。“同姓不婚”也是缔结婚姻的一个前提。西周实行同姓不婚原则，主要基于两点：首先，据说长期的经验证明，“男女同姓，其生不蕃”，同姓男女为婚会影响整个部族的发展。其次，禁止同姓为婚，多与异姓通婚，是为了“附远厚别”，即通过联姻加强与异姓贵族的联系，进一步巩固家天下与宗法制度。“父母之命，媒妁之言”是西周时期婚姻制度的又一原则。在宗法制下，必然要求由父母家长决定子女的婚姻大事，通过媒人的中介来完成，否则即是非礼非法，称为“淫奔”，不为宗族和社会所承认。

2.婚姻“六礼”。西周时期“六礼”是婚姻成立的必要条件。合礼合法的婚姻，必须通过“六礼”程序来完成，即纳采，男家请媒人向女方提亲；问名，女方答应议婚后男方请媒人问女子名字、生辰等，并卜于祖庙以定凶吉；纳吉，卜得吉兆后即与女家订婚；纳征，男方送聘礼至

女家，故又称纳币；请期，男方携礼至女家商定婚期；亲迎，婚期之日男方迎娶女子至家。至此，婚礼始告完成，婚姻也最终成立。

3. 婚姻关系的解除。西周时期解除婚姻的制度，称为“七出”。所谓“七出”，又称“七去”，是指女子若有下列七项情形之一的，丈夫或公婆即可休弃之，即不顺父母去、无子去、淫去、妒去、有恶疾去、多言去、窃盗去。其中，不顺父母（公婆）是“逆德”，无子是绝嗣不孝，淫是乱族，妒是乱家，有恶疾不能共祭祖先，口多言会离间亲属，盗窃则是反义。故为人妻者若有此七项之一，夫家即可休弃之。

按照周代的礼制，女子若有“三不去”的理由，夫家即不能离异休弃。“三不去”即有所娶无所归，不去；与更三年丧，不去；前贫贱后富贵，不去。其中，“有所娶无所归”是指女子出嫁时有娘家可依，但休妻时已无本家亲人可靠，若此时休妻则置女子于无家可归之地，故不能休妻。“与更三年丧”是指女子入夫家后与丈夫一起为公婆守过三年孝，如此已尽子媳之道，不能休妻。“前贫贱后富贵”是指娶妻时贫贱，但以后变得富裕。按礼制夫妻应为一体，贫贱时娶之，富贵时休之，义不可取，故不能休妻。

“七出”“三不去”制度是宗法制度下夫权至上价值观念的典型反映。西周婚姻立法的原则和制度多为后世法律所继承和采用，成为中国传统法律的重要组成部分。

（四）继承法律

西周时期的继承制度，在宗法制下已经形成了嫡长子继承制，即《春秋公羊传·隐公元年》所谓“立嫡以长不以贤，立子以贵不以长”。由于实行一妻多妾制，王位的继承必须是妻所生长子，无论其贤与否；如妻无子，则不得不立贵妾之子，不管其年龄如何。这种继承主要是政治身份的继承，土地、财产的继承是其次。

（五）司法诉讼制度

1. 大司寇。周天子是最高裁判者。传统观点认为，中央设大司寇，负责实施法律法令，辅佐周王行使司法权。大司寇下设小司寇，辅佐大司寇审理具体案件。大、小司寇下设专门的司法属吏。此外，基层设有乡士、遂士等负责处理具体司法事宜。

2. 西周时期的“狱”与“讼”。民事案件称为“讼”，刑事案件称为“狱”，审理民事案件称为“听讼”，审理刑事案件叫作“断狱”。

3. 西周时期的“五听”。“五听”制度指判案时判断当事人陈述真伪的五种方式。《周礼·秋官·小司寇》中记载的具体内容是：辞听，听当事人的陈述，理屈则言语错乱；色听，观察当事人的表情，如理亏就会面红耳赤；气听，听当事人陈述时的呼吸，如无理就会紧张得喘息；耳听，审查当事人听觉反应，如无理就会紧张得听不清话；目听，观察当事人的眼睛，无理就会失神。即通过观察当事人的言语表达、面部表情、呼吸、听觉、眼神确定其陈述真假，说明西周时已注意到司法心理问题并将其运用到审判实践中。

4. 西周时期的“三宥”、“三赦”与“三刺”制度。西周时在判决中遵行“三宥三赦”之制。“三宥”指：因主观上不识，过失，遗忘而犯罪者，应减刑。“三赦”指：幼弱，老耄，蠢愚者（智障者），犯罪从赦。

西周时凡遇重大疑难案件，适用“三刺”制度。疑案应先交群臣讨论；群臣不能决断时，再交官吏们讨论；还不能决断的，交给所有国人商讨决定。所谓“以三刺断庶民狱讼之中：一曰讯群臣，二曰讯群吏，三曰讯万民”。如从疑则赦。“三刺”制度说明西周对司法判案的慎重，是“明德慎罚”思想在司法实践中的体现。

第二节 春秋战国时期的法律思想与制度

一、铸刑书与铸刑鼎

春秋时期，随着社会关系的变迁，传统的法律体制越来越暴露出其不合理性。首先，以前

那种不公开、不成文的法律体制与新兴地主阶级的利益相冲突。其次，这种法律体制在形式上保守，内容上陈旧，已不能适应社会变革的新

形势,无法满足新的社会关系的发展要求。因此,在春秋中期后,打破旧的传统、公布成文法的活动便在一些诸侯国中出现。

(一)铸刑书

公元前536年,郑国执政子产将郑国的法律条文铸在象征诸侯权位的金属鼎上,向全社会公布,史称“铸刑书”,这是中国历史上第一次公布成文法的活动。刑书是国家权力的象征,同时,也有利于法律在全社会范围内得到贯彻执行。

(二)铸刑鼎

公元前513年,晋国赵鞅把前任执政范宣子所编刑书正式铸于鼎上,公之于众,这是中国历史上第二次公布成文法的活动。春秋时期成文法的公布,对旧贵族操纵和使用法律的特权是严重的冲击,是新兴地主阶级的一次重大胜利。成文法的公布,否定了“刑不可知,则威不可测”的旧传统,明确了“法律公开”这一新兴地主阶级的立法原则,对于后世封建法制的发展具有深远的影响。

二、《法经》

(一)《法经》的主要内容及特征

《法经》是中国历史上第一部比较系统的成文法典。它是战国时期魏国李悝在总结春秋以来各国成文法的基础上制定的,在中国立法史上具有重要历史地位。

《法经》共六篇:《盗法》《贼法》《囚(网)法》《捕法》《杂法》《具法》。其中《盗法》《贼法》是关于惩罚危害国家安全、危害他人及侵犯财产的法律规定。李悝认为“王者之政莫急于盗贼”,所以将此两篇列为法典之首。《囚法》(又称《网法》)是关于囚禁和审判罪犯的法律规定。《捕法》是关于追捕盗贼及其他犯罪者的法律规定。《囚》《捕》二篇多属于诉讼法的范围。《杂法》是关于“盗贼”以外的其他犯罪与刑罚的规定,主要规定了“六禁”,即淫禁、狡禁、城禁、嬉禁、徒禁、金禁。按明末董说的《七国考》引汉桓谭《新论》所列:“其杂律略曰:夫有一妻二妾,其刑馘,夫有二妻则诛;妻有二夫则官;曰淫禁。盗符者诛,籍其家;盗玺者诛;议国法令者诛,籍其家及其妻氏,曰狡禁。越城,

一人者诛,自十人以上夷其乡及族,曰城禁。博戏,罚金三币;太子博戏,则笞,不止则特笞,不止则更立,曰嬉禁。群相居,一日以上则问,三日、四日、五日则诛,曰徒禁。丞相受金,左右伏诛;犀首以下受金则诛;金自镒以下,罚不诛也,曰金禁。”《具法》是关于定罪量刑中从轻从重法律原则的规定,起着“具其加减”的作用,相当于近代刑法典中的总则部分。

《法经》规定了各种主要罪名、刑罚及相关的法律适用原则,涉及的内容比较广泛。其基本特征在于:维护封建专制政权,保护地主的私有财产和奴隶制残余,并且贯彻了法家“轻罪重刑”的法治理论。《法经》的内容及特点充分反映了新兴地主阶级的意志与利益。

(二)《法经》的历史地位

首先,《法经》是战国时期政治制度变革的重要成果,是战国时期封建立法的典型代表和全面总结。《法经》作为李悝变法的重要内容之一,也是对这一时期社会变革的一种肯定。其次,《法经》的体例和内容,为后世传统封建成文法典的进一步完善奠定了重要的基础。从体例上看,《法经》六篇为秦汉直接继承,成为秦汉律的主要篇目,魏晋以后在此基础上进一步发展,最终形成了以《名例》为统率,以各篇为分则的完善的法典体例。在内容上,《法经》中“盗”“贼”“囚”“捕”“杂”“具”各篇的主要内容大都为后世传统法典继承与发展。因此,无论从其历史作用还是对后世的影响来看,《法经》都是中国法律史上第一部极为重要的法典。

三、商鞅变法与法家思想

公元前359年,法家著名代表人物商鞅在秦国实施变法改革,这是战国时期传统法制发展过程中又一次意义重大的法制改革。此次变法以其更为广泛的内容和更为重大的历史影响而在中国法律发展史上写下重要的一笔,史称“商鞅变法”。

(一)商鞅变法的主要内容

作为法家的代表人物,商鞅主张运用法律手段达到建立强大封建政权的目的。他把自己的思想主张与秦国“富国强兵”的要求结合起

来,在秦孝公的支持下,先后两次实施变法。这两次变法都是以法律、法令作为基本手段,把各项改革措施贯彻到政治、经济以及其他社会领域。因此,变法的全部内容都可以归纳到法律制度的变迁上来。从法律变革角度来看,商鞅变法主要包括以下几个方面:

一是改法为律,扩充法律内容。商鞅的“改法为律”强调法律规范的普遍性,具有“范天下不一而归于—”的功能。“改法为律”,是在法律观念上的又一进步。

二是运用法律手段推行“富国强兵”的措施。“富国强兵”是变法的终极目的,为此颁布一系列法令,如《分户令》《军爵律》。

三是用法律手段剥夺旧贵族的特权。例如,废除世卿世禄制度,实行按军功授爵:规定除国君的嫡系以外的宗室贵族,没有军功即取消其爵禄和贵族身份。同时取消分封制,实行郡县制,剥夺旧贵族对地方政权的世袭垄断权,强化中央对地方的全面控制。

四是全面贯彻法家“以法治国”和“明法重刑”的思想主张。在变法过程中,法家的一些基本思想主张皆得以贯彻。

其一,强调“以法治国”。要求全体臣民特别是国家官吏学法、“明法”,百姓学习法律,

“以吏为师”。

其二,“轻罪重刑”。在变法过程中,商鞅尽力贯彻重刑原则,加大量刑幅度,对轻罪也施以重刑,以此强化新法的推行与贯彻。

其三,不赦不宥。为了贯彻重刑原则,强调国家法律的严肃性,商鞅在变法中反对赦宥,主张凡有罪者皆应受罚,体现法家“刑无等级”的思想。

其四,鼓励告奸。为了更有效地禁奸止过,保证新的统治秩序的稳定,在变法过程中多次颁布法令,鼓励臣民相互告发奸谋,规定“告奸者与斩敌首同赏”。

其五,实行连坐。在变法期间广泛实行连坐制度。如邻伍连坐,以十家为什,五家为伍,什伍之间相互有告奸、举盗的责任,若什伍之中有作奸犯法者,相互负连带责任。此外,还实行军事连坐、职务连坐、家庭连坐等。这些对于维护社会秩序,保障政权的稳定有重要作用。

(二)商鞅变法的历史意义

商鞅变法是一次极为深刻的社会变革,秦国的法制也在变法过程中得以迅速发展与完善。秦国在商鞅变法之后迅速强盛起来,最终一统六国,建立了历史上第一个中央集权的帝制王朝。

第二章

秦汉至魏晋南北朝时期的法律思想与制度

【本章主要内容提示】

本章主要叙述秦汉至魏晋南北朝时期的法律思想与制度。重点包括：秦汉律的主要内容，魏晋南北朝时期的律学与法典结构内容的发展变化。

【同时期西方法文化背景】公元前242年，罗马共和国增设一名最高裁判官，专门处理涉及非市民的案件。因此形成一个全新的法律体系——具有衡平性质的最高裁判官法。该法共同适用于居住在罗马境内的各民族，成为“万民法”的直接渊源，而传统的“市民法”效力仅局限于罗马市民范围内。这两个法律体系因居民身份的区别而形成长期互补共存的关系，奠定了罗马法进一步发展的重要前提。

对罗马法律文化产生更加深远影响的是公元前3世纪初创立于雅典的斯多葛学派，成为西方自然法理论的最早渊源。该学派认为国家法律只是对神的完美律法的不完美模仿，执政者制定的所谓法律根本不配称为法律。罗马共和国末期西塞罗通过对自然法和实在法的比较阐释法的本质，奠定了罗马法发展的法哲学基础。

至公元2世纪末，罗马帝国一直未将帝位继承制度法律化，公元180~284年间，连续有近40位皇帝执政，平均在位时间仅2~3年，罗马帝国开始呈现颓势。公元3世纪中期，在私法制度与普遍理性的深入讨论中，出现了著名的五大法学家，即盖尤斯（卒于180年）、保罗斯（卒于180年）、乌尔比安（卒于228年）、伯比尼安（卒于212年）、莫迪斯蒂努斯（卒于244年）。罗马法学家将法分为自然法、万民法和市民法，公法和私法。其中公法和私法的划分为大陆法系沿用至今，对国家权力与私人权利的分类以及相应部门法的分类产生重要影响。而私法中的人法、物法和诉讼法的划分，也为后世大陆法系近现代民法典的制定提供了理论基础。这一时期对于罗马私法的解读，成为约二百年后具有实际效力的法律渊源。公元426年，随着《学说引证法》的公布，确认五大法学家的法律解答和著述为罗马法渊源之一，其他学者的学说被禁止，罗马

法学的发展基本停滞。公元476年,西罗马帝国灭亡。日耳曼诸部族随后建立的部族国家,基本上不采用罗马法,只是勉强同意领域内的

罗马人适用他们祖先制定的法律。罗马法退化为罗马人生活中的简单习惯,在社会中逐渐消亡。

第一节 秦汉时期的法律思想与制度

一、秦代的法律

(一) 秦代的罪名与刑罚

1. 罪名。

秦代法律所规定的罪名极为繁多,且尚无系统分类,更未形成较为科学的罪名体系。但大致而言,秦代的罪名主要有以下五类:

(1) 危害皇权罪。如谋反;泄露机密;偶语《诗》《书》、以古非今;诅咒、诽谤;妄言、妖言;非所宜言;投书;不行君令等。

(2) 侵犯财产和人身罪。秦代侵犯财产方面的罪名主要是“盗”。盗窃列为重罪,按盗窃数额量刑。除了一般意义上的盗,秦代还有共盗、群盗之分:共盗指五人以上共同盗窃;群盗则是指聚众反抗统治秩序,属于危害皇权的重大政治犯罪。

侵犯人身方面的罪名主要是贼杀、伤人。这里的“贼”与今义不同,而是荀子和西晋张斐所说的“害良曰贼”,“无变斩击谓之贼”,即杀死、伤害他人以及在未发生变故的正常情况下杀人、伤人。此外,斗伤、斗杀在秦代亦属于侵犯人身罪。

(3) 渎职罪。一是官吏失职造成经济损失的犯罪;二是军职罪;三是有关司法官吏渎职的犯罪,其主要有:①“见知不举”罪。如《史记·秦始皇本纪》载秦代禁书令规定,“有敢偶语《诗》《书》者,弃市。以古非今者,族。吏见知不举者,与同罪”。②“不直”罪和“纵囚”罪,在《睡虎地秦墓竹简》所载律文中规定:前者指罪应重而故意轻判,应轻而故意重判;后者指应当论罪而故意不论罪,以及设法减轻案情,故意使案犯达不到定罪标准,从而判其无罪。③“失刑”罪,指因过失而量刑不当(若系故意,则构成“不直”罪)。

(4) 妨害社会管理秩序罪。如《田律》中规定的违令卖酒罪;《法律答问》中的“逋事”与

“乏徭”等逃避徭役罪;《秦律杂抄》中的逃避赋税罪等。

(5) 破坏婚姻家庭罪。一类是关于婚姻关系的,包括夫殴妻、夫通奸、妻私逃等。另一类是关于家庭秩序的,包括擅杀子、子不孝、子女控告父母、卑幼殴尊长、乱伦等。

2. 刑罚。

秦代的刑罚种类繁多,大致而言,主要包括以下八大类:笞刑、徒刑、流放刑、肉刑、死刑、耻辱刑、经济刑、株连刑。其中前五类相当于现代的主刑,后三类相当于现代的附加刑。但从目前的史料来看,秦尚未形成完整的刑罚体系,且刑罚极为残酷,一切都呈现出过渡时期的特征。

(1) 笞刑。笞刑是以竹、木板责打犯人背部的轻刑,是秦代经常使用的一种刑罚方法。秦简中有“笞十”“笞五十”“笞一百”等多种等级,大多针对轻微犯罪而设,也有的是作为减刑后的刑罚。

(2) 徒刑。徒刑即剥夺罪犯人身自由,强制其服劳役的刑罚。在秦代主要包括以下几种:①城旦舂,男犯筑城,女犯舂米,但实际从事的劳役并不限于筑城舂米;②鬼薪、白粲,男犯为祠祀鬼神伐薪,女犯为祠祀择米,但实际劳役也绝不止于为宗庙取薪择米;③隶臣妾,即将罪犯及其家属罚为官奴婢,男为隶臣,女为隶妾,其刑轻于鬼薪、白粲;④司寇,意为伺察寇盗,其刑轻于隶臣妾;⑤候,即发往边地充当斥候,是秦代徒刑的最轻等级。

(3) 流放刑。包括迁刑和谪刑,都是将犯人迁往边远地区的刑罚,其中谪刑适用于犯罪的官吏,但两者都比后世的流刑要轻。

(4) 肉刑。肉刑即黥(墨)、劓、刖(斩趾)、宫四种残害肢体的刑罚。它们源于奴隶制时代,在秦时不仅沿用,且十分广泛。从云梦秦简来看,秦的肉刑大多与城旦舂等较重的徒刑结

合使用。

(5)死刑。秦代的死刑执行方法很多,例如:①弃市,即所谓杀之于市,与众弃之;②戮,即先对犯人使用痛苦难堪的耻辱刑,然后斩杀;③磔,即裂其肢体而杀之;④腰斩;⑤车裂;⑥枭首,即处死后悬其首级于木上;⑦族刑,通常称为夷三族或灭三族;⑧具五刑,即《汉书·刑法志》所说“当夷三族者,皆先黥、劓,斩左右趾,笞杀之,枭其首,菹其骨肉于市。其诽谤詈诅者,又先断舌”,故谓之“具五刑”。

(6)耻辱刑。秦时经常使用“髡”“耐”等耻辱刑作为徒刑的附加刑。其中“髡”是指剃光犯人的头发和胡须。此外,死刑中的“戮”刑也含有羞辱之意。

(7)货赎刑。秦律中对轻微罪适用的强制缴纳一定财物的刑罚主要是“货”;同时,赎刑也可归入这一范畴。“货”是独立刑种。它包括三种:一是纯属罚金性质的“货甲”“货盾”;二是“货戍”,即发往边地做戍卒;三是“货徭”,即罚服劳役。赎刑不是独立刑种,而是一种允许已被判刑的犯人用缴纳一定金钱或服一定劳役来赎免刑罚的办法。从云梦秦简来看,秦代的赎刑范围非常广泛,从“赎耐”“赎黥”“赎迁”,到“赎宫”“赎死”,均可赎免。

(8)株连刑。主要是族刑(见死刑条)和“收”。收,亦称收孥、籍家,就是在对犯人判处某种刑罚时,还同时将其妻子、儿女等家属没收为官奴婢。

(二)秦代的刑罚适用原则

秦统治者经过长期的司法实践,总结前代的经验,围绕犯罪主体、客体、动机和后果以及其他因素而形成了一些刑罚适用原则。

1.刑事责任能力的规定。

秦律规定,凡属未成年犯罪,不负刑事责任或减轻刑事处罚。秦律以身高判定是否成年,大约六尺五寸为成年身高标准,低于六尺五寸的为未成年人。

2.区分故意(端)与过失(不端)的原则。

秦律重视故意与过失犯罪的区别。故意诬告者,实行反坐;主观上没有故意的,按告不审从轻处理。

3.盗窃按赃值定罪的原则。

秦律赃值划分为三等,即一百一十钱、二百二十钱与六百六十钱。对侵犯财产的盗窃罪,依据以上不同等级的赃值分别定罪。一般赃值少的定罪轻,赃值多的定罪重。

4.共犯罪与集团犯罪加重处罚的原则。

秦律在处罚侵犯财产罪上共犯罪较个体犯罪处罚从重,集团犯罪(5人以上)较一般犯罪处罚从重。

5.累犯加重原则。

本身已犯罪,再犯诬告他人罪,加重处罚。除耐为隶臣外,还要判城旦苦役6年。

6.教唆犯罪加重处罚的原则。

秦律规定,教唆未成年人犯罪者加重处罚。教唆未成年人抢劫杀人,虽分赃仅为十文钱,教唆者也要处以碎尸刑。

7.自首减轻处罚的原则。

秦律规定:凡携带所借公物外逃,主动自首者,不以盗窃论处,而以逃亡论处。如隶臣妾在服刑期间逃亡后又自首,只笞五十,补足期限。若犯罪后能主动消除犯罪后果,可以减免处罚。

8.诬告反坐原则。

秦律规定,故意捏造事实与罪名诬告他人,即构成诬告罪。诬告者实行反坐原则,即以被诬告人所受的处罚,反过来制裁诬告者。

二、汉代的法律

(一)汉代文帝、景帝废肉刑

西汉建立后,重视总结秦亡教训。汉文帝时鉴于当时继续沿用黥、劓、斩左右趾等肉刑,不利于政权的稳固,开始考虑改革肉刑。当时经济发展、社会稳定,出现了前所未有的盛世,为改革刑制提供了良好的社会条件。文帝刑罚改革的直接起因是文帝十三年,齐太仓令获罪当施黥刑,其小女缇萦上书请求将自己没官为奴,替父赎罪,并指出肉刑制度断绝犯人自新之路的严重问题。文帝为之所动,下令废除肉刑。

1.刑制改革的内容。

将黥刑(墨刑)改为髡钳城旦舂(去发颈部系铁圈服苦役五年);劓刑改为笞三百;斩左趾