

# 一、绪论

## (一) 中国法制史的研究对象

中国法制史学是研究中国历史上法律制度发生、发展、变革、移植过程及其特征、规律的科学。

## (二) 学习中国法制史的意义

1. 准确把握历史，训练历史思维
2. 为现代化建设提供历史借鉴
3. 加深对法学其他学科的理解

## (三) 学习中国法制史的方法

1. 了解社会背景
2. 解决史论关系
3. 把握中国特色
4. 客观、理性地理解法制历史

# 第一章 中国法律的起源与特点

## 中国法律的起源

- 一般规律
  1. 法的产生和发展的根本原因是社会生产力的发展。
  2. 法的起源经历了从氏族习惯到习惯法，再到成文法的发展过程。
  3. 法的起源受到宗教和道德规范的深刻影响。
- 氏族—部落（炎帝、黄帝、蚩尤）—部落联盟—酋邦（国家）

## 中国法律起源的特点

1. 战争与法律：“兵刑合一”，刑法受到特别重视
2. 血缘与法律：在很大程度上受到血缘、婚姻的影响，通过部落联盟机构的职能分化和完善，使其直接转化为国家机构的特殊道路。
3. 祭祀与法律：在华夏先人中产生的祖先崇拜意识，通过一定的典礼、仪式，逐渐演化为具有宗教性质的祖先祭祀。
4. 裁判与法律：中国法律的产生，与其他文明中法律的起源一样，也具有“由裁判到立法”的特点。
5. 民族融合与法律：中国法律的起源还表现出民族大融合的特征。三大部落联盟之间的相互征战，促成了不同部落之间的相互交往。不同的生活习俗在相互接触中交流、

融合，在不同的部落形成了不同的刑事处罚方式。

## 中国法制史的特点

自然条件（疆域广袤）          经济形态（种植农业）

社会人口（“超级国家社会”） 社会与国家组织（权威秩序）

1. 独立发展与移植借鉴相结合
2. 家庭本位
3. 礼法结合
4. 公法发达
5. 私权自治
6. 艰难曲折的近代转型

## 第二章 夏商法制

### （一）夏朝法律的基本内容（“夏有乱政，而作禹刑”）

#### 1. 刑法

- 主要罪名

以刑统罪：《左传·昭公十四年》：“昏（强盗）、墨（贪污）、贼（杀人），杀，皋陶之刑也。”（叔向：“己恶而掠美为昏，贪以败官为墨，杀人不忌为贼。”）

不孝罪：《孝经·五刑》：“五刑之属三千，而罪莫大于不孝。”

- 刑罚：五刑和赎刑（那是赎刑使用的是铜；五刑都在可赎的范围内；这是一种适用于奴隶主贵族的刑罚）
- 2. 军事法（调整指挥者与被指挥者的关系，为了保证战争的胜利）
- 3. 《尚书·甘誓》：“用命，赏于祖；弗用命，戮于社。予则孥戮汝。”
- 4. 司法官和监狱
  - 《礼记·月令》：夏有“大理”，主掌审判。
  - 夏朝监狱：“夏台”“圜土”

### （二）夏朝法律的特点

1. 神权法的因素比较突出
2. 部门法数量较少
3. 法律内容比较简单
4. 司法制度的内容十分匮乏

### （三）商朝法律的基本内容（“商有乱政，而作汤刑。”）

#### 1. 主要罪名

- 矫诬天命罪：《尚书·仲虺之诰》：“夏王有罪，矫诬上天，以布命于下。”

- 颠越不恭罪：《尚书□盘庚》：“乃有不吉不迪，颠越不恭，暂遇奸宄，我乃剿殄灭之，无遗育，无俾易种于兹新邑。”
- 不有功于民罪：《史记·殷本纪》：汤“告诸侯群后：毋不有功于民，勤力乃事。予乃大罚殛女，毋予怨。”
- 弃灰于公道罪：《韩非子·内储说上》：“殷之法，弃灰于公道者断其手。”
- 不孝罪：《吕氏春秋·孝行》：“刑三百，罪莫重于不孝。”

## 2. 刑罚：从汤刑到纣王酷刑

- 奴隶制“五刑”：刑罚体系 墨、劓、刖、宫、大辟
- 纣王“以酒为池，悬肉为林”：炮烙、醢、脯、烹、焚、剖心（比干）等死刑

## 3. 其他部门法

- 土地制度：商王所有 《史记·殷本纪》：“西伯出而献洛西之地，以请除炮烙（烙）之刑。纣乃许之，赐弓矢斧钺，使得征伐，为西伯。”
- 婚姻制度：一夫一妻多妾
- 王位继承制度：兄终弟及、父死子继、嫡长子继承

## 4. 司法制度

- 中央与地方司法机关：

中央：商王、司寇

地方畿内之地，设有“士”与“蒙士”执掌司法；其他地方司法官为“正”与“史”，处理所辖地方的案件。遇有重大疑难案件，地方司法官需上报司寇复审。

神判：占卜，卜者（巫、卜、史、祝等）参与司法，影响裁决

- 监狱：“圜土” 在地下挖坑或地上垒墙

## （四）商朝法律特点

1. 神权法的成份更多
2. 部门法的数量有所增加
3. 法律内容开始复杂化
4. 司法制度的内容逐渐丰富

# 第三章 西周法制

## （一）背景

1. 平王东迁与烽火戏诸侯，东周西周与春秋战国的时间节点有出入
2. 周公治礼与孔子的述而不作，确立了**嫡长子继承制**

## （二）立法内容

**九刑（西周初年 西周成王时所作刑书）**

《左传·昭公六年》“周有乱政，而作九刑。”

据郑玄注《尚书·尧典》：九刑篇目为九种刑罚的名称，即墨、劓、剕、宫、辟、鞭、扑、流、赎（增加的四种刑罚）

流刑：从灭族到利用反叛部落的劳动力，但首领有号召力必须流放，岭南和邕菜较为多见

赎刑：西周讲慎刑，对于没有确切证据证明有大罪，但又存疑的情况适用，手段是罚铜，在计量单位上有争议，通说认为一缓等于六两，一百镞等于16.7斤

鞭刑：对官员的惩戒，保持体面

扑刑：西周贵族子弟上学的辟雍，不听话就打板子

## 吕刑（西周中期 周穆王用吕侯制定）

提出明德慎罚原则，采取疑难大案用赎刑，以减轻周穆王对外作战的经济压力。

## 周礼

### 等级制度、宗法制度、名分

1. 重要性：法律的制定不能违背礼的精神，是用来划分人尊卑等级贵贱的依据与准则，目的在于实现社会的稳定。
2. 内容：等级分为天子、诸侯、卿大夫、士、庶民、奴隶，诸侯王之间分公侯伯子男；宗法体现在血缘上，**重视父系轻视母系，重视嫡系轻视庶系**，如父亲是一等亲，母亲是二等亲，叔伯是二等亲，舅舅是五等亲；名分指人在社会上的地位，以及享受的权利与承担的义务，有百人逐免之例
3. 产生与发展：夏朝开始绝地天通，禁止人随意祭祀鬼神，可以或不可以祭祀都由法律来规定，如天地只能有天子来祭祀，天子祭祀祖先可以上溯七代，诸侯只能祭祀管辖范围内的山川河流，可以建五庙，百姓可以在家祭祀祖先
4. 形式：吉礼，五礼莫置于祭；凶礼，死后待遇与生前名分地位相关，包括衣服、棺槨、坟高、随葬品与五服之内的守丧之礼；宾礼，人与人互相往来之礼，限于贵族；军礼，军队之中的等级规范；嘉礼，婚、冠之礼，男20女15，男冠礼与女及笄。
5. 原则：亲亲、尊尊，亲近你应该亲近的，尊重你应该尊重的，并移孝于忠。
  - 亲亲（血缘关系的等级）：父党上至高祖、下至玄孙，旁系至三从兄弟与姐妹，成菱形状；母党，外公外婆、舅舅姨妈及其子女；妻党，只有岳父母。在古代亲属关系中，你与任何一个亲属之间都有尊卑关系，亲属互相侵犯，尊长侵犯卑幼，比一般人处罚要轻，关系越近越轻，反之亦然，但是必须父亲亲自去告。
  - 尊尊（政治关系的等级）：包括天子、诸侯、卿大夫、士、庶民、奴隶，诸侯王之间分公侯伯子男，在建筑、车马、乐器上都有区别，除寺庙其他建筑不可高于皇宫，天子八马，诸侯六马，天子八佾之舞，诸侯36人等等。

### （三）立法指导思想：明德慎罚

## **原因：政权建立的合法性问题**

夏商时期的帝祖合一，如商认为祖先是上帝，统治权是上帝授予的，所以商统治极有可能是残暴的可见于天命玄鸟之说

西周不能以同一理论来证明，否则无法解释上帝有几个儿子，以及商灭亡的原因，且通过灭商认识到民心向背的重要性。

## **以德配天**

天下各族在上帝面前是平等的，都有可能取得统治权，天命是不固定的，但是上帝是以德的标准来选择统治者的

德只是要求最高统治者要敬天，汉代之后德的要求才扩展到整个统治阶级，宋代理学扩展到每个人且最高统治者须关爱百姓，汤武革命须满足旧有统治者残暴无德，新有德之人出现两个条件

## **(四)刑法原则**

区分故意和过失、偶犯与惯犯，过失、偶犯减轻处罚，眚与非眚，惟终与非终，眚是自然灾害带来的损失，在刑法领域是事前不能预见后果的犯罪

三典原则：新国轻典，平国中典，乱国重典，分别是新征服、统治时间长较为稳定与叛乱地区

## **(五)礼与刑的关系**

### **西周的时代限制**

礼与刑的一致性：脱离了礼，刑罚就没有目标了，不知道什么行为该进行处罚，原因在于西周只有处罚没有罪名

刑书与法典的区别：法典有完整的结构、罪名与刑名，能够固定搭配，现在刑法典更要求不能有法外之罪和法外之刑；法典公布天下，由国家强制力做保证。相反，刑书只规定处罚，处罚具有随意性且为内部文件

结论：西周刑书没有完善罪名，违背礼的行为是罪，直到西晋两者才脱离

### **两者区分**

地位不同：在西周出礼则入刑，但礼的内容比刑要多，也一直占据主导地位

作用不同：礼的作用在于预防犯罪的积极得手段，刑的作用在于惩治犯罪的消极的手段

适用对象不同：如何理解“礼不下庶人，刑不上大夫”，应该是吉、宾之礼不适用庶人，贵族不用肉刑，不公开处刑，大夫犯罪可夺封、削爵，并有减免特权，即使死刑也不公开执行。

## **(六)西周司法制度**

- 专职司法机构叫司寇，有大小之分
- 刑事诉讼成为狱，民事诉讼成为讼
- 诉讼费：钧金、束矢，西周的金是铜，汉代的金为金，三十斤为钧，一百只箭为一束
- 审判方式：五听，辞是说话前后是否矛盾，色是脸色，气是呼吸，耳是注意力是否集中，目是跟神是否游移

## 第四章 春秋战国时期的法制

### （一）春秋时期法律制度

#### 1. 成文法公布原因

- 出现了新的阶级或者阶层，郭沫若先生称之为新兴地主阶级
- 从奴隶耕种的井田制到承包类的土地私有制，有可能促进奴隶制的解体，新兴地主阶层要求政治地位获得人身和财产安全的保护

#### 2. 成文法公布形式

- 第一部成文法来自于郑国执政子产，当时晋国叔向反对，认为公布法律之后，百姓与贵族争讼，贵族体面不在，子产持不争论的态度
- 子产公布成文法的方式是铸刑鼎，为何不用竹简、丝帛，鼎作为国家权力的象征，在灭国是要毁其宗庙，迁其重器
- 第二部成文法来自于晋国，范宣子制定了刑书，大臣荀寅、赵盾铸鼎，孔子反对，认为应该由国君来颁布
- 邓析造竹刑（书于竹简），严格来说是私人著作，后郑国重新修订法律加入其个人观点

### （二）战国时期的法律

#### 1. 李悝变法

政治上废除世卿世禄制，引进了官僚制，经济上奖励耕种，开荒土地个人所有，善平糴，即国家宏观调控粮食价格，法律上颁布《法经》

- 《法经》真伪之辩

最早见于《晋书·刑法志》，但是战国法家著作、东汉班固《汉书·刑法志》、北齐魏收《魏书·刑罚志》均未提及；此外，明末董说《七国考》提到《法经》，前一部分引用《晋书·刑法志》，后一部分来自东汉桓谭《新论》，但该书南宋即失传；甚至于香港出版《法经考释》，把《唐律》拆散用《法经》篇目重新排版

- 《法经》篇目

盗法和贼法，古代盗是强盗和窃盗，贼是农民或者流民起义

囚法是诉讼法内容，包括审讯、判刑、执行、监狱管理、司法官吏责任等，捕法是追捕盗贼、发布通缉、处罚窝藏等内容

杂法将分散内容汇编，涉及奸罪，如强奸、通奸，道路交通管理、民事债务等规范

具法是刑法总则，即具体规定法律是如何加刑和减刑的，如亲属相犯、未成年犯罪等

- 《法经》特点

以镇压盗贼为主要任务，即“王者之政，莫急于盗贼”

反对奴隶主贵族阶层的等级特权，与法家思想相统一，处于奴隶制和封建制的交替阶段体现了重刑主义的色彩，以轻罪重罚来减少犯罪

体例上“诸法合体，具法列后”，后者才是《法经》独有的特点，汉代以后逐步前移，魏音以后就是第一篇

## 2. 商鞅制秦律

- 姓氏之别

**性/别婚姻，氏/别贵贱的由来**，商鞅、卫鞅、公孙鞅的倒推

问题：孔子真的姓孔么？商后商，姓子，用曾祖父的姓，孔防叔，曾祖父再用其曾祖父的姓，孔父喜

- 诸子百家

秦孝公的两次睡着，从帝道，道家思想的无为而治，到王道，儒家思想的礼治、仁政、到法家思想的法治，以实力争天下

- 改法为律

从刑到法，始于李悝变法，法平如水，法律面前人人平等

改法为律，强调中央集权制度下的统一、协调

影响：除了后周、宋、元一般立法都称为律

变化：

一是增加刑名，如夷三族，又如十伍连坐法，到保甲法

二是增加罪名，如弃灰于道（巫蛊之术），是否是环境保护法？

# 第五章 秦朝法制

## 云梦秦简与法律形式

云梦泽睡虎地，墓主人喜（喜：名字），死于秦始皇统一中国后的第八年

- 避讳学

为何是元月不是正月，避讳政

为何不能用皋字，因为像皇字

又如唐律中的期亲改为周亲，避唐玄宗的名字之讳

- 法律形式

即法律的渊源，通过不同渠道、机构、程序、目的制定的，有不同效力的法律

律：《秦律十八种》，专家起名

法律问答：司法答问，类似于司法解释，与律同等效力，专家起名

封诊式：类似于刑法与法律文书，包括审案的原则，调查取证的程序规范，法律文书的格式等，有学者解读为封是查封，诊是判断，原名

廷行事：廷是廷尉，刑是判决，事是案件，用来指导判案，原名

## 基本内容

### 定罪量刑的原则

或可称为刑罚适用的主要原则

- 刑事责任年龄，以身高作为标准，男六尺五，女六尺二，秦始皇的身高之疑
- 区分故意和过失犯罪，故意是端为，过失是不端
- 诬告反坐，诬告别人什么罪，就被处以什么刑，历代法律都有规定，明朝甚至加等处罚，体现报复刑主义，如《法经》偷盗砍手，偷看洗澡砍脚
- 计赃论罪，根据赃物的价值决定刑罚的轻重，但是否需要看犯罪的对象成为争议

### 刑罚

- 死刑：戮刑、磔刑有区别前者是暴尸示众，后者是四肢张开，破腹之后皮肤张开；弃市是在人多热闹的地方执行；腰斩是拦腰铡斩，魏晋南北朝之后逐步过渡为斩首；具五刑，是将奴隶制五刑逐一使用，但李斯受刑是（乱棍打死，梟首，其余部分砍成肉酱）；梟首是将脑袋割下来挂起来，与猫头鹰有关
- 迁刑：相当于后世的流放
- 肉刑：墨刑改为黥刑；眠刑改为斩左右趾，即左右脚，以右为置；肉刑与作刑并用
- 作刑：魏晋南北朝成耐刑，隋唐之后成徒刑，但在秦朝是有期徒刑还是无期徒刑有争议，分等级
- 城旦舂：城旦是男子白天修城墙，舂是女子舂米，附带肉刑叫刑城旦，不附带肉刑叫完城旦，汉代完城旦是四年
- 鬼薪白粲：按照汉代是三年，鬼薪是为祭把伐木用来蒸煮贡品，最好是果木香，白粲是挑选用来祭祀鬼神的米
- 隶臣妾：南臣女妾，具体未知
- 司寇：即守备边疆、观察敌人、放狼烟，汉代司寇是男子两年徒刑，女子按照苦设名称成为某司寇，如舂司寇
- 候：汉代男为戍罚作，女为罚作，三年至一个月
- 答刑：西周成扑刑，即打板子，秦汉用竹板，唐代用荆条
- 赏刑：罚金刑，用于轻微犯罪、官员失职等，标的物是战争用品，如盔甲或者重盾牌

## 3.司法制度



- 中央司法机构：御史大夫是监察机构，廷尉是审判机构；战国有年终考核的上计制度，但是因为国家小，未设置监察制度；隋唐之后出现复核机构，隋唐是刑部，明清是大理寺。（三驾马车：审判、监察、复核）
- 诉讼制度的公室告和非公室告：家庭内部卑幼对尊长的告发，奴婢告主人，一般是不受理的，家罪为非公室告，一般包括父母对子女、家长对奴婢的人身伤害、父母子女之间的盗窃行为等

## 第六章 汉朝制度

### 背景介绍

平民出身、王朝新气象与黄老思想

### 立法思想的转型

#### 1、黄老思想（无为而治）

- 老子是平民，黄是指黄帝，老子有三个，一是国家图书馆馆长太史儋，二是老莱子，二十四孝为逗父亲开心满地打滚，三是老冉，和孔子同时期，司马迁不确定，人选由唐代确定
- 一方面要求统治者要清静无为，税收刑罚要轻，生活节俭，让百姓感受不到负担，另一方面有愚民政策，百姓老死不相往来

#### 2、儒家思想（独尊儒术）

春秋「公羊传（齐）」

「谷梁传（鲁）」→今文经

「左传」→古文经

- 主张大一统，权力掌握在皇帝手中，一是在于匈奴外患，二是在于豪强内忧，在法律方面体现在语主刑辅，历代莫不以法律用得越少，国家越稳定来评价盛世

### 汉代主要立法和法律形式

#### 1. 主要立法

- 约法三章：杀人、伤人、盗罪
- 汉律60篇：
  - 九章律：在法经六篇之上加了户、兴、厠三篇，户律关于户口、土地、赋税、婚姻、家庭、地承等内容，兴律关于工程营建与役征发等内容，厠律与牛马运输相关，包括税收运送，仓库与驿站管理等内容，共9篇
  - 傍章律：叔孙通与朝廷礼仪，共18篇
  - 越官律与朝律：前者关于宫廷警卫，由张汤制定，判案依据由依法判案，实质正义到道德教化的区分，共27篇；后者由赵主制定，关于诸侯朝见天子的制度，也有约束诸侯王的制度，共6篇

## 2. 法律形式

- 律：中央政府制定的，皇帝批准的，比较稳定且长期适用的法律形式，在汉代往往和令混淆，直至西晋彻底划清界限
- 令：皇帝诏令，虽然补充律，但是效力高于律，如前主所是著为律，后主所是疏为令，新皇帝将老皇帝留下的令进行删减整理，即为律
- 科：指的是科条，目前所知不多，只知道科的名称，如宁告之科、重首匿之科等，教材认为与律令同等效力，是律之外规定犯罪与刑法的单行禁令
- 比：指的是比附，即案例汇编，宋明称为例，如专门指导死刑案的称死罪决事比，按照春秋原则判案的成为春秋决事比等

## 3. 废除肉刑

- 汉文帝十三年，淳于缜素，父太仓令副刑
- 一是黥刑，改为徒刑五年；二是劓刑，改为答三百；三是斩左趾，改为答五百；四是斩右趾，改为弃市场。评价是外有轻刑之名，内实杀人
- 汉景帝改答三百为一百，五百为两百，且不得换人，产生问题是死刑与答两百之间没有过渡刑，评价是生刑太轻，死刑太重，所以是否恢复肉刑的争议持续到南北朝
- 髡刑为何分斩左右趾，原因在于秦法轻重非常细致，罪行加重或者减轻就要换一种刑罚，解决办法不是增加刑罚，就是将原有刑罚进行区分，而汉朝尚右
- 宫刑作为死刑的替代刑存在，北朝之后没有宫刑存在，以后为民间自我阉割入官

## 4. 新的刑法原则的确立

- 上请：贵族官僚的特权法，司法机构不得擅自判决，犯罪之后必须上请皇帝，一般能得到减轻；西汉为两千石官员，一石相当于一百二十斤粮食，类似于省部级干部，东汉改为六百石，相当于正处级干部
- 亲亲得相首匿：儒家思想融入法律，家丑不可外扬，在汉朝限于直系亲属与配偶，卑幼可以隐藏尊长，尊长不能隐藏卑幼，后发展为同居相为隐，扩展到旁系亲属，如兄弟姐妹、伯父侄子之间等，且上下均可互相隐藏

## 5. 捕盗与削藩

- 捕盗在于维护统治的需要，劫富济贫在非常时期才具有合理性与正义性，故很难界定：
  - 首匿罪：几个人共同隐藏犯罪，首匿者与犯罪者同罪，如一家以家长为首
  - 通行饮食罪：为盗贼尤其是群盗，提供饮食、通风报信、带路等
  - 见知故纵罪：看见或者听说他人犯罪故意不告发，如上司对下属、对亲戚朋友同僚的犯罪等
- 沈命法：群盗案件发生后，当地政府没有及时察觉，如中央政府先知道，或者未能在规定期限内将之擒拿归案，沈同沉
- 削藩在于解决中央与地方的矛盾，仅次于皇权与相权的矛盾：

- 汉景帝七国之乱后开始限制诸侯国军权、财权，汉武帝开始打击、限制诸侯王
- 推恩令：众建诸侯而少其力，嫡长子继承王位，剩下儿子降一等为侯，比晁错的削藩策高明
- 左官律：诸侯王地方做官叫做左官，一般来说降中央官员右官一等
- 阿党附益法：两个罪名，前者是发现诸侯王谋反向中央报告，后者是中央官员与诸侯王勾结
- 出界律：诸侯王不得擅自越出自己的边界，防止交通
- 非正律：只有亲生儿子能够继承王位，不能以兄弟之子、养子等继承
- 酎金律：诸侯王共同祭祀祖先，每一前人出四两黄金，且对成色有要求，是个找茬的借口

## 司法制度

### 1、司法机构

- 西汉初沿袭秦朝，中央是廷尉和御史大夫，地方有郡县两级
- 西汉末东汉，发生变化：
  - 一是中朝官尚书向外朝官转化，即汉武帝用心腹加侍中、尚书、给事中头衔架空外朝官，汉成帝在尚书下设五曹，其中三公曹管审判，东汉尚书台成为国家中枢机构，御史大夫实际已经不存在，廷尉与尚书台的分工不明
  - 二是州级监察区向行政区划划转，西汉大概五十多个郡一千五百多个县，汉武帝在全国设置十三个监察区，州刺史只有弹劾监察权，但在东汉时州由监察区变成行政区，司法机构与此同步

### 2、审判制度

- 审判程序：

第一阶段是鞫狱，即审理刑事案件，初审第三天还要复审，防止口供有出入；

第二阶段是读鞠，即审判官员向犯人和家属宣读指控的罪状与审理的结果，然后进行判决；

第三阶段为乞鞠，即请求司法机关重新审理，原审机关换人即可，不须上诉，判决期满三个月后不能乞鞠

- 录囚程序：上级司法机关检查下级审理的案件，及时平反冤案，东汉时皇帝亲自参与，可见唐太宗故事

### 3、春秋决狱

- 定义：以春秋的原则和事例作为判案的依据，原因在于九章律为刘邦制定，子孙后代不能变动，且量刑太重
- 举例：如父亲与人打架，儿子帮忙误伤，可参见春秋儿子抓错药谱死父亲，又如妻子在丈夫死后四个月改嫁，有违夫死未葬，法无许嫁，参见春秋鲁女无子可以改嫁，且平民丧礼三个月，可无罪释放
- 原则：本其事而原其志，而非论心定罪，志善而违于法者免，志恶而合于法者诛

#### 4、秋冬行刑

- 有认为西周已经开始实施，依据是周礼，但汉朝是在武帝时开始，从十月一号到第二年一月三十日可以执行死刑，但随着佛教传入，有禁屠月、禁杀日等，且下雨天不能杀生，实际上只有两个月左右时
- 依据来源于阴阳学说，不能违背天意反季节杀生，且不耽误农时，等秋收之后在热闹地区执行还行增强法律的威慑力

## 第七章 魏晋南北朝时期的法制

### 背景介绍

三国的蜀汉，而非蜀国

东晋对西晋法律制度的沿袭

北魏的分裂，东魏出现格，西魏出现式

西魏成北周，隋代周

### 立法概况

- 曹魏律改具法为刑名，放在第一篇
- 西晋立法的三大变化：一是将刑名分为刑名与法例两篇，前者是刑罚制度，后者是定罪量刑的原则；二是律、令分离，律以正罪名，令以存事制，即律规定罪名刑名，令规定国家基本制度；三是张杜律的颁布，春秋决狱的影响有限，故用解释儒家的学说即“章句”替代，关心法律章句家称为律家，章句家秉持儒家思想，实现法律内容的儒家化，主张刑罚偏轻，律家大都是司法官员，注重司法的实践效果，主张刑罚偏重，张斐，杜预的注释与晋律一起作为颁布，具有同事法律效力
- 杜预：在堆土为陵，马踏为陵之外，以山为陵，且灭具，留存暮秋左传集解
- 北魏律资料缺失，东魏的格称麟趾格，不按照朝代或者年号命名，而按照制定地点命名，教科书将以格代科，但格的内容未能保存，有学者认为是东魏的刑事法典，相当于律而非格，而唐代的格是皇帝敕令的汇编；西魏出现了大统式，不同于秦朝作为审案标准与法律文书格式的式，是有关行政细则的规定，涉及上下班时间、俸禄、年假等内容；且南北朝律令格式都已出现，但不是每个朝代都是四者兼备的
- 北齐律在体例上有两个变化，一是将刑名与法例合为名例律，取刑名的“名”与法例的“例”两字；二是将刑事法典的篇目定为十二篇，唐人评价为法令明审，科条简要，隋唐宋一直都在沿袭

### 立法内容的变革

核心：儒家思想对法律的影响反映在立法上，而非两汉体现在司法和律学上

#### 1. 八议入律

八种特殊身份的人犯罪，可以享受减刑甚至免刑的特权，即除皇室成员之外地位最高的八种人，犯罪之后司法官员只能审理，不能判决，判决由皇帝召集大臣讨论后，由皇帝进行裁决

- 亲：皇亲国戚，包括皇帝、皇太后、皇后、皇太子妃的亲属，且皇帝亲属范围最大，五服之内甚至五服之外的袒免亲的亲属都可以
- 故：皇帝的老朋友，由皇帝界定
- 贤：社会上的知名人士，未必官位高，看重影响力，如仲舒为诸侯王的相，副厅级，朱熹为知州，正厅级，均可议
- 能：治国治军杰出才能的人，由皇帝来定
- 功：建立过大的功勋的人，未必官位高，如汉初夏侯婴
- 贵：职事官三品以上，散官两品以上的中央干部，相当于省部级高官或全国人大政协主席
- 勤：为国家勤劳服务、可以当做典型的干部，如张骞通西域、郑和下西洋
- 宾：前朝皇帝及其嫡系后代，如水浒中的柴进，丹书铁券即瓦片状生铁，中间凹进去阴文用金粉涂上

只有亲、贵、宾有固定标准，其他标准掌握在皇帝手中

八议在曹魏时入律，一直到明清都有规定

## 2. 官当入律

- 即以官抵罪，晋律有免官、除名比三岁刑的规定，但明确称为官当的是南朝的陈律
- 官当的主要范围是徒刑，北朝流刑也可以适用官当，至于笞杖之刑造用赎刑即可
- 折换，如古代徒刑除汉代五年之外，一般都是三年，如县令可折徒刑两年，所犯之罪为四年，还可以勋官、历任官来折抵，不够再用铜赎

## 3. 重罪十条

- 由北齐律确认，对统治秩序和伦理危害最大的犯罪进行统一规定；北齐之前十种罪名已存在，但是分散在分则之中；北齐律只是进行了整合，且规定在总则之中，不享受八议、官当的特权
- 到隋朝改为十恶，即十恶不赦成语的由来，具体内容在唐律中论述

## 4. 准五服治罪（不重要）

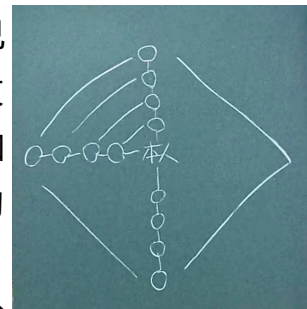
- 即依照亲属关系远近亲属来定罪量刑，始于晋律，来源于之前亲属相犯的规则，即尊长侵犯卑幼，比一般人侵犯要轻，关系越近越亲
- 婚姻法分血亲和姻亲，古代按照宗法分宗亲、外亲、妻亲，即周礼的父党、母党和妻党，五服之内的亲属有守丧义务；准五服治罪只对服内亲有效，且主要用在刑事处罚上
- 斩衰：最重，用于子为父、妻为夫、臣为君，守孝时间三年；斩即不缉，意为麻布不缝边，斩衰服的纤维甚至可以一条条撕扯下来，两尺两寸即五十厘米宽用线240

股，重仲舒的三纲取意于此

- 齐衰：齐的意思是缝边，两尺两寸用线320股，且内分等级，如三年，杖期、不杖期、五月、三月等；如母亲后父亲去世，为三年，母亲先去世为杖期即拄杖一年，为祖父母、叔伯父母、兄弟姐妹、姑妈等为不杖期，即不拄杖一年，为曾祖父为五月，为高祖父为三月；杖即哭丧棒，与心口齐，父杖圆母杖方，但父健在为上圆下方
- 大功：九个月，用线640股，对象为堂兄弟、出嫁姐妹，如未出嫁的姐妹同兄弟不杖期

- 小功：五个月，对象为九族图从外数第二圈，即从兄弟姐妹圈，且母党在小功出现，如外祖父母，姨妈为小功

- 丝麻：丧服如丝一样细，但不能染色，时效三月，如父党中的三从兄弟姐妹、母党中的表兄弟姐妹，妻党中的岳父母



九族图（一从，二从，三从，再从）

- 袒免亲：最贴近五服的亲属，如高祖的兄弟、曾祖父的堂兄弟、祖父的再从兄弟、父亲的再从兄弟等；袒即把

袖管脱下露出一只手臂，免即把帽子脱下围一条白布，吊唁和下葬时才需要

## 5. 刑罚制度的变化

- 流刑的出现与制度化：解决刑罚结构不合理，即肉刑存废的争议，直到北齐律通过流刑解决
- 官刑的正式废除：文帝废除景帝恢复，作为死刑替代刑，且北魏、东魏和北齐都恢复过官刑，但北齐后期废除之后再未恢复
- 连坐范围的缩小：主要针对女性，之前一人谋反父母子女都要受牵连，甚至婆家牵连到娘家，西晋法律规定女子出嫁之前只受娘家牵连，出嫁之后只受婆家的牵连；东晋之后进一步规定女子连坐不死刑一律没为官奴婢
- 封建制五刑的初步形成：北魏律规定为杖鞭徒流死，为北齐、北周沿用，与隋唐之后的五刑有所区别故为初步形成而非正式确立

## 司法制度

### 1. 司法机构

- 曹魏明帝在廷尉之下设律博士，专门研究、教授法律，在元代之后取消，沈家本评价这是明清法律法制逡巡不前的原因之一
- 北齐廷尉正式改为大理寺；之前存在司法与军队合一的状态，大司寇、廷尉既是中央司法长官，又是军事长官，类似于最高法院院长兼国防部长，大理寺的设立意味着中央司法的初步独立

### 2. 诉讼审判制度

#### (1) 刑讯的制度化

- 刑讯，即用拷打的手段取得犯人的口供，作为定罪量刑的依据，原因在于古代结案必须有犯人的亲供；刑讯制度化反而是古代司法进步的标志，因为之前刑讯残酷且没有限制
- 南梁的测囚法：饥饿审讯法，即成年男子每三天给八两粥，十天为限；妇女、老人、儿童一百五十刻即一天半为限，古代的一刻相当于限制的14分20多秒
- 南陈的立测法：疲劳审讯法，即挖一个一尺即现在23厘米左右的、底部为圆形的坑，把犯人抽20鞭子打30板子，再带上手铐脚镣站上去，每天站2次，十天只有第三、七可站，累计打150板子不招即可停止

## (2)死刑奏报制度

- 秦汉郡县司法自成体系，死刑自行判决执行报中央备案即可，魏晋时死刑批准权归中央廷尉，北魏将死刑批准权归皇帝，南北朝复奏一次，隋朝之后为三复奏，但谋反、大逆、奴杀主等重罪仍奏报一次

## (3)直诉制度

- 有学者认为直诉制度来自于周礼中的路鼓和肺石，即官门设鼓可击鼓鸣冤，红色石头站三天为申诉，但周礼作为六经，可能为战国尤其是汉朝人修改
- 西晋有登闻鼓制度，北魏、南梁也采用，在皇宫外设机构，门口有大鼓，有专门官员受理，重大案情须向皇帝汇报

# 第八章 隋唐法制

## 背景

盛唐的成因：有认为唐太宗善于纳谏，有认为是制度合理，有认为是民族大融合导致的思想解放，有认为是长江流域的开发，有认为是隋奠定的基础

## 隋朝法律制度

### 1. 隋的由来

杨坚曾任随州节度使，目前的隋仅做朝代和姓氏之用

### 2. 隋立法概况

#### (1) 隋文帝的开皇律：

在体例上确定为12篇500条，较北齐律在篇目上没有大的变化，但条目压缩了近一半，是立法技术提高的体现；

在内容的创新上，有三大变化：

- 一是正式确立封建五刑，把鞭刑改为笞刑，且笞刑最轻，鞭刑重于杖刑；流刑与唐代不同，从1000里到2000里分三档，而非从2000里到3000里分三档，原因在于疆域大小，甚至在清朝出现遭刑，流4000里；
- 二是将重罪十条改为十恶，作为法律的最高原则，其他原则不能与之抵触；
- 三是将八议、官当等特权法进一步完善，是从原则到规则的转化

(2) 隋炀帝的《大业律》：篇目从十二篇改为十八篇，接近一半条文处罚减轻，十恶删去两条，但之后置之不用，窃盗不论罪行轻重，都是先斩后奏，故无讨论价值

### 3. 唐初法制指导思想

- 《贞观政要》体现李世民集团对法制建设的重视
- 立法并用的治国思想：德礼为政教之本，刑罚为政教之用

在儒家德、礼、政、刑四种治理国家的手段中，德是第一位的，体现了人治的思想，礼是利用宗法等级名分对百姓进行教化，两者往往兼而有之

具体来说，统治者以身作则，以教化为主，刑罚是不得不用的辅助手段，对于难以教化仍犯罪的人适用刑罚

- 法律内容要统一、简约、稳定

统一是前后、上下位法不能互相矛盾；简约是条文不能太多，文字尽量通俗易懂；稳定是法律不能多变

- 慎重行刑

可杀可不杀尽量不杀，可轻可重尽量从轻、可抓可不抓尽量不抓，实质上是开明专制下的疑罪从轻，疑罪从赎，具体体现为死刑复奏、直诉、秋冬行刑等

### 4. 唐代的立法概况

- 法律形式

#### (1) 回顾

魏晋南北朝已有雏形，律令分开，格式出现

#### (2) 律

律以正刑定罪，是规定犯罪与刑罚的刑事法典，主要成分是刑法法条，但第一部专门的刑法典出现在1911年

#### (3) 令

令以设范立制，是国家基本制度的汇编，有相当一部分类似于宪法中的国家组织法

#### (4) 格

格以禁违正邪，是皇帝敕命的汇编，敕命是皇帝随时随地、根据特定人事发布的，司法官员不能够直接援用，只能将某些有普遍指导意义的敕命进行汇编才可以引用，类似于一般判例与最高院指导案例；敕命的颁布与三省六部制相关，尤其是中书省与门下省的联合办公，以及对君权的制约作用；

分为留格式与散颁式，前者类似于内部文件，放在尚书省六部二十四司之中，后者颁布天下

#### (5) 式

式是轨物程式，即国家机关办事细则与公文程式，与魏晋南北朝无异

#### (6) 适用关系

原则上四者之间分工明确，违背令格式的行为，依律惩处，但实际操作中令在特定案件中的效力是高于律的



## (7)典

唐六典有学者认为是古代的行政法典，但存在争议，也有学者认为是开元盛世的仪典，在史籍中没有颁行记录，类似于备忘录

### 5. 唐律的制定

- 何谓制定

汉律以九章律为核心，又有朝律、越官律等，存在多部法律，未曾经过修订；唐律只有一部，后者修订好了前者即废，但唐律修订的次数有争议，或三或四

- 武德律

与开皇律一样，12篇500条，将唐初临时性规定即五十三条格汇编，在处罚上较开皇律为轻

- 贞观律

长孙无忌修订，贯彻轻刑主义，将90多条接近一半的死刑改为流刑，将七十多条流刑改为徒刑，之后唐代立法以此为准

- 永徽律

同样是长孙无忌制定，但颁布一年多后各级司法部门提出语句过于抽象，概念过于模糊，司法部门理解不同在定罪量刑上有差异，即便是中央大理寺与刑部意见也有不统一之处，同时，礼部出于明法科统一考试标准的需要，希望中央对唐律做出统一解释，故有永徽律疏的出现，元代之后称之为唐律疏议

唐律疏议是目前保存下来第一部完整的法典，有教科书或是现存第一部刑法典，但尚须比较法研究的跟进，有两大现实意义：一是以儒家思想逐条逐句解释唐律，标志着法律儒家化的完成，以后不复有春秋决狱的现象，二是唐律疏议与唐律效力等同，司法官员可直接引用，类似于最高法院司法解释

- 开元律

在史籍中无记载，但日本学者有考证，认为唐律疏议不是永徽律疏，其中官职名称如少卿、金吾、别驾等在永徽四年之后才出现，地名如北都在武后时期才出现，且唐律疏议用周亲取代期亲，以避讳唐玄宗，故唐律疏议应当是开元律

但我国有学者认为唐玄宗可能是刊定，未必是修订，只是将永徽律疏的内容在开元年间重新刊定，实质性的内容并未变更

究其原因，在于日本的大化革新，制定了大宝律令，内容与唐律非常接近，有少了勤、宾的六议，少了不睦、内乱的八虐等，颁布于公元701年即武则天的大足元年，颁布时间的先后涉及参考借鉴的关系，谁后颁行谁是参考借鉴

### 6. 唐律的基本内容

- 五刑

#### (1)排列顺序

唐律答杖徒流死，由轻到重，之前隋律、西周法律均是由重到轻，体现了轻刑、慎刑的思想

#### (2)答杖刑

答刑五等，从10到50，杖刑五等，从60到100，不合并是按照阴阳学说，刑罚质分为五等，其中有答杖、常刑杖与讯囚杖，分别对应答、杖、拷打犯人  
材料是荆而非竹，原因在于竹子有节须削平、毛刺多易加重刑罚、时间长发脆容易断，荆为藤类被物没有节、毛刺、韧性好，易保存有弹性，可以防止内伤，可参考藤椅  
在执行上，从不打脑袋到唐太宗规定只能打臀、腿、以防止轻刑加重

### (3)徒流刑

徒刑只有汉代为五年，唐代为三年，分五等，从一年到三年

流刑分三等，从2000里到3000里，每500里为一等，距高比远1000里，原因在于疆域扩大，且流放之后须劳役一年，且户口不得回迁

特殊的流刑即五流，即流刑中情节较重的，为加役流、反逆缘坐流、子孙犯过失流、不孝流、会赦犹流；一般流刑，官员可以官当，官员直系亲属与配偶可以减一等，以及以铜赎罪，但五流之人不可减、赎；加役流的原因在于贞观律在九十多条死刑减为流刑，但须与一般流刑区分，一律三千里，劳役三年，反逆缘坐流对象为谋反、大逆之人受牵连的亲属，子孙犯过失流是子孙过失杀害祖父母、父母的案件，不孝流是子孙诅咒长辈、以巫术求得长辈欢心等不孝罪，会赦犹流是本罪死罪，遇到大赦罪贱一等改为流刑的情形，均不得减、赎

### (4)死刑

分为斩绞两等，绞刑为轻的原因在于留全尸；中式绞刑不同于西方，西式可参见加勒比海盗

### (5)赎刑

主要适用于三类人：一是罪情有疑问的，即无法确定一定犯罪或一定没犯罪的；二是官僚贵族及亲属犯罪流刑以下的；三是老幼残疾犯流罪以下的。

以铜赎罪不是市面上的铜钱，而是以重量计算的铜材，答杖刑一斤一等，徒刑五等从20斤到60斤，流刑三等80斤到100斤，唐代的一斤相当于现在的596克，比现金的市斤要重

#### • 十恶

#### (1)概述

严重威胁封建皇权与违背封建伦理道德的十种犯罪，前三者为谋反、谋叛、谋大逆，谋意味着未必要有犯罪行为，有准备工作甚至是表达谋反意图即可够罪，甚至于株连家人；但十恶之罪，都不得议，官当、遇赦不免。

#### (2)分述

- 谋反即图谋、参与推翻政权，试论危害国家安全罪的合理性
- 谋大逆为侵害皇权的象征物，如陵墓、宗庙、宫殿等
- 谋叛一是战败投降，二是主动投敌，前者成降后者成叛，隋代将两者合一
- 恶逆：殴打或者谋杀尊亲属，殴打的对象只能是父母、祖父母，对于其他尊亲属只有谋杀才构成
- 不道：杀人或害人的手段残忍，一是一家非死罪者三人，可见唐律对复仇较为宽容；二是手段残忍，如肢解等；三是以蛊毒、厌魅杀人，即将毒物烧成灰，或者是扎

小人等

- 大不敬：皇帝身边的人过失犯罪，唐律有记载皇帝乘船出行缆绳没系牢
- 不孝：分为生前与死后不孝，生前包括告发、咒骂、虐待、擅自分家等行为，死后为不遵守守丧制度如喝酒吃肉、穿孝服、听音乐、亲近妻妾等
- 不睦：是降、判合之后新设，一是小功、丝麻亲之间的拐卖、杀害行为，二是妻子殴打丈夫
- 不义：杀害父母官、授业恩师，又或者妻子守丧未遵守规定，或者三年未到改嫁的行为
- 内乱：不同于清末改革中危害国家安全的内乱，是小功以上亲属之间通奸或者、强奸的行为

- 
- 特权法

#### (1)概述

包括议、请、减、赎、官当，在唐代形成体系

#### (2)分述

- 议：即八议，司法官员只能审不能判，由皇帝召集正部级以上大臣讨论决定，主要适用于死刑
- 请：五品官以上，不同于议贵的三品职事官，以及八议之人一定范围的亲属，在犯死罪之后，司法官员在判决之后可以上请皇帝，请求宽免
- 减：七品官即正处级以上，以及议、请者一定范围的亲属，流刑以下都可以享受在量刑上减一等的待遇，如徒刑三年改两年半
- 赎：九品即所有官员以及议、请、减者一定范围的亲属均可享受
- 规律：一是享受高等特权之人也能够享受低等特权，如八议之人可请、减、赎，二是特权者一定范围内的亲属可以享受特权者本人低一等的特权
- 官当：按照犯罪与职务是否相关分为公罪和私罪，但贪污受贿仍属于私罪，且流刑以下才能官当，故一品到五品官，公罪可抵徒刑三年，私罪两年，六到九品官，公罪可抵徒刑两年，私罪一年

唐代仍可以勋官、历任官来抵罪，且历任官抵罪之后，重新任用须降原品一级，如用正科抵罪，重新任用就变成副科了

- 
- 其他原则

#### (1)六赃

- 非法手段取得的财物，称为赃，六赃名称自唐律始，后期有变化，如明清之时监守自盗也归入六赃
- 强盗、窃盗之别，在法经已有论述，窃盗在唐律为潜行隐面而取
- 受财枉法、受财不枉法：拿钱办事重于拿钱不办事

- 受所监临：主管官吏接受主管范围之内部下或者百姓的财物，甚至有不娶监临女的规定
- 坐赃：兜底性条款，一般指非主管官员因事受赃，主要适用于居间拉关系的官员，也有官吏借贷公家财物一百天以上不归还的
- 六赃的处理：三罚，一是刑事处罚，二是行政处罚如免官，三是民事处罚，在退赃之后还要罚款，且六赃先免官，故不得享受官当

## (2)同居相为隐

较亲亲得相首匿的汉代规则，在范围上有所扩大：

- 一是扩大到旁系亲属，如兄弟姐妹、叔伯伯母等
- 二是扩大到同居亲属，主要住在一起，在同一编户之中
- 三是尊长可以为卑幼隐瞒罪行
- 四是部曲可以为主人隐瞒，从魏晋南北朝豪族大家的私人武装即家兵，到唐代地位高于奴婢低于自由民的良人
- 五是小功、丝麻等原本不能够隐瞒的，可以减轻三等处罚

在适用上，同居相为隐不能够隐瞒十恶前三种罪行，可见十恶之地位

## (3)化外人相犯

唐代有归化籍、化外人之别

诸化外人，同类自相犯者，各依本俗法，尊重他国法律，但需要人才

异类相犯者，以法律论，是属地管辖，维护主权的行为

## (4)比附原则

应出罪者，举重以明轻，即法律无明文规定，用性质相近但情节较重的罪的处理作为本案的相对轻判的理由，如窃盗三百钱徒两年，盗两百钱不得超过徒两年，为上限；

应入罪者，举轻以明重，即法律无明文规定，用性质相近但情节较轻的罪的处理作为本案的相对重判的理由，如窃盗三百钱徒两年，盗五百钱必然超过徒两年，为下限：

## 7. 唐代司法制度

### 唐代司法机构

秦只有审判机构，秦汉有审判和监察机构，隋唐有审判、复核和监察机构，称大理寺、刑部、御史台大理寺相当于廷尉，是北齐时改名，正副长官称大理寺卿、少卿，一是审理中央百官和京师地区徒刑以上犯罪，二是复审刑部移送的地方死刑案件

刑部为新增，在唐代是复核机构，一是修订法律，二是复核大理寺和地方审理的徒刑以上的案件，有问题都要发回重审，三是徒流刑的执行，以及没官奴婢的管理

御史台由秦的御史大夫而来，包括台院、殿院、察院等分支机构，分别监察中央官吏、朝廷礼仪和地方官吏，明清的都察院是察院的演变

会审制度：在汉代为杂治，在唐为三司推事，体现了皇帝对司法的控制、行政对司法的干预以及慎刑原则，由大理寺、刑部、御史台的正副长官来会同审理重大案件，尤其是死刑案

件；推事就是审理案件的意思，北洋政府法官称推事

地方司机机构，是行政与司法的合一，如县令有权管理政务与案件，故在官员选拔之时，在礼部试之后还要吏部试，类似于组织部考察，考核内容是身言书判，分别考察身材长相、语言表达能力、书法与法律文书组织能力，且唐代科举不糊名。

### 唐代诉讼制度

主要是诉讼权利的限制：

- 一是亲属间相告的限制：卑幼不得告尊长，子孙控告父母、祖父母绞刑，其他期亲尊长，徒刑；尊长告小功以上卑幼，杖刑，但前三恶除外
- 二是部曲、奴婢告诉的限制：告主人相当于子孙告父母，告主人亲属相当于卑幼告其他尊长
- 三是生理上的限制：八十以上称老，十以下称幼，严重残疾称笃疾，除了本人直接受害，不得告诉，有老眼昏花、老年痴呆、易受误导、严重精神疾病的记载，但废疾即轻度残疾如哑巴、侏儒等可告诉
- 四是对囚徒的限制，即判决以后在服刑的徒流囚犯，在监狱与流放途中被剥夺较多诉讼权利，只有监管官员严重虐待、前三恶以及揭发他人犯罪可告诉

### 审判制度

#### (1)刑讯的限制

刑讯的前提，只有证据较为确凿、案情比较重大且犯人不愿意招供的才可刑讯，且刑讯之前主审官员须签字以便追责

刑具的限制，讯刑杖最粗，为三尺五寸长，大头直径三分两厘，小头两分两厘，但唐一尺相当于0.3米，故出现大头只有小拇指粗细的程度

对象的限制，享受议、请、减的官员不能刑讯，但赎刑官员无此特权，故正处是分水岭；老幼废疾不能刑讯；孕妇、产妇、生育后一百天不得刑讯

执行的限制，最多两百下，不能超过三次，两次刑讯的间隔二十天以上，只能打臀部和腿部，且不得超过最终量刑的数目，故唐律也存在折抵的问题

#### (2)越诉与直诉

越诉：违法越诉且被受理，司法官员与告诉人同罪，故越诉在唐代是故意犯罪，过失或者未遂不构成越诉之罪，目的在于防止找熟人

直诉：除登闻鼓外，还可以邀车驾，但必须跪在路边，否则杖八十，也可以通过官员上表的方式

#### (3)司法官员的审判责任

只介绍秦、唐，最早与最典型，且不包括执行刑罚与监狱管理责任

故出入人罪，即司法官员主观故意，分三种情况：

出入全罪，以全罪论；同级出入，以所剩论，即笞杖、徒流同级，流相当于徒四年；越级出入，以全罪论，故流刑判死，死刑

失出入人罪，即司法官员存在过失，在故出入人罪的基础之上，失入减三等，失出减五等，原因在于唐代主张轻刑，宁出勿入

## 第九、十章 宋、辽夏金元法制

### 五代

- 概述

三大乱世，时间逐渐缩短，春秋战国五百年，三国两晋南北朝三百六十年，还有西晋五十年的短暂统一

一，五代十国五十多年，可见大一统的影响之深远

唐代藩镇割据与柳宗元、刘禹锡参与的永贞改革、韩愈的道统说

- 立法

唐宣宗制定大中刑律统类，但只是法规汇编，不是统一编订的法典

后唐同光三年出现第一部以刑统命名的法典，即新集同光刑律统类，青泰二年出现青泰编敕三十篇后周又制定了大周刑统

原因：唐律是律令格式分别编制，在案件审理时需要逐一查询，刑统以律为主，将令、格、式中与律相近的条文附编其后，方便查询，宋刑统即大周刑统的后续

- 刑罚

五代乱世，刑罚特别残酷，如凌迟刑的出现，可参见陆游的渭南文集，又如流刑增加刺面，肉刑重新出现

### 宋代

#### 1. 概述

杯酒释兵权与官员特权，权力分割，如枢密院负责调兵、兵部管理军队，有战事临时选取将领领军；又如枢密院与政事堂为两府，政事堂下设参知政事、三司使分相权；再如地方设路，设转运使、提点刑狱使、提举常平使、安抚使司，州一级设通判，与知州共同理事；此外，官员分为寄禄官、差遣、散官、勋官、贴职、爵位，分别代表俸禄、实际职务、等级、荣誉头衔与称号，故出现三冗问题

#### 2. 立法概况

- 刑统：对大周刑统重新修订，即重详定，且只修订过一次；以律为主，附以敕令格式的综合性刑事法规；篇下分门，在篇和条之间，将性质相近的条文归为一门；是第一部刊版印行的法典，区别于活字印刷

- 编敕：皇帝刑事敕令的汇编；唐代编敕称格，补充律、格、式，宋代编敕补充或者修改刑统，逐步覆盖刑统；编敕成为北宋最重要的立法活动，有详定编敕所；宋神宗之后编敕的地位和数量超过刑统，以敕代律，并以编敕为主，将令、格、式汇编成条法事类，格在宋代是赏罚等级的规格

- 编例：是否为宋代法律形式，学术界有争议；包括指挥和断例，指挥是上级机关对下级的指令性文件，碰到类似情况可以引用；断例即案例汇编

### 3. 宋代刑法的主要变化

- 重法与重法地的出现：重法是对群盗、杀官吏、累杀三人以上等加重处罚；重法地由开封始，强盗、窃盗、窝藏强盗一律加重处罚，后扩张到全国
- 刑罚的变化：在隋唐五刑基础上，具体等级和行刑方式出现变化，如折杖法，五代时各国疆域狭小，流刑难以实施，以背杖替代死亡率高，宋太祖将答杖徒流折合成杖刑，答刑折合成臀杖7到10，杖折合成臀杖13到20，徒折合成脊杖13到20，流折合成背杖13到20加配役1年，但这只是宋刑统的规定，编敕出现了刺配和凌迟，刺配比流刑重，集流放、刺面与杖刑为一体，且至边远地区的牢营或军队终身服役；凌迟在五代出现，南宋庆元条法事类确认为法定刑，但晚于辽，最高纪录4700刀

### 4. 宋代司法制度的特点

- 加强皇帝对司法的控制

在刑部与大理寺外设立审刑院，负责备案和详议，并向皇帝汇报，太宗设立神宗废除；在路一级设置提刑控制地方司法，郡县或者州县两级制的基础之上开始地方行政区划三级制，路一级成提点刑狱使；御笔断罪，皇帝审案即为终审

- 诉讼审判制度的完善

一是鞠诚分司，即审理与判决分开，狱司负责事实审，法司负责法律审，根据犯罪事实进行判决；二是翻异别推，即犯人招供又推翻原口供，案情出现重大疑问的，另外组成审判班子审理，一般都是死刑案；三是理雪即上诉制度，罪犯家属在判决三年内不服可以上诉；四是检验制度的完善，最著名的为宋慈的洗冤集录，本人为湖南提刑；五是务限制度，与秋冬行刑一致，每年阴历十月一日至第二年一月三十日，才可以审理与土地、农业生产相关的诉讼案件

## 元代

### 1. 概述

- 不谈论元代的原因：异族统治、年代短暂，仅有90多年、名称拗口，如县令成达鲁花刺；承前启后作用似乎不足
- 实际成果：黄道婆松江棉花、青花瓷和釉里红、工笔画到写意画的转变、原曲等

### 2. 立法概况

- 国号取自易经，元亨利贞的第一个字，成吉思汗统一蒙古各部族，各部族习惯法成约孙，习惯法进行统一规定称扎撒，第一部成文法典称大扎撒，由古回纥文写成
- 元灭金之后继续用以唐律为蓝本的泰和律，但忽必烈颁布至元新格为第一部成文法，且按照蒙古风格统治汉地，但至元新格只是临时法规的汇编，司法官员仍在适用泰和律

- 元英宗颁布大元通制，包括制诏、条格、断例，制诏相当于宋的编敕，条格相当于宋的令、格、式，断例指的是断案的通例，相当于宋刑统，原有30卷1151条，保存下来有22卷条，20年后的至正条格只是对大元通制进行补充
- 元英宗时期还刊行了元典章，是法规的汇编，但制定者不详，有认为是地方有认为是书商，按照更户礼兵刑工六部的顺序将条文归入

### 3. 元代法律制度的变化

- 一是蒙汉异法，一等蒙古人，二等色目人，三等汉人，四等南人，汉人杀蒙古人死刑，反之流刑；汉人偷盗刺字，蒙古人不需要等
- 二是刑罚上的变化，答杖少三下，但11等，最高一等为107下；徒刑7等最高五年，流刑为南北流放，死刑只有斩与凌迟（废除绞刑）
- 三是司法机构的变化：大宗正寺负责两都蒙古人和色目人案件，刑部负责两都之外的民事和刑事案件，宣政院掌管全国佛教事务与僧侣诉讼，最初成总制院，由萨迦派帝师八思巴总领，体现西藏地区政教合一的传统

## 第十一章 明朝法制

### 明代立法思想

治乱世用重典，是明初的立法思想，区别于汉初的无为而治，以及隋朝的开皇律，原因在于元代末年的宽纵，宽是有法不依，纵是朝廷管不住官吏，也区别于三典的刑乱邦、用重典，乱邦是局部地区、地域概念，乱世是一定时期内的全部地区、时间概念

### 明初立法活动

#### 1. 大明律在体例上的特点

- 一是仿照元典章以中央行政六部分篇，开创了中国古代刑事法典编制体例上的重大变化，共修订四次，止于朱元璋死前一年，六部分篇是分则部分按照六部分篇，总则仍为名例律
- 二是不同于唐律篇下设条，大明律仿宋刑统篇下分门，门下设条，如营造、河防两门属于工律，共十三条
- 三是大明律条文少于唐律，为460条，且附图，有五刑、狱具、丧服、服制、六赃、纳赎例、律例钱钞、收赎钞图等

所以大明律在编制体例上优于唐律，但后人只批评其定罪量刑的重典原则

#### 2. 大明令特点

在洪武元年正月颁布，是明代第一部立法，是封建社

会最后一部，也是最简单的一部令，共145条，按照六都分篇，且部分并入洪武三十年的大明律，故有效力作用不大

#### 3. 明大诰



集中反映治乱世用重典的思想，是一部特别刑事法规，由尚书中大诰一篇得名，有大诰、续编、三编，大诰武臣，由案例、法令、朱元璋训示组成，是口语直述的文体，如迂于化外、的不虚示的词汇特点：一是多律外酷刑，如砍脚、挑筋、挖肠、刷洗，如剥皮实草，且朱元璋死后没有再用，符合治乱世用重典的思想；二是新设罪名，如寰中士大夫不为君用，与一臣不事二主的传统思想有冲突；三是同一种犯罪，大诰量刑更重，如夏粮违限不纳以凌迟，原因在于朱元璋认为对百姓已经足够保护，百姓应当绝对服从；四是矛头针对官吏，236条有接近200条的规范对象是官吏，符合法家思想的明主治吏不治民，唐律只有第三篇职制律针对官员；五是实现空前规模的普法，犯罪有明大诰可以减一等，反之加一等

#### 4. 问刑条例

明初的条例类似于宋代的格，是赏罚等级与细则，如充军、死罪条例，是临时性的单行法规；明孝宗之时将历代条例进行删减整理，按照六部分类，明神宗对问刑条例进行修订，增加了近一百条，并将其附在大明律之中，即大明律集解附例，例是条例而非案例

#### 5. 大明会典

明孝宗时颁布，是明代行政法规的汇编，体例以官职分类，记载各个行政机构的职能、演变与相关法律条文，有180卷，明神宗时同样进行修订，增加50多卷

### 明代法律内容的变化

#### 1. 刑罚制度的变化

隋唐以来，笞杖徒流死的执行方式均有所变化，如元代笞杖刑在数量与刑等上有变化、取消绞刑，宋代出现背杖、徒刑加刺面、死刑有凌迟，但流刑仅有流放千里与强制劳动一年，处罚力度不足，故明代有充军之刑

在宋代，已经有犯人到边疆尤其是陕西服苦役的刑罚，但充军之名出现在明代，开始适用于军人，后扩大至百姓，且有终身与永远之分，永远意味着夫死子替，且等级从附近与边缘，扩张到附近、边卫、口外、沿海、边远、烟瘴、极边七个等级

#### 2. 定罪量刑的变化

清代尚书薛允升著唐明律合编，认为明律的特点在于轻其所轻、重其所重，从中可见蒙元的影响、专制集权的加强以及民刑的分立

- 轻其所轻：与风俗教化、典礼仪式、户婚田土有关民事方面的轻罪，在唐律中已经较轻，明律进一步减轻，如子孙违反教令即不听话，唐徒两年明杖一百，居父母丧生子，唐徒刑，明废止
- 重其所重：对于危害统治秩序的犯罪进一步加重，如谋反在唐本人斩、父亲儿子绞，其他男性近亲属流，明代本人凌迟，其他男性近亲属斩，但女性一直都是没官奴婢，又如唐律强盗十匹布以上绞，明律强盗一律死刑，再如私铸钱币，唐律主犯流刑从犯徒刑，明律一律死刑，甚至于明律出现了奸党罪与上言大臣德政之罪

### 明代司法制度

#### 1. 司法机构

明代中央有三法司，地方有布政使司、提刑按察司、都指挥使司

- 中央司法机构的变化：大理寺与刑部的职能调换，且唐代刑部复核徒刑以上案件、修订法律、负责刑罚的执行，但明大理寺只有复核之权，类似的制度有朱元璋废宰相、朱棣设内阁大学士、清代将内阁大学士作为虚衔，权利转移到议政王大臣会议、南书房、军机处
- 监察机构的变化：明代的都察院由唐的察院演变而来，负责监察地方官吏，下设13道监察御史监察十三个省；另设六科给事中，分别对应六部，负责监察官员上下班的言行活动。清代科道合一，是对都察院权力的加强
- 地方司法机构的变化：明代设立申明亭，是县级司法下的最低审级，越过申明亭赴县告诉即为越诉；申明亭处理民事与轻微刑事案件，只有调解申斥训诫的功能，没有处刑权；有旌善惩恶两块木板，体现了教化的功能
- 特务机关的设立：朱元璋设立锦衣卫，有逮捕与初审权，后报刑部，体现皇帝对司法的控制；后又成立东西内行三厂，厂是宫内外堆放煤和木炭的地方，重复设立特务机构是因为皇帝对之前特务机构的不信任

## 2. 诉讼审判制度

- 对诉讼权利的限制

干名犯义的限制，在卑幼不得告尊长、奴婢不得告主人之外，雇工人不得告雇主，否则相对奴婢告主人减一等处罚

行为能力的限制：主要是针对老、幼、妇女的限制，是程朱理学的影响，但残疾人不受限制

官吏的限制：官吏诉讼只能家人出面，更不能用公文通报让司法官员知道身份

- 会审制度

指的是会官审理制度，汉代称杂治，唐代称三司推事，但为临时性机构，明代开始有了固定机构，体现了慎刑原则

朝审：明英宗之后，在霜降即农历九月中旬，由中央三法司会同公侯伯审理判决死刑的犯人，即朝审不拘泥于重大疑难案件，每年都举行，使得死刑案件多了一道审核手续

大审：天干地支纪年，在丙年、辛年，五年一次，中央由司礼监太监会同三法司审理徒流犯人，地方由布政使与巡按御史负责，太监有批红权

热审：不是慎刑，是恤刑制度，在三伏天之前对尚未结案的犯人抓紧结案，不能结案的先出狱；对执行阶段的徒流犯人，刑满释放一年内的可提前出狱

# 第十二章 清代法律制度

## 1. 概述

是指1840年前的清，在吸收外来先进文化的同时，与本族文化相结合，立国296年；虽然之前女真人的泰和律义立法水平高于辽的咸雍条制，但清与金是否有传承关系仍有待考证  
皇太极与顺治帝巩固统治的手段，尤其是为崇祯举行国丧与祭孔

## 2. 立法概况

- 大清律例

修订三次，分别是顺治、雍正、乾隆三朝，顺治朝仿照大明律附例，制定大清律集解附例，康熙朝编成刑部现行则例，附于大清律之后，此后雍正、乾隆两朝的重心都在修例，五年一小修，十年一大修，故清代律例并举，以例为主

律例矛盾以例为主：如明律认为外姻有服亲属一律不得婚配，即表兄弟姐妹不得结婚，清律照抄；但是清例规定，外姻亲属为婚，除尊卑长幼相犯者，其姑舅两姨姐妹，听从民便，故红楼梦的故事在历史中应在雍正八年条例之后

- 少数民族立法

对东北地区的少数民族，尤其是蒙古族最为优待，对西北地区、西南地区少数民族剿抚并用，并制定蒙古律、蒙古律例、理藩院则例、西宁番子治罪条例、钦定西藏章程、回疆则例、苗犯处分例等，对西藏与蒙古最为重视

其中钦定西藏章程，共二十九条，是关于西藏的基本法，由驻藏大臣与达赖、班禅共同理事，且驻藏大臣有最终裁决权与3000藏兵指挥权，另外金瓶掣签制度仍在在使用，即八思巴的花教萨迦派没落之后，宗喀巴的格鲁派成为主要教派，形成了达赖与班禅制，甚至于白教的噶举派、红教的宁玛派也采用该制度

## 3. 清代司法制度

- 司法机构

中央三法司满汉各一，满人说了算

理藩院的成立，管理内外蒙古与回疆事务及刑、民诉讼，回疆包括新疆、甘肃、宁夏等信奉伊斯兰教的地区，死刑案件须报理藩院，由其会同三法司复审

清代地方有总督、巡抚，少数民族当政地方权力较大，总督管理两到三个省，如两广总督管理广东广西，两江总督管理江苏、安徽、江西，两者对本省案件有复审权，但终审权归中央刑名幕友，或称师爷，因地方一把手官员为满族官员，对地方不熟悉且本身缺少专业化训练，且汉族官员不得于出生地任官，所以有刑名与钱谷幕友的雇佣

- 秋审

清代死刑制度的程序最为完善，分立决与监候两种，监候收监、集中上报刑部，立决当时报请刑部、大理寺复核，报皇帝勾决，分为斩监候、绞监候、斩立决、绞立决、凌迟，其中秋审针对死刑监候案件

清代秋审制度包括秋审与朝审，前者是京师地区，后者是各省，由刑部下设秋审处负责，且朝审犯人少、程序减少、开始时间晚

具体流程：各省整理好记录案情和供词的“招册”，有省提刑衙门核实报总督或巡抚，督抚将犯人分门别类做成“汇提”报刑部秋审处；秋审处将之交刑部各清吏司衙门审核并提出意见，为“看详”，后交刑部值班长官拟定刑部意见，并将主要材料和省、部意见做成“招

册”，送达秋审各部高官；秋审大典与霜降后第10、11天，一般是公历11月初举行，由中央高级官员、大学士、九卿、监察御史等参与

结果：死刑监候之人分为情实、缓决、可矜、留养四类，情实须报皇帝勾决，皇帝未勾决明年再审，十次免勾才能改缓决，缓决明年秋审再审，三次缓决才可免死，改为发遣为奴、充军；可矜当时可改流刑；留养尽孝道才可能免死，故四种类型以缓决为主，占比九成左右

## 古代民事制度

### 民事法规不发达的表现

- 1、古代没有专门的民法典，之前只有1930年中华民国民法典，古代民事法规都是附在刑法典之内，尤其是户婚律和杂律
- 2、以刑事处罚手段来处理民事违法问题：如负债违契不还，按照数额和违约时间，最两徒一年，又如男女订婚，男提前迎娶女到期不嫁，杖一百
- 3、民事法律条文主要涉及与国家利益有关的个人权利，如土地、户口、赋税、婚姻、继承，后两省涉及男女尊卑问题
- 4、主体不是个人，是血缘共同体的代表，家长或者族长是财产唯一合法支配者和对外关系唯一合法代表

### 民事规范不发达的成因

- 1、地理因素：黄河治水等产生高度集权的家族群体和中央政府，权利意识是家族本位，体现在家长特权、宗法等级；农耕社会以经验积累为主，尊老习俗的推动作用
- 2、经济因素：自自足的小农经济，生产的目的是自我消费，农村地区以物易物常见，独立的小商品生产者少，城市君主与官吏集中，服务业发达，上下等级尊卑明显；与西方城市以商业交易为主、商业平等理念以及王权、教权、平民三股力量的交错相区别
- 3、政治因素：重农抑商，商业不增加产量，流通不产生实际价值，一是体现在对国计民生影响最大、利益最大的商品官营，如盐、茶、酒、矾等；二是对民营产品采取重税制度；三是对商人采取歧视政策，市籍不能做官、不能脱籍，故商人发财后买地以利子孙
- 4、思想因素：除管仲赞成官营经济外，儒家重义轻利，尤其是理学之后商业行为作为天理的对立面

### 古代婚姻制度

#### 1、婚姻的目的和原则

- 目的：合两姓之好，即宗族联合；上以事家庙，下以继后世，即祭祀祖先的血食制度，古人认为地下恶鬼没有血食将来人间作乱，血缘关系起到阴阳信息传导作用，故祭祀之牛羊猪须由男性亲属杀，血缘传输中间不能通过一个女性，故男尊女卑，不孝有三、无后为大，原因在于祖先不再由后代祭祀

- 原则：一夫一妻制，可纳妾，妾的数量法律不干涉，甚至皇帝有最低数量，即后宫制，也有诸侯一聘九女之说；称呼从后、夫人、孺人、夫人、妻，分别对应天子、诸侯、大夫、士、平民

## 2、婚姻成立的要件

### 形式要件

- 父母之命：作为血脉延续与家族利益的婚姻，由长辈做主，多发婆婆要求儿子休妻的情形，如陆游
- 媒妁之言：媒人与廉耻相关，对婚姻起到宣传作用，男25女20都是大龄青年，甚至有官府组织相亲并资助结婚费用的记载
- 仪式：六礼制度，未经六礼与父母同意即为私奔，只能是妾不是妻，如司马相如与卓文君，具体程序为：

纳采：男方家长派媒人向女方提亲，须准备礼物，如玄、纁 (xun)、羊、雁，前两者是丝绸，雁不可少，原因在于其随阳气而动，意味着夫唱妇随、讲信用、一夫一妻终身制，后可用鹅替代

问名：姓名与生辰八字，姓重要，因为同姓不婚，女子名不重要，因为出嫁后从父姓，生辰八字对应天干地支，年月日時

纳言：占卜询问祖先是否同意婚事，风险及应对

纳征：征即钱币、布匹，是婚姻最关键的阶段，在习俗上相当于送彩礼，在古代实质上相当于结婚登记，但纳征有限制，如唐代八品官以下五十匹绢，防止攀比

请期：结婚由男方提出，与女方讨论，日子须占卜，订婚三年内不娶可重新许配

亲迎：新郎迎接新娘回家后举行婚姻，关于结婚当天是否拜父母有争议，合卺 (jin) 酒意味着前世与今世姻缘，女子出嫁三月才能赴祖庙拜见，后改为隔日，如此女子死后才能葬在夫家

宋代之后，纳采之时问名，纳言走形式，纳征之时请期，故只有三阶段

### 实质要件

- 临时禁婚：如居丧禁婚，父母三年，祖父母一年，两老死罪囚禁期间禁婚，帝王三天
- 永久禁止：同姓不婚，男女同性，其生不蕃，但矫枉过正，姓氏改非常常见，尤其是少数民族政权汉化期间；附远厚别，前者是宗族联合，后者是人伦相别，即宗族内任何一个人对你只能有一个称呼，不能出现同宗妻妾不婚，即女子不得改嫁丈夫宗族内的任何男子，如嫂子改嫁叔叔；同姓之人无论五服内外都不得嫁娶，不同姓亲属，辈分不同不能婚配，平辈可以，如表兄弟姐妹，姐夫与小姨子；身份禁止，良贱不婚，贱民是私家的奴婢、部曲，公家的官、杂、工、乐户，来源于俘虏与犯罪人及家属，农民之女可婚配大臣之子；例外规定，官吏不能娶娼妓，监临女，朝廷命妇不得改嫁等。

## 婚姻的解除

自然解除即死亡，认为解除即离婚，有限制，方式有七出、义绝、和离

- 七出即丈夫单方面休妻，类型有：

无子，是不生儿子，后有时间限制，须女子年满50岁，但史料对此无记载，原因在于夫妻感情

淫佚：作风淫乱

不事姑舅：不孝敬公婆，称姑舅原因在于表兄弟姐妹可以结婚，称姑舅是亲上加亲，休妻以此为主，有骂狗、打钉掉灰、挑水回来晚被休的情形，故多年媳妇熬成婆

口舌：挑拨亲属间尤其是兄弟关系，古代父母在世兄弟不分家，劝分家可休妻

窃盗：一般为偷自己家东西接济娘家

妒忌：妻妾成群不可争风吃醋，贤妻标准是为丈夫生儿子，生不出劝丈夫纳妾，纳妾标准是家中生子比率，如王熙凤的做法

恶疾：恶性传染病，不能共同生活、祭祀祖先，如麻风病会导致断子绝孙

- 义绝：夫妻双方近亲属互相杀害、夫妻一方与对方近亲属通奸、妻子图谋杀害丈夫必须离婚
- 和离：类似于协议离婚，但丈夫不离婚，妻子离不成

## 离婚限制

古代离婚率很低，一是道德教化，二是聘礼太贵，三是三不去，妻子有其一，丈夫不得随便离婚

一是有所取无所归，妻子从娘家嫁过来没有地方可回

二是与更三年丧，公婆去世守孝三年，故古代女子出嫁，结婚之后公婆尚存其一，且婚后去世为好

三是前贫贱后富贵，见于湖阳公主与宋弘案、陈世美案

三不去对七出有限制作用，但无法对抗淫佚与恶疾

## 古代家庭制度

家庭成员地位不平等，体现在父权和夫权

### 1、父权

主婚权：婚姻由父母做主，唐律有例外，离家千里做官经商，身边没有长辈，可自主婚姻，但父母在家定亲为正妻

教令权：教育与惩戒权，父母打骂子女，法律不加干预，子女长大后有选惩权，官府不须调查取证，父母告什么是什么

财产权：家庭财产由家长全权支配，故买田须确定是家长所为，或有委托书，否则为无权处分；家长活着子孙不得擅自分家析产，否则构成别籍异财之罪

### 2、夫权

妇者，服也，以礼屈服，妻子要绝对服从丈夫

刑事责任不平等，夫妻相犯如唐律，妻子打丈夫加三等，丈夫打妻子减两等

财产权利不平等，只有男子及其家族共有财产，妻子嫁妆归丈夫所有，改嫁也不能带走；妻子守寡，儿子年幼，可代管财产，儿子成年即交还，没儿子的丈夫死后财产归丈夫家族所有

婚姻权利不平等，如七出、三不去等

贞操义务不平等，男性有延续血统的权利，可纳妾，但嫖娼仍受道德谴责，女性不允许丈夫以外的性行为，否则视为犯罪，妓女等除外

## 古代继承制度

### 1、通说

继承标的：宗祧、爵封、财产继承

继承顺位：夫死子替、兄终弟及、嫡长继承、诸子均分

任何继承制度都包括特定的标的与顺位，如宗法制是嫡长继承的宗祧继承，分封制是嫡长继承的爵封继承

甚至，继承制度会随着时代的发展而变化，如财产继承在西周是嫡长继承，在秦汉之后是诸子均分

### 2、宗祧继承

起源与血食祭祀有关，宗祧继承人即主祭人，一个宗族只有一个，且在西周是主祭人为宗祧、爵封和

财产继承人，宗祧制度体现了男性对女性、大宗对小宗的绝对统治权

在西周为大宗祧制，宗祧继承采取宗族祭祀、嫡长主祭、大宗立后的方式，以嫡长子作为宗族血食的正统继承人，故只有一个，其顺位为嫡长子、嫡长孙、嫡长子同母兄弟、庶子、庶孙；且大宗不能绝后，可从小宗过继，若小宗因此绝嗣，可永久附在太庙享受血食，称为祔祀；有儿子的小宗可代代相传，在第五代嫡长子之后可以单独自立宗族，无子小宗只能祔祀

战国之后为小宗祧制，原因在于战乱难分大小宗，且大宗失去世卿世禄制的保障，且祭祀都是家长主祭，儿子分家后各自为祭，故只涉及无子家庭的立嗣问题，规则有三：一是必须同宗同姓，三岁以下被遗弃者除外，二是昭穆相当，即辈分相当，三是嗣子不能为他人独子，防止他人断后

### 3、爵封继承

- 爵是爵位，封是食封，代表政治地位，由君主授予可以继承
- 爵位在中世纪欧洲是长子继承，我国爵位由嫡长子继承，嫡长制度为我国独有；西周时诸侯嫡长子可继承诸侯之位，其他诸子由诸侯授予卿大夫、士的爵位；秦有军功爵制，6级以下限于本人，以上为官爵可以继承，之后爵位均由嫡长子继承，但唐律之后继承一次，爵位降低一等
- 食封在西周是给封地，在汉武帝之后是给钱，三国之后有实封与虚封之别，虚封没钱
- 爵位继承是政治待遇，只能嫡长子一人继承，食封是经济待遇，可以诸子均分

## 4、财产继承

财产继承在中世纪西欧和日本都是长子继承，其他儿子通过军队服役或者骑士或者武士的身份，在我国，西周时为嫡长继承，秦汉之后为诸子均分，其原因在于商鞅变法打破了世卿世禄制，且维系下去的原因在于中央集权国家须防止地方势力做大，故维护自耕农利益，打击大地主

## 古代物权制度

### 1、土地典卖的法定程序

西周土地国有制，天子有所有权，各级贵族只有用益物权，但秦始皇“使黔首自食其田”，承认了土地私有，土地典卖也开始规范化，详见唐律，其程序为：

- 先问亲邻：土地房屋的不动产买卖，亲邻具有优先购买权，亲是五服之内的同宗亲属，邻是土地的相邻者，须同时满足两种条件，且优先购买权价格须与第三人统一
- 申牒立契：先向官府申请文牒，排除争议，后由双方订立典或卖的契约，其中画押为画指与押子，指是男左女右，中指或食指的两到三指节，押子可签花名，不识字的可画十字或者圆圈
- 缴纳契税：标的物价值的3%，买卖双方共同缴纳，契约须经官府验看，确认没有重复典卖，盖上官印，故缴税的契约为红契，否则为白契，白契官府不予承认，甚至官府对缴税者出具收据
- 过户割粮：土地交割之后国家税收义务随着转移，因贵族官僚有一定免税权，故严格规范

### 2、典权

中国特色，典权人按照价值的五到八成支付给出典人，出点人以合法不动产证作为抵押，并转让占有、使用、收益权，三年之内可原价赎回

典当有区别，典都是不动产，转移占有、使用、收益权，三年内原价赎回，当以动产为主，不动产将地契等交给当铺，动产实物交割，当铺不享有使用、收益权，故赎回利息较高，且一般在一年内为赎回为绝当，彻底转让所有权

典权性质难以认定，有认为产权证在典权人手上，为抵押权，有认为典权人享有使用、收益权，为用益物权，有认为两者兼而有之，实务中为防止过度保护债务人，一直未有规定

## 古代债法

### 1、概述

买卖合同为质剂，借贷合同为傅别，赠与收受契约为书契

### 2、类型



质原意是活卖，剂是绝卖，但古代质比剂长，将木板或竹简一分为二，质是贵重物品中的活物，比如牛马，甚至奴隶，剂是贵重物品中的死物，如金银首饰  
傅别是借贷契约，字体较大，只有合二为一，才能看清文字意思  
书契是赠与收受契约，两片木竹的边缘刻上相同数目的齿形标记

### 3、补充

合同契的由来，体现双方共同意思表示，且左右对称可以防伪

单契，在唐代之后买卖全用单契，出具方为卖主或债务人，由相对人持有，北宋由官方统一印刷

## 第十三章 晚清法律制度的变革

### 晚清预备立宪

#### 1、背景

- 鸦片战争与甲午战争的装备代差
- 魏源《海国图志》师夷长技以制夷有选择的吸收，即经济体制改革与后续的洋务运动
- 康梁维新变法与孙中山革命的异同：相同点在于两者都希望建立一个资本主义国家，理论来源都是进化论、社会契约论、民权、三权分立等学说，都希望振兴中华，区别在于君主立宪与民主共和的模式，以及改良与革命的手段
- 八国联军入侵、日俄战争与五大臣出洋以及预备立宪的目的：皇位永固、外患渐轻、内乱可弭，须改革官制、法律、考试、财政、军队、警察等，涉及军制、法制、教育与宪政改革与实业兴起

#### 2、主要活动

晚清新政是对洋务派与维新派观念的综合，却反而加速了清王朝的灭亡，为何？一个原因在于改革都是为形势所推进，被动式改革

- 钦定宪法大纲

中央与地方官制改革，中央将六部、五寺合并为11部，但军机处、内务府、太监机构、八旗、翰林院不变，地方将军权、财权收归中央，立宪团体和封疆大吏也要求加快立宪，故清政府将时间限定在九年，结果五年大清就亡了

是中国历史上第一部宪法性文件，有宪政编查馆起草，皇帝批准，而不是国会通过，故没有宪法效力；分为正文和附录部分，正文规定君上大权，将立法、司法、军队、行政用人权、外交、财政权都收归皇帝，附录九条，虽然未将明治维新的迁徙、宗教、通讯与请愿自由写入，仍规定了言论、出版、著作、集会、结社的权利与臣民财产与住所不得无故侵扰的内容

- 咨议局与资政院

是溥仪父亲载沣上台之后，效仿西方的议会制度建立的相当于地方议会与国会的机构，加速了清王朝的灭亡

咨议局选举资格的限制：中学文凭、5000以上不动产价值、七品官以上、贡生出身以上满足其一，排除身家不清、营业不正之人，尤其是革命党、犯过罪的人，故千人选一；且权限受制：只有议决权，督抚掌握施行与公布权

资政院为临时国会，有两个特点：一是分钦选议员与民选议员，民选由各省咨议局推选，并经督抚同意；二是权限受制，负责修改法律、议决财政预算与决算以及税法，但须经皇帝批准，军机处和11部可要求复议

- 十九信条

从皇族内阁到武昌起义到十九信条的时间顺序；资政院成立之后，立宪派要求提前召开国会，缩短预备立宪期限，成立责任内阁限制摄政王权力，并得到各地督抚的支持；清政府被迫将期限从9年变成5年，并在武昌起义五个月前公布责任内阁名单，皇族成员占一半以上，汉人只有副总理、外务、教育、邮政部长之职，后称皇族内阁

武昌起义成功的很大原因在于四川的保路运动，成立湖北军政府实力也不强，只有3000余人，清政府因新军张绍增的滦州兵谏彻底绝望，以滦州十二条为参照，三天即起草了十九信条，之后又解除了滦州军官的军权

十九信条以抑制军权、虚君共和为宗旨，具有临时宪法效力，区别于钦定宪法大纲的君权至上、日式君主立宪与没有法律效力的特点

十九信条包括议会政治、责任内阁、皇权由宪法规定，国际条约、财政预算由国会决定，总理大臣由国会推选，国会可弹劾总理，总理有权一次性解散国会等内容

## 晚清立法改革

### 1、修律的背景与指导思想

为何要修律：一是立法改革是预备立宪的组成部分，二是取消领事裁判权

修律人物：沈家本，曾为刑部左侍郎，伍廷芳，英国大律师，驻美大使

指导思想：中外通行，有裨治理，保留传统文化道德的同时，得到西方国家的承认

### 2、主要内容

- 为何先修订刑法典

各法之中以刑法为切要，领事裁判权的矛头指向大清律例，但反对声过大，以大清现行刑律过渡

- 大清现行刑律的特点

一是删除六律总目，原因在于官制改革的15个部

二是初步区分民刑，将婚姻继承、田宅、典卖、钱债等附在刑法之后，采取罚款的手段

三是改革刑罚制度：废除笞杖刑，改用罚金，原因是肉刑，增加遣刑凑满五刑

四是删除过失条款，主要是良贱与满汉之别

五是增加新罪名，如妨害选举、破坏铁路罪

故为封建法典中最进步的一部

## 大清新刑律

遭到包括思想较为开明的张之洞等诸多大臣的反对，如正当防卫是否适用于父母，无夫奸是否是道德问题等，反对派以劳乃宣为代表，是资政院钦选议员，改革派以杨度为代表

- 杨度：国家主义还是家族主义，礼教只是治民的一种策略，在中国是家族主义，天子治官吏，官吏治家长，家长治家人，层层对上负责，官吏先为家后为国，在西方是成人直接对国家负责，故回归传统还是大清律例即可，要立法还是须大清新刑律
- 清政府的做法：对中国人犯罪适用暂行章程，对在外的外国人适用大清新刑律，暂行章程在确认正当防卫不适用父母、无夫奸犯罪、否定绞刑是唯一死刑、否定轻刑，强盗以上十年徒刑等，以中外有别的方式，实现中外通行，但立法不久大清就灭亡了
- 特点：一是打破诸法合体的体例，二是采取西方刑罚体系，分主刑与从刑，从刑有褫夺公权、没收，三是引入西方刑法原则、制度、术语，如罪行法定原则，四是调整一系列罪名，如谋反改内乱改反革命改危害国家安全
- 在刑法之后，又出现了商法草案、民事诉讼、刑事诉讼、法院编制法等诸多法律，甚至有单行商事法规，如公司律、破产律等

## 清末司法制度的变革

- 领事裁判权

领事裁判权与治外法权的区别，前者如使馆人员、总统的豁免权，建立在平等基础之上，领事裁判权在半殖民地国家产生，建立在不平等条约的基础上

领事裁判权是被告主义原则，有些表面上的平等，即中国人告外国人，去使领馆，外国人告中国人。到官府去告

起源于中英五口通商章程，在英人华民交涉词讼中规定了领事裁判权，这是虎门条约的重要附件，包括了关税自主权、片面最惠国待遇，甚至租界的先例，此后其他国家引用片面最惠国待遇，均获得领事裁判权，甚至包括南美国家，范围也从五口扩大到沿海、沿江各港口

- 领事裁判权的延伸

按照原告主义，外国领事只能审理本国在华侨民为被告的案件，那么如何插手本国侨民为原告的案件？

观审制度即你审我的案件，你可以来观审，反之亦然，大家有分歧可以讨论，但较多大清官员在事实上放弃了观审权

小刀会起义时，英法美以保护租界为由，拟定了伤害英法美租界租地章程，租界由工部局管理，并形成的巡捕房的警察机构，领事在华洋混合案件之外，还审理华人违警案件；小刀会起义之后，清政府丧失了租界的管辖权，会同审理成为华洋混合案件的通例，洋泾浜北首理事衙门改称公共租界会审公廨

会审公廨的特点：一是华人和无约国侨民为被告的案件，不再由清官员独立审理，须由副领事陪审；二是无约国侨民为被告，副领事陪审，诉讼双方都是中国人但其中一方是外国人雇佣的，副领事可以陪审；三是隶属于上海政府的县差、隶属于会审公廨的廨差，从可以抓捕租界内的中国人，抓捕被洋人雇佣的中国人须领事的同意，到抓任何人都需要领事的同意；四是会审公廨从枷杖、短期监禁的出发，到长期监禁人员自设监狱，如提篮桥监狱  
洋泾疾与印度人称呼、中国式英语的趣闻

- 领事裁判权的影响

最重要的是使中国丧失了司法主权，加速了半殖民地化，最显著的是民族工商业损失巨大，中国人打

官司不方便，如上海上诉去英国枢密院，新疆地区上诉去印度，加剧了中外与国人之间的对立与矛盾，但是也帮助了资产阶级的改良与革命

- 司法制度的改革

刑部改为法部，相当于司法部与最高检，大理寺改为大理院，相对于最高法，设立高等、地方、初级

审判厅，司法终于与行政脱离；各级分别设立刑事与民事厅，并制定了相关程序法。