

1. 夏五刑：

大辟（死刑）、膺辟（膝盖骨）、宫辟（生殖器官）、劓（鼻子）、墨（刺字）

2. 商朝五刑较为规范：

墨刑（在脸、额刺字）、劓刑（割去鼻子）、剕刑（砍掉足）、宫刑（破坏生殖机能）、大辟（剥夺生命权）。

3. 西周家国一体与宗法原则

在血缘关系的氏族组织基础上，建立起血缘关系、政治关系高度一致的宗法政治制度。

家→姬姓统治者 家国一体→一姓治一国

核心：姬姓 标准：血缘上的亲疏，血统上的嫡庶 把整个社会划分成不同层次的“大宗”“小宗”系统

表现：（1）周天子是姬姓宗族宗主，是天下大宗，为西周统治疆域血缘上的最高首领

（2）周天子的同姓兄弟，作为天下的小宗，被分封到各诸侯国，处于周天子统辖之下

（3）诸侯在其封国内，作为封国大宗，具有血缘上的最高身份

（4）卿大夫作为诸侯国内的小宗，受诸侯节制，但在其采邑内又作为大宗

（5）与这种大宗小宗的关系相适应，周天子，诸侯和卿大夫同时又是政治上的等级关系。

概括：以血缘，政治双重标准，西周社会形成一个严格区分大宗小宗、分别享受不同权利、承担不同义务的宗法政治等级身份体制

周天子在政治上作为天下共主，掌握国家最高权力；在血缘上，作为姬姓宗族的大宗，拥有天下宗主的身份。政治上的“周王”，血缘上的“大宗”，使周天子得以通过行使政治、血缘两方面的最高权力，实现对国家的统治。

在西周政权体制中，周天子之下，既有通过封邦建国的分封形式形成的各诸侯国，又有周天子直接统辖的王畿地区。庞大的中央官僚机构对王畿地区实行直接管理，同时，通过各诸侯实现对封国的间接管理。不同于后世选举，考试下的

官僚体制，西周的职官多实行“世卿世禄”制。从中央的“三公”，到诸侯国的“卿”，都是父死子继，世代相传，体现宗法政权体制的典型特征。

（红皮书宗法制度：

宗法制度渊源于氏族社会父系家长制，经过夏、商两代的发展，到西周建立时，达到了成熟的程度。宗法制是“礼治”的基础，其核心内容有二：①以血缘为纽带确定尊卑贵贱的等级。血缘与王室愈近者在国家与社会中的地位就愈高、身份也就愈尊贵。②以嫡长子为核心。即天子、诸侯、大夫、士等，身份皆传予嫡长子。在宗族中，嫡子尊，庶子卑；在嫡子中又以嫡长子的地位最尊。）

4. 周五礼：礼刑关系

礼乐政刑综合治国的政策，对后世治国理论有极大的影响。

乐附从于礼，政刑往往并称，礼乐政刑的关系集中体现于礼刑的关系。

礼，最初指上古社会祭祀天地鬼神的仪式及仪式中应遵循的规范。西周初年，周公在殷礼的基础上制定了周礼。为维护统治阶级利益，巩固宗法制度，将礼的等级性原则扩展到社会生活各个方面。

吉礼、凶礼、宾礼、军礼、嘉礼。其核心在于“亲亲”和“尊尊”。

“亲亲”是血缘关系的等级；“尊尊”是政治关系的等级。亲亲尊尊是西周立法和司法的根本原则和指导思想，其意思是要亲近应该亲近的人，尊重应该尊重的人，实际是维护等级制。“亲亲”要求“父慈、子孝、兄友、弟恭”，互相爱护团结。“尊尊”不仅要求在家庭内部执行，贵族之间、贵族与平民之间、君臣之间都要讲尊卑关系，讲秩序和等级。

吉礼：祭祀之礼。规定天子以至庶民在祭祀仪式上的等级差别。（五礼莫重于祭）

凶礼：丧葬之礼。丧礼规定死者亲属依亲疏不等的义务等级，葬礼规定死者依身份不同的待遇等级。

宾礼：宾客之礼。规定外交事务、朝聘会同及贵族来往中的主宾等级。

军礼：军旅之礼。与战争攻伐及军事训练相关的等级制度。

嘉礼：燕饮、婚冠、庆贺等喜庆之礼上的等级。

一致性：“礼之所去，刑之所取，失礼则入刑，相为表里。”刑法尚不完善，礼刑需相互补充，互为表里。违礼则违法，二者共同维护统治。

区别：（1）作用不同。“夫礼者禁于将然之前，而法者禁于已然之后。”

礼：预防犯罪的积极手段；刑：惩治犯罪的消极手段。

（2）适用对象不同。“礼不下庶人，刑不上大夫。”吉礼宾礼不下庶人，肉刑不上大夫。（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）

5. 西周“五刑”

墨刑、劓（yì）刑、腓刑、宫刑、死刑

6. 明德慎罚 以德配天 32、

西周法律指导思想“明德慎天”建立在“以德配天”政治思想原则基础之上。政治思想的核心之一就是解释统治的合法性。商代统治的合法性解释就是“帝祖合一”的神权思想，即商代的统治者子姓家族身上拥有天下唯一的上帝的血统。西周建国前文王争取民心的过程和武王牧野之战以少胜多的战例，使统治者认识到这一传统神权法理论已无法解释西周统治的合法性，因而周公创立了崭新的“以德配天”的政治指导思想。

“以德配天”首先破除了“帝祖合一”说的迷信，认为上帝和任何人之间都没有血统联系，天下各族在上帝面前是平等的，只有有“德”之人才配得到天命这就解释了天命何以从商转移到西周的合法性。同样，西周想要将统治权维持下去，也需要每一代统治者都有“德”。什么是“德”？一是敬天，二是保民。要时刻怀有对天可能转移天命的敬畏之心，而观察天是否支持统治者最好的晴雨表就是民情。“以德配天”的政治思想虽然还留有“天”“天命”的神权法思想的痕迹，但其内涵与重心已转移到世俗政权的重民、保民实践上了。

“以德配天”的政治理论在法律思想上的细化与体现就是“明德慎罚”的法律思想。“明德慎罚”包含了道德教化与谨慎用刑两个方面，因为民心向背就是上帝的天命，因此要重民保民，不能滥用刑罚，不能草菅人命，并将政策、法律的原则明白告知民众，相信民众对于统治优劣的判断力，争取民众对政策、法律的支持。

7. 质剂傅别：

西周的买卖契约统称为质剂，凡买卖奴隶、牛马等贵重的活物用较长的契约，称为“质”；凡买卖兵器、珍宝等贵重器物则用较短的契约，称为“剂”。重要

的买卖交易都要在质人监督下进行,一旦发生称为“剂根据地区的不同有 10 天至一年的受理期限)提交纠纷,必须在规定的期限之内官府处理,过期不予受理。

西周的书面债权契约称“傅别”：在一契券(简牋)的正面、反面都写以大字，然后一分为二，借贷双方各执其一，以为凭证。“傅别”是借贷契约，“傅”是书写，“别”是中分，借贷双方各执一半。凡是契约纠纷,在诸侯国内由士师处理,在中央由小宰处理。

8. 西周婚姻制度基本原则：

一夫一妻多妾制

9. 西周婚姻成立的条件：

- ①父母之命
- ②媒妁之言
- ③有庄重的仪式即六礼

9. 六礼：

- ①纳采：男方家长请媒人向女方家长提亲
- ②同名：请媒人问清楚女方的姓名，以防同性为婚
- ③纳吉：男家将女方姓名及相关情况在祖庙中告知祖先，并占卜问吉凶
- ④纳征：男家向女家送达聘礼（征是币帛也即聘礼的意思）
- ⑤请期：男家占卜决定婚期并告知女家
- ⑥亲迎：新郎奉父之命到女家迎娶新娘，同至男家举行婚礼

10. 西周婚姻的禁止：

- ①同姓不婚
- ②居父母丧不婚

11. 西周离婚的条件为“七出”（也称“七去”）

- ①无子：妻子未能生子
- ②淫佚（yì）：妻子生活作风淫乱
- ③不事舅姑：不孝顺公婆
- ④口舌：妻子搬弄是非离间亲属关系
- ⑤窃盗：妻子暗蓄私财
- ⑥妒忌：妻子争风吃醋

⑦恶疾：妻子罹患恶性传染病

12. “三不去”：

为防止丈夫滥用休妻权，维持婚姻家庭的稳定及适当保护妻子的权益

①结婚时妻子有来处，休妻时无归处“有所取，无所归。”

②妻子与丈夫曾经共同为公婆之一守满丧期“与更三年丧，不去。”

③结婚时丈夫贫贱，休妻时夫已富贵“前贫贱，后富贵。”

13. 西周五听：

法官“听狱之两辞”即兼听诉讼双方的供词，并以经验分析辨别双方供词的矛盾与真伪。（听是观察，五听是五种观察方法来判断供述人是否说谎）

①辞听：言辞是否矛盾

②色听：脸色是否异常

③气听：呼吸是否急促

④耳听：注意力是否集中

⑤目听：眼神是否游移

14. 春秋时期法制：公布成文法。

郑国是最早公布成文法的诸侯国。郑国子产公布成文法以后，遭到以叔向为代表的晋国贵族、守旧势力的反对。

晋国公布成文法以后，遭到了以孔子为代表的鲁国贵族、守旧势力的反对。

15. 公布成文法的意义：

①是国家治理与社会控制的新型方式。

②促进保障了社会的发展。

16. 《法经》六篇：

依次为《盗法》《贼法》《囚法》《捕法》《杂法》《具法》

涉及刑事法律，包括三个部分：

第一部分是前四篇，是专门打击盗贼犯罪的法律规定。

盗——打击侵犯财产犯罪，贼——打击侵犯人身权犯罪，囚——纠劾、关押
犯罪嫌疑人，捕——抓捕犯罪嫌疑人；

第二部分即《杂》——盗贼意外的各种犯罪的法律规定；

第三部分即《具》——专门对定罪量刑原则做出的规定。

17. 《法经》的历史意义：

- ①使魏国变得更为富强。
- ②是春秋时期公布成文法的结晶。
- ③对以后的封建立法产生了很大的影响，以后的封建立法都在《法经》的基础上继续前行。

18. 商鞅变法的内容

- ①改法为律，制定秦律。
- ②鼓励农战，增强国力。（《分户令》 《军爵令》）
- ③轻罪重罚，增加法律的威慑力。（轻罪重刑；增设酷刑）

19. 商鞅变法的意义

- ①取得了良好的社会效果，人民在商鞅变法中受益，社会面貌也为之一新。
- ②在中国古代法制史上起到了承前启后的作用，从此以后，律便成为中国封建朝代的主要法典，秦朝的秦律、汉朝的汉律直到明朝的《大明律》、清朝的《大清律例》等都是如此。商鞅变法的这种承前启后的作用使中国法制传统和特色都得到了延续和继承。

20. 63 秦中央司法机关&三公九卿

中央司法审判机关：廷尉府。长官：廷尉（九卿之一）

三公：

- (1) 丞相：政府最高行政长官，有秘书处“十三曹”，下辖九卿。
- (2) 太尉：最高军政长官，负责管理全国军事事务，掌握军权。战时听从皇帝的命令，可凭皇帝的符节调动军队。
- (3) 御史大夫：主要管理记事，其地位相当于副丞相，地位低于丞相和太尉。主要职责是管理图籍、奏章，监察文武百官。

下设御史中丞：侍御史，弹劾中央和皇宫一切事；

监御史，中央派到地方各郡负责监督郡守的御史。

九卿：

- (1) 奉常，掌管宗庙礼仪，地位很高，属九卿之首；
- (2) 郎中令，掌管宫殿警卫；
- (3) 卫尉，掌管宫门警卫；

- (4) 太仆，掌管宫廷御马和国家马政；
- (5) 廷尉，掌管司法审判；
- (6) 典客，掌管外交和民族事务；
- (7) 宗正，掌管皇族、宗室事务；
- (8) 治粟内史，掌管租税钱谷和财政收支；
- (9) 少府，掌管专供皇室需用的山海池泽之税及官府手工业

21. 法律形式（律、令、科、比）

（一）律

1、汉承秦制，律是汉代最基本的法律形式：由中央朝廷制定，经皇帝批准颁布天下，长期适用、比较稳定的一种法律形式。

2、内容变化：在李悝《法经》六篇基础上，增加户律（户口、土地、赋税等）、兴律（工程兴建、徭役征发、军队调动等）、厩律（牛马、运输、驿传、仓库等）

3、《九章律》是汉代的第一部律，也是汉律的核心。《九章律》《傍章》《越宫律》《朝律》是汉代最重要、比较稳定的律。

（二）令

1、概念：也是汉代承袭秦制的一种法律形式，是由皇帝发布并经过整理纳入“令”系统的诏命。

2、地位：在法律形式中，令的重要性仅次于律，但其效力往往高于律。律和令都是君主意志的体现。

（三）科

又称“科条”或“事条”，是中央朝廷对律令条文的解释与细化。

（四）比

1、概念：又称“决事比”，是指在律令科条无明确规定的情况下，可以已经判决并经朝廷认定的典型案例作为司法审判的依据，其渊源于秦朝的“廷行事”。

2、缺点：由于比的灵活方便，数量极多又缺乏严格的整理统一，罪同论异，奸猾之吏由此上下其手，严重侵蚀了司法的公正性。

22. 三公九卿及监察制度相关内容

1、监察中央百官系统（三线并行，互相制衡）

（1）专门监察机构。设御史大夫为全国最高监察长官，位列三公，下设御史丞与御史中丞分管具体事物。

（2）行政监察机构。设丞相司直，隶属丞相，监察中央百官行政事务。

（3）特殊监察机构。置司隶校尉，位居九卿之上，可监察三公、外戚、宦官、京师百官及京畿地区三辅、三河、弘农七郡的二千石官吏。

2、监察郡国守相系统

（1）汉惠帝时设置监察御史，专司对于郡守与国相的监察。

（2）汉武帝时将全国分为十三个监察区划“州”，每州辖数个郡与国，设十三部刺史监察守相，刺史隶属御史中丞。

3、监察地方诸县官吏系统

（1）刺史监察郡国守相即二千石官吏。

（2）督邮监察郡以下诸县官吏。（这属于丞相司直的行政监察系统）

监察法规

1、监察机构的监察事项：

贪贿、不法、逾制、违令、冤狱、举荐非人

2、监察法规：汉惠帝《御史九条》 汉武帝《六条问事》

（1）汉武帝时，改监察御史为十三部御史，并制定《六条问事》

（2）一条针对豪强，其余五条直指郡守的违法行为。

（3）为防刺史滥用职权，汉武帝要求刺史监察，必须严格按照《六条问事》的规定，不可超出范围。

23. 《六条问事》

考核官员时的依据准则。

一条，强宗豪右，田宅逾制，以强凌弱，以众暴寡；

二条，二千石不奉诏书，遵承典制，倍公向私，旁诏守利，侵渔百姓，聚敛为奸；

三条，二千石不恤疑案，风厉杀人，怒则任刑，喜则淫赏，烦扰刻薄，剥截黎元，为百姓所疾，山崩石裂，妖祥讹言；

四条，二千石选署不平，苟阿所爱，蔽贤宠顽；

五条，二千石子弟恃怙荣势，请托所监；

六条，二千石违公下比，阿附豪强。通行货赂，割损正今。

24. 上请原则

(1) 上请：指贵族官僚犯罪，司法机构不得擅自判决，必须上报请示皇帝裁决的制度。

(2) 司法官吏不遵守上请规定，擅自判决并执行的，不论定罪是否准确，都要被处以免官直至追究刑事责任。

25. 亲亲得相首匿原则

(1) 首匿：隐匿窝藏罪犯的首谋者。

(2) 在夫妻及小家庭直系亲属范围内，卑幼隐匿犯罪之尊长不追究刑事责任，尊长隐匿犯罪之卑幼则一般也不追究，只有死罪才须上请廷尉裁决。

26. 肉刑及其改革 徒刑 77

27. “八议”入律（曹魏总结前代经验创制）

(1) 八议：

亲：皇帝宗室亲戚

故：皇帝故旧

贤：朝廷认为有大德行的贤人君子

能：政治、军事等方面有大才能者

功：对国家有大功勋者

贵：有一定级别的官爵者

勤：为国家服务卓著有大勤劳者

宾：前朝皇帝及后裔

28. 九品中正制与任官考绩制度

(1) 分类标准：家世、才能、德行

(2) 程序：将辖区内的士人分为【上上上中上下中上中中中下下上下中下下九等→小中正将品评结果申报大中正→大中正申报司徒→中央按照品第高下任官】

(3) 容易造成上品无寒门下品无世族的状况。

29. 《泰始律》（又称《晋律》）

268 年颁行，与律文同具法律效力，开以《唐律疏议》为代表的律疏并行之先河

《泰始律》进步：

(1) 严格区别律令界限

(2) 篇章体例合理

30. 准五服以治罪：根据五等丧服来定罪量刑

五服：斩衰、齐衰、大功、小功、缌麻

31. 官当

在“八议”对应的八种人以外的基础上，进一步扩大主体的适用范围，因被刑人身份不同，而在刑罚上予以减免的制度。其特点式因犯罪者的官职爵位而依法律规定减免刑法。两晋时期多行“九品中正制”催生了“官当”制度。

32. 重罪十条正式入律

为加强镇压危害皇权专制统治和违反伦理纲常的行为，“重罪十条”自北齐始正式入律。此“重罪十条”即后世法典中的“十恶”——将直接危害朝廷根本利益的最严重的十种犯罪置于律首。

反逆：造反，即谋反大逆，指劳动人民反抗封建专制政权的造反行为，也包括统治集团内部篡夺政权的行为。

大逆：破坏皇帝宗庙、山陵与宫殿

叛：背叛封建政权而逃亡外国或敌对政权的行为

降：投降，指在作战中投敌的行为

恶逆：殴打、谋杀尊亲属

不道：违反人道的凶残杀人

不敬：盗用皇室器物、大祀神物及皇帝车马舆服，伪造皇帝印玺等行为

不孝：诅骂祖父母、父母，不供养祖父母、父母及违反服制的行为

不义：部下及百姓杀死郡县官吏或丈夫死去而妻子匿不举哀之行为

内乱：亲属间乱伦

隋唐律在《北齐律》规定的重罪十条基础上发展为“十恶定制”，并为宋元明清历代承袭。

33. 存留养亲

存留养亲：亦称留养，指犯人直系尊亲属年老应待而家无成丁，死罪非十恶，允许上请，流刑可免发遣，徒刑可缓期，将人犯留下以照料老人，老人去世后再实际执行。

34. 唐朝法律形式主要包括四种：律令格式

- 1、律：唐朝法律的主体形式。唐朝律德制定与修订活动，主要集中在唐初。
- 2、令：主要涉及国家行政体制、尊卑贵贱等级制度等方面。
- 3、格：主要来源于对皇帝诏敕德整理、编纂。历代皇帝都重视通过编订格德方

式使一时一事所做的诏敕上升为具有一般约束力的法律。

- 4、式：主要涉及中央政府内部各机构关于行政管理、行政程序及具体办事规则的规定。中央政府的每一行政机构，均有相应的“式”作为其行使职权、处理政务德规章。据《唐六典》，“式”有 33 篇，包括吏部式、户部式、礼部式、兵部式、刑部式、工部式、考功式、度支式。

5、唐玄宗时期，还编定了一部具有行政法典性质的官修政书，即《唐六典》。该书采取“以官统典”的体例，汇集了当时关于政制、官规的各类规定。同时，还记述了各官署、职位的历史演变。

35. 十恶重惩

大体可分为三类：威胁损害皇权，危及封建国家的政治性犯罪、严重威胁封建秩序、破坏封建伦常关系。

- (1) 谋反。指企图推翻朝政。十恶之首。
- (2) 谋大逆。指毁坏皇室的宗庙、陵墓和宫殿。
- (3) 谋叛。指背叛朝廷。
- (4) 恶逆。指殴打和谋杀祖父母、父母、伯叔等尊长。
- (5) 不道。指杀一家非死罪 3 人及肢解人。
- (6) 大不敬。指冒犯帝室尊严。通常为偷盗皇帝祭祀的器具和日常用品，伪造御用药品以及误犯食禁。
- (7) 不孝。指不孝祖父母父母，或在守孝期间结婚作乐。
- (8) 不睦。即谋杀某些亲属，或子女殴打、控告丈夫等。
- (9) 不义。指官吏之间互相杀害，士卒杀长官，学生杀老师，女子闻丈夫

死而不举哀或立即改嫁等。

(10) 内乱。亲属之间通奸或强奸。

36. 笞、杖、徒、流、死五种法定主刑，按轻重等级，共分作 20 等。

1、笞刑分五等，笞十、二十、三十、四十、五十

2、杖刑分五等，杖六十、七十、八十、九十、一百

3、徒刑：剥夺犯人的自由，强制其从事奴辱性劳役。

(1) 分五等，一年、一年半、二年、二年半、三年。

(2) 京城，于将作监服劳役；妇女犯徒刑者，于少府从事缝制劳役。

(3) 地方各州者，于当地官府服役，或者听从差遣，修理城隍庙、仓库等。

4、流刑：流放远方，强制服苦役。

(1) 分三等：流两千里、两千五百里、三千里。

(2) 服流刑者，同时服苦役一年。

(3) 三等流刑之外，又设“加役流”刑：流三千里，服苦役三年。

5、死刑

37. 《宋刑统》

1、建隆四年告成，下诏模印颁行，此即《建隆重详定刑统》，简称《宋刑统》

2、特点：

(1) 名称之变，法典不称“律”称“刑统”

(2) 篇下分门类编，《宋刑统》将同一性质的法律条文归结为一个单元，称为“门”。

(3) 新增“臣等起请”三十二条。

(4) 总括“余条准此”条，附于名例律后。所谓“余条准此”，是指具有类推适用性质的条文。

3、《宋刑统》是中国古代第一部刊印颁行的封建法典。

38. 重典惩治盗贼，以救时弊

背景：建国之始，宋王朝危机四伏

外部：周边少数民族政权不断侵犯边境，甚至深入内地，强敌入侵的危机

内部：社会经济多元化，贫富分化导致社会矛盾激化，朝廷经常遭受民众起

义的威胁，府库空虚，内部危机

环境危急，宋王朝虽欲恢复唐代盛世法制，但迫于现实危机，不得不在基本法之外，加重刑罚，重典惩治贼盗，以救时弊。

表现：1.《宋刑统》贼盗罪处罚加重

2.常法之外，颁行《窝藏重法》《盗贼重法》

3.以京师为中心划定重法地，在重法地内犯罪，加重处罚

39. 折杖法：

(1) 概念：用决杖来代替笞、杖、徒、流的刑罚方法。五刑之中，除了死刑都可以用决杖来替代，同时折杖法不适用于反逆、强盗等犯罪。

(2) 内容：

- 流刑：加役流决脊杖二十，配役三年；流三千里决脊杖二十，配役一年；流两千五百里，决脊杖十八，配役一年；流两千里，决脊杖十七，配役一年。

- 徒刑：徒三年，决脊杖二十，放；徒二年半，决脊杖十八，放；徒二年决脊杖十七，放；徒一年半，决脊杖十五，放；徒一年，决脊杖十三，放。

- 杖刑：杖一百，决臀杖二十，放；杖九十，决臀杖十八，放；杖八十，决臀杖十五，放；杖六十，决臀杖十二，放。

- 笞刑：笞五十，决臀杖十，放；笞四十、三十，决臀杖八，放；笞二十、一十，决臀杖七，放。

(3) 原因：宋太祖认为五代时期的刑罚过于苛重。而折杖法具有“流罪得免远徙，笞杖得减决数”的制度优势，体现宽仁治国的精神。

(4) 评价：有利于缓和刑罚越来越严酷的趋势，缓和社会矛盾。但是刑种和刑等设置并不完全合理，有轻重悬殊之弊。

40. 刺配

(1) 概念：是将杖刑、刺面、配役三刑同时施加于一人，比唐朝的加役流更为严酷。

(2) 原为宽恕死罪之刑，宋初继续沿用，逐渐突破宽恕死罪的适用范围。

(3) 执行：杖责：数量之差，脊杖臀杖之别；刺字：刺背额面之分；配役：军役劳役之分。先是刺配西北，后来东南，均边远荒僻之地。

(4) 集肉刑劳役多种刑罚于一身，刑罚苛重，且恢复了久已废除的黥刑，

断绝了罪犯悔过自新之路。北宋中期以后，因使用过滥，未发挥预期的弹压威慑作用。

41. 凌迟

北宋时期针对荆湖地区出现杀人祭鬼的恶行，仁宗敕令：有首某若加功者，以凌迟刑。首开凌迟先例。宋神宗大兴诏狱。

42. 典当

（1）概念：在宋朝既包括不动产的出典，也包括动产的质押。不动产主要是指田宝、田宅的典当也称为“典卖”。

（2）规定：

首先，一物不得两典。

其次，契约中明确约定回赎的期限，期限内出典人有权回赎该项产业。如出典人要出卖该项不动产时，典主享有优先购买权。

再次，对于没有约定回赎期限，或约定不清的典卖契约，法律规定在三十年内允许回赎，过期视同绝卖，不得回赎。

最后，价金交付的期限为一百二十天。

43. 倚当

指所有权人将土地、房屋等不动产使用权及部分收益权转让他人，以换取现钱的行为。

44. 抵当

是指债务人向债权人提供田宅的契据作为债务的担保，债务人作为抵押人，不将田宅交付债权人占有。

44. 审刑院 155

审刑院为宋官署名。宋太宗淳化二年（991）置。掌复查大理寺所断案件，由知院官与详议官提出意见后（设详议官6人），报告中书，奏请皇帝决断。宋神宗元丰三年（1080）并归刑部。即1080年终止。存在期间，其权势高于大理寺和刑部。

审刑院是宋朝初期的一种审判复核机关，同时享有部分的审判权。审刑院也称“宫中审刑院”。它的设立是宋朝初期皇帝为了加强中央集权而在司法领域采取的措施。

审刑院的职权原来都属于大理寺和刑部，剥夺了这两个司法机构的权利，目的也是为了加强对这两个司法机关的监督。审刑院长官为知院事，需要奏报皇帝的各种案件，先由大理寺审理，再报到审刑院复核，由知院事和其他属官商议，定出处理意见再由中书呈报皇帝决断。

45. 提点刑狱司 155

提点刑狱司，官署名。是宋代中央派出的“路”一级司法机构，简称“提刑司”、“宪司”、“宪台”。监督管理所辖州府的司法审判事务，审核州府卷案，可以随时前往各州县检查刑狱，举劾在刑狱方面失职的州府官员。各路设提点刑狱司，是中央派出的、代表中央监督所辖州县司法审判活动的机构，负责复查地方审断案件；如有疑狱及拖延未决案件，提点刑狱公事可亲赴州县审问。州县已决案件，当事人喊冤则由各路提点刑狱司复推。

47. 翻异别勘制度

是当犯人不服判决临刑称冤，或家属代为申冤时，改由另一个司法机关重审，或由监司另派官员复审的制度。其中，由原审机关的另一官司复审称为“移司别推”；由上级机关差派与原审机关不相干的其他机关复审称为“差官别推”或“移推”。

48. 洗冤集录

宋朝著名法医学专家宋慈所著《洗冤集录》是我国乃至世界上最早的法医学著作。

49. 宣政院

宣政院为中央主管民族宗教事务的机构，以国师为总管初名总制院，是中国元朝时期设立的一个直属中央政府管辖的国家机构，负责掌管全国佛教事宜并统辖吐蕃（今西藏）地区的军政事务。

至元元年（1264年），元世祖忽必烈下诏设立总制院。到了至元二十五年（1288年），尚书省右丞相兼总制院使桑哥，认为总制院责任重大，故向忽必烈奏请，根据中国唐朝时期在宣政殿接待吐蕃使臣之例，而更名为宣政院。^[1]

从此，西藏地区正式成为我国中央政府直接管辖的一个地方行政区域。

50. 大宗正府

蒙古汗国时执掌审判的断事官（扎鲁忽赤）发展而来，是其官署。职权屡经变化初：负责审理蒙古、色目上层人案件和汉人奸盗诈伪诱掠等重案。

后：一度只负责两京（大都，上都）蒙古人、色目人及汉人相犯之案件。

最后：汉人案件的管辖权又被划归刑部。

51. 四等人

导致南北异制、人分四等：蒙古人、色目人、汉人和南人。

（1）蒙古人为元朝的“国族”，蒙古统治者称之为“自家骨肉”。

（2）为色目人。多西域人，部分契丹人被划入色目人。

（3）汉人（又称汉儿），概指淮河以北原金朝境内的汉族和契丹、女真等族，以及较早为蒙古征服的云南人，及最晚为蒙古征服的四川汉族。高丽人也属于这一等。

（4）南人（又称蛮子、囊加歹、新附人），指最后为元朝征服的原南宋境内（元江浙、江西、湖广三行省和河南行省南部）各族。汉人、南人绝大部分都是原宋朝的汉族。

明

52. 立法原则

1、“刑乱国用重典”与“刑法世轻世重”相结合

2、强调“明刑弼教”（德主刑辅）

3、立法注重简、朴

53. 榜文

1、榜文：是太祖、成祖时期一种文告形式的单行法规，悬挂于各衙门门前和申明亭内。

2、申明亭侧重于惩恶。公布罪错人员。

3、旌善亭表彰劝善。表彰孝子贤孙贞女节妇。

54. 《大明律》179 页

55. 充军

（1）概念：把不杀的重罪犯押解到边远地区补充军伍罚做苦役。

（2）分类：终身（终罪犯本人之身）永远（罪犯世代相袭）

（3）元朝盗贼应流者，有充军之例。

（4）《问刑条例》分七个等级：附近、近卫、口外、沿海、边远、烟瘴、极边。

56. 特殊司法机构——厂卫

厂：东厂、西厂、内行厂；卫：锦衣卫

他们是常规法司之外，直接受命于皇帝的特务机构，有对案件的侦查、缉捕、审讯之权。

清

57. 《大清律例》

1、摄政王多尔袞即令“问刑衙门”准依明律治罪，公开承认《大明律》在司法实践中的法律效力。

2、顺治二年，又设律例馆，仿《大明律集解附例》进行修律，次年修成，称《大清律集解附例》，为清朝第一部成文律典。

3、乾隆五年，根据时代变化再对清律做最后一次修订，名为《大清律例》。

58. 少数民族地区

（1）蒙古地区：在蒙古族聚居地区实行盟旗制度，并制定《蒙古律例》。

（2）西藏地区：雍正初年即派驻藏大臣作为中央政府驻藏地区行政长官，统领驻藏官兵，督导藏王总理西藏事务。乾隆修订为《西藏通制》，在确立达赖喇嘛政教合一体制的同时，规定“西藏设驻扎大臣二人，办理前后藏一切事物”，地位同达赖喇嘛、班禅额尔德尼。同时设金瓶签制决定达赖班禅转世灵童，由驻藏大臣亲自主持仪式后皇帝奏准。

（3）青海蒙藏族聚居地区：雍正初置西宁办事大臣对这一地区行使统治权。

（4）回疆地区：乾隆设置伊犁将军为回疆地区最高行政长官。

（5）苗疆地区：以贵州为中心的西南少数民族地区称为“苗疆”，对于这一地区，清朝的政策是逐渐废除原有土司，改变国家官吏治理，即所谓的“改土归流”。

59. 会审制度

（1）秋审

秋审是对在押死刑进行特别复核的制度。举行时间为每年秋季。秋审复核的对象是各省被判绞、斩监候的死刑犯，参加人员为内阁、军机、九卿、詹事、科道及各院寺司兼主官。

具体程序为，先由刑部及各省将应入秋审的案犯整理复核，区分为情实、

缓决、可矜、留养四类。由于可矜、留养者少见，故实际区分为实、缓两种。

秋审当日，官员对所有死刑案件“逐一唱名”，确认最后结论并由刑部奏报皇帝，皇帝作出实、缓、矜、养的最后裁决。

情实：处决前须由刑事给事中向皇帝“复奏”，初为三复奏，乾隆改为一复奏。各道御史奏请“勾到”，最后奉旨勾决者才下令处决

缓决：留待下一年度秋审，三次缓决者多改为流刑或发遣。

秋审显示了对待死刑的谨慎态度，因而被称为国家大典

60. 不平等条约对中国主权的五点损害

- (1) 破坏了中国的领土完整
- (2) 丧失了重要的经济主权
- (3) 丧失了海关自主行政权
- (4) 丧失了重要的文教权力
- (5) 丧失了部分司法主权

61. 五大臣出洋考察宪政（**必考小题**：哪五大臣留了哪些洋，得出哪些结果）

五大臣：载泽、戴鸿慈、端方、尚其亨、李盛铎

考察俄、美、意大利、奥地利、英、德、法、比利时、日本九国政治

1905 年（光绪三十一年）七月，清政府为了挽救危局，不得不接受了资产阶级改良派“立宪”的口号，挂起“预备立宪”的招牌，特派镇国公载泽、户部侍郎戴鸿慈、兵部侍郎徐世昌、湖南巡抚端方、商部右丞绍英等五大臣分赴欧美日本等东西洋各国考察宪政。

载泽上了《奏请宣布立宪密折》，认为君主立宪对当前局势好处有三：皇位永固、外患渐轻、内乱可弭，且还能平满汉畛域，因此须宣布立宪。

62. 资政院和谘议局

- (1) 预备国会：资政院

1907 年下令设立资政院，1909《资政院院章》颁布，它确定资政院由钦选和民选议员各 100 人组成，民选议员由各省谘议局议员互选产生。

资政院只是一个博采舆论的咨询机构，与立宪国家的国会职能相差甚远。

资政院是立宪派极力推动君主立宪的最高峰，对中国近代社会从专制到立宪

的政治转型，有诸多开创性贡献。是我国第一个具有国会性质的机构。

（2）谏议局

设立各省谏议局，与资政院共同构成将来正式立宪政体下议会政治之基础

谏议局是为督抚提供相关意见的舆论机构，督抚可以否决意见。

朝廷认可谏议局的影响力

谏议局立宪派有了合法行动机构，资政院有了稳固的地方支持，不仅对晚清立宪运动产生了很大的推动作用，并且随着他们对清末预备立宪的逐渐失望，其中很多人转而支持革命，推动辛亥革命和民国初年地方议会的成立。

63. 《钦定宪法大纲》

由君上大权和臣民权利义务组成

基本以 1889《大日本帝国宪法》第一章和第二章为蓝本

大纲在朝野引发不满，打击了立宪派的积极性。但他确认臣民有其权利，皇权不再无限，皇帝也要遵守宪法，标志着宪法至上地位的确立。

是中国法制史上具有重要意义的大事件。

64. 《宪法重大信条十九条》与“预备立宪”的终结

1910 年立宪派：速开国会请愿运动，预备立宪期缩短为五年。

1911. 10. 10 武昌起义

清廷于 1911. 11. 3 正式颁布《十九信条》，它不再是宪法大纲，而是临时宪法，采行虚君共和的君主立宪体制。它已经完全达到君主立宪的要求，但是它是濒临城下、清廷摇摇欲坠之际被迫颁布以收揽民心的，因此不能挽救命运。

1912，清帝退位，近代中国君主预备立宪告终，步入共和宪政阶段。

65. 领事裁判权与会审公廨（考名词解释）

领事裁判权：外国人进入他国，无论是发生民事还是刑事案件，都不受所在国的司法裁判，而由其本国驻所在国领事审判。

会审公廨：又称会审公堂，名义上是清政府在租界内设立的特殊审判机构，实际上是领事裁判权的延伸。凡涉及洋人的案件，根据不同情况，必须由外国领事裁判，或者外国官员陪审，或者先通过领事馆，或者由领事馆到庭听讼。对于纯属华人之间的诉讼案件，外国领事也来“观审”并操纵判决。会审公廨实际上变成了中国与外国领事共管的机关。

66. 《中华民国临时约法》（考简答题）

《临时约法》共五十六条，分为七章：总纲、人民、参议院、临时大总统、副总统、国务员、法院、附则。其主要内容如下：

（1）总纲：“中华民国由中华人民组织之”“中华民国之主权，属于国民全体”。对领土问题加以明确规定，以维护中国之统一。“中华民国领土，为二十二行省、内外蒙古、西藏、青海。”

（2）人民：规定了人民依法享有的广泛权利和应尽的义务。七项自由权：人身自由，家宅安全，保有财产及营业自由，言论、著作、刊行及集会结社之自由，书信秘密之自由，居住迁徙之自由，信教之自由。还规定人民有依法纳税和服兵役的自由。

（3）采取三权分立的政府组织原则

《临时约法》带有因人立法的局限，体现了资产阶级革命派的宪政理想主义和现实软弱性。

（4）历史意义：

① 《临时约法》是中国近代第一部资产阶级共和国性质的宪法文件，具有中华民国临时约法的效力，以其革命性和民主性树立了资产阶级民主共和观念。

② 它确立了“主权在民”“平等”“自由”的宪法原则，建构了三权分立的政权体制，成为维护民主共和的重要法律武器。

③ 确认了资本主义私有制和生产方式，对打破旧的生产关系的桎梏、推进民族资本主义的发展都起了积极作用。

67. 《六法全书》

国民党统治时期的六个门类的法律法规汇编。学界有不同说法，主要观点有两种，民国初立法采用“民商分立”原则，六法有宪法、民法、刑法、商法、民事诉讼法、刑事诉讼法之说；1929年之后，立法采用“民商合一”原则，六法有宪法、民法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法、行政法之说，后者为学界主流观点。^[1]

“六法全书”，作为统治人民的法统，并三令五申地督促各省、市政府印发各区、镇、乡公所及民众教育馆、电影院、报社等进行宣传。王耀武任山东省主席期间，在省政府机关报《山东新报》上分期登载《六法全书》，并饬令省高等

法院和各地方法院工作人员，随时抄录、熟记，以学习掌握“六法全书”水平高低，作为甄拔、晋升的依据之一。

《六法全书》，有狭义和广义之分。狭义：原指国民政府制定的“宪法”、“刑法”、“民法”、“刑事诉讼法”、“民事诉讼法”、“行政法”的六法。广义：包括了以上六大法典为主的国民政府的所有法律。国民党《六法全书》的立法框架，属典型的“大陆法系”的成文法典，不过其主要的特点之一，是实行民商分立的体例。

68. 《中华民国训政时期约法》

1928年10月3日，国民党中央常务会议通过，对国民党代表大会代表国民大会行使政权，国民政府行使行政，立法，司法，考试，监察五项治权，国民党中央执行委员会指示监督国民政府重大国务的施行等一些重大问题作出规定

1928.10.3-1947.12.25，施行十六年，共八十九条。

内容：

- (1) 规定国民党一党专政的国家体制
- (2) 规定五院制政府体制
- (3) 规定人民的权利和义务
- (4) 规定以发展国家资本主义为核心的经济政策
- (5) 规定中央与地方的权限

69. 《中华民国民法》

70. 《中华苏维埃共和国宪法大纲》

71. 三三制

72. 《中华苏维埃共和国土地法》

论述题：

1、春秋决狱与司法制度的特点

红皮书：118

马工程：86

“春秋决狱”兴起于汉代。汉初法律制度存在诸多法家思想的痕迹，如定罪只看客观效果而不论主观动机、量刑偏重等问题。汉武帝时独尊儒术，随着儒家

思想对法律的渗透,司法上以临家经义为定罪依据的审判方式地随之兴起。因所依据之儒家经义主要为孔子《春秋》及解释《春秋》之《公羊传》,故称为“春秋决狱”或“公羊春秋决狱”,也称“引经决狱”。

所谓春秋决狱,是指在审判案件时,如果法律无明文规定,则以儒家的经义作定罪量刑的依据。《盐铁论》中将“论心定罪”述为引经决狱的总原则。即断狱定罪要从犯罪事实出发,但主要的不是看事实,而是追究犯罪动机和犯罪原因及罪犯的心理状态。凡心术不正,主观为恶,有犯罪动机,即使犯罪未遂,或犯的是小罪,也要加以惩罚和重罚。共同犯罪中的组织者、领导者,即首恶分子,更要加重惩治。相反,如果所犯者动机、目的合乎道德人情,只属于过失,虽然违法也可以免于处罚或减轻处罚,甚至犯大罪的也可以宽宥。

在法律繁琐而又不完备的当时及此后相当长的时期内,以《春秋》经义决狱不失为司法原则的发展和审判上的一种积极的补充。但是,如果专以主观动机“心、志”的“善恶”,判断有罪无罪或罪行轻重,也往往会成为司法官吏主观臆断和陷害无辜的口实。可见以《春秋》经义决狱在运作中容易产生流弊,在某种程度上为“擅断论”提供了不实的依据。

董仲舒在《春秋繁露》中解释春秋决狱的原则是:“《春秋》之听狱也,必本其事而原其志。志邪者不待成,首恶者罪特重,本直者其论轻。”既根据案情事实也考虑其主观动机:主观动机恶,即使未遂犯罪也要追究刑事责任;主观无恶意,则可根据案情事实减轻或免于处罚。这才是对春秋决狱原则的正确释解,所以春秋决狱的原则应该是“本事原志”。

“春秋决狱”反映了汉朝司法制度的一个重要特点,即儒家思想开始向法律渗透。由于《九章律》本为高祖时所定,后世子孙均不许随意更动,故董仲舒以“春秋决狱”将儒家思想向司法方面渗透,在案件定罪上影响司法,开儒家思想法律化之先河。东汉后期律学兴起,学者以儒家思想注释《九章律》,称为“章句”,司法上也往往被引用断狱,影响极大。春秋决狱直接影响了魏晋以后的法律儒家化进程。

从法制的规范性和谨严性的形式意义上看,汉代的春秋决狱是针对封建法制的破坏。首先,它破坏了国家制定的成文法的权威性。法律的基本特征之一就是国家意志性和国家强制性。汉代儒家学者引经决狱,将儒家经义置于国家的成文

法律之上,必然使法家思想刚刚建立起来的“事决于法”的法制理念遭到破坏。这种藐视法律的破坏作用对于中华法系的法制理念影响至深。中华法系始终没有形成法律至上的法律理念,与刑律儒家化关系极为密切。其次,它破坏了案件的审理规则,即从适用具有明确性和规范性的国家法律到适用具有原则性和模糊性的儒家经义,为司法人员的主观臆断和枉法裁判打开了方便之门。再次,它破坏了法律的平等原则。先秦时代法家确定的“刑无等级”的平等法律观,被充满着尊卑等级、封建特权、宗法伦理等等一系列等级原则所取代。

从另一方面看,引经决狱在当时的历史条件下也具有一定的历史价值。首先,引经决狱吸引了当时知识界深入思考法律问题,包括司法问题,这种思考的结果,促进了法理学和律学的进步。许多刑罚问题的探索,对于促进中华法系刑法理论的成熟也具有积极意义。例如,“原心定罪”原则对于区别犯罪故意与犯罪过失的探索;“诛首恶”原则对于区别首犯与从犯的探索之类,这些探索均具有进步意义。其次,引经决狱所包含的宽刑宥罪思想,对于否定法家严刑峻法、极端重刑主义,是具有历史进步意义的。再次,引经决狱实现了礼与刑在司法领域结合的积极探索,为后世的引经入律,最终实现礼与刑的高度结合积累了经验。

1、礼法之争：秦涛论文

红皮书：294

马工程：236

“礼法之争”是指清末修律活动中,以张之洞、劳乃宣为代表的“礼教派”和以沈家本为代表的“法理派”之间两种不同立法指导思想的交锋。沈家本等人基于对清朝所面临的社会危机及对西方国家政治法律制度的深入理解,主张大力引进西方近代法律理论与制度,运用“国家主义”等西方国家的“通行法理”,为彻底改革中国旧有的法律制度辩护,因而被称为“法理派”。而以曾任湖广总督、后任军机大臣的张之洞、江苏提学使劳乃宣为代表,包括地方督抚在内的清廷上层官僚、贵族,认为修订新律应“浑道德与法律于一体”,尤不应偏离中国数千年相传的“礼教民情”,故而被称作“礼教派”。

清末“礼法之争”争论的焦点问题主要是关于中国旧有纲常名教的法律条款,集中在“干名犯义”、“留存养亲”、“无夫奸”、“亲属相奸”、“子孙违反教令”等问题上。“礼法之争”争论妥协的结果为《暂行章程》。法理派

予以妥协和退让,即无夫妇女通奸、干名犯义、对尊亲属不适用正当防卫等内容写入《大清新刑律》的附则中。

在整个礼法之争的争论中,礼法双方并不绝对地主张礼教或法理。礼教派并不完西方法理,法理派虽要求用西方法律的原理和原则制定新律,但亦未彻底脱离礼教。可见,“礼法之争”的实质在于修订法律是充分肯定封建伦理纲常,还是较多地吸收西方法律原则和内容,对旧律进行大幅度的改造。整个礼法之争自1916年沈家本等人主张“模范列强”,制定《大清刑事民事诉讼法草案》始,至1911年清政府颁布《大清新刑律》却难让礼教派妥协,最终礼法之争随清朝覆灭而结束。

刑法作为统治阶级的国家意志的产物,反映了统治阶级的整体意志。清末刑事立法过程中的“礼法之争”就是这种社会不同阶层意志的集中反映。“礼法之争”及其结局,说明了保守派的强大以及清政府的顽固立场,也体现了法理派的软弱性和一再退让性。一部好法典应该在实现法制现代化的同时,关注其社会调整功能。《大清新刑律》立法过程中的礼法争论,正体现了社会现实性和法制现代化目的性的有机统一。《暂行章程》获得颁行,虽坚持传统的礼教精神,但是为社会普遍接受《大清新刑律》奠定了基础,加快了近代中国法制现代化的步伐。今天我国的法制现代化建设,应该借鉴这种社会大讨论的方式。

不过,“礼法之争的结果——《大清新刑律》及《暂行章程》的颁行,一方面有助于新法能够真正地起到调控社会生活的作用,为整个社会所认同;另一方面也把西方刑法理念传播开来,有利于中国法制现代的历史进程。一部好法典应该在实现法制现代化的同时,正应当关注其社会调整功能。今天我国的法制现代化建设,应该借鉴这种社会大讨论的方式。

(一) 礼法之争有利于《大清新刑律》适应社会现实。

如前所述,一方面清末修律的直接动因就是领事裁判权问题。礼法之争中,对于这个问题,法理的代表人物沈家本比较着重西方列强的认同,在变法过程中也较多地考量新法是否能为列强所认同。作为一个爱国知识分子沈家本的忧虑令人敬佩,但是近代中国史一次次告诉我们“弱国无外交”,通过修律就能废除领事裁判权的许诺本来就是张空头支票。对于这一点,久任封疆的张之洞的认识比较明确。对于《大清新刑律草案》,礼教派的意见的确更为实际。所以礼教派的争锋,

客观上起到了“纠正了在功利心态下，法律移植过程中过分西化的倾向”的作用。

另一方面，从当时中国社会的经济基础上看，虽然由于西方的侵略启动了中国的现代化进程，中国传统的小农经济受到世界资本主义商品经济的冲击，但在清末法政变革时代中国社会的经济基础仍是不折不扣的小农经济。当时的主导产业依然是农业，而在农业的组织结构和生产技术上也依然落后。对于大的自然经济体而言，新式的工厂的商人组织在整国家经济中的作用微乎其微。贸然推行西方新法，将导致作为上层建筑的法制与经济基础的背离，过犹不及的新法势必会因无法实施而告夭折。那样将对法制现代化的进程产生极为负面的影响。

（二）礼法之争有利于《大清新刑律》得到社会认同。

相对于经济基础而言，上层建筑尤其有相对独立性，反映到清末特殊历史时期的法制变革上来，就体现了我国固有的礼法关系。自然经济、宗法社会、礼法制度经过近三千年的磨合与交融，成为一个有机的整体。显然，“礼法之争的结果——《大清新刑律》及《暂行章程》的颁行，一方面有助于新法能够真正地起到调控社会生活的作用，为整个社会所认同；另一方面也把西方刑法理念传播开来，有利于中国法制现代的历史进程。

清末礼法之争为我国的法制现代化建设提供了经验，也让我们看到教训，这种全社会广泛讨论，甚至是激烈争论的形式，有利于我国的法律移植，值得我们借鉴。

对于我们这样一个历史悠久的文明古国而言，我们背负了太多的传统，没有经过社会广泛而深入的争鸣，急于与西方接轨的法律移植必然会给社会带来极大的负面影响，同时，法律移植本身就带有前瞻性，把统治者的理想寓于法典之中，不能正确了解社会发展规律，一味守旧的国家也是没有前途的，落后就要挨打正是建立在百年近代屈辱史的清醒认知上的。

不论是清末还是今天，法制的现代化都是我们不倦追求的目标。对于这样的目标，社会广泛参与显得为重要。清末礼法之争，社会舆论是广泛参与的。由于双方的观点不仅流行于士大阶层内部，而且晚清报刊杂志等主流媒体也异常关注立法过程中礼法两派的争论，并适时地发表了大量报道如紧要新闻：新旧律之大激战”、“紧要新闻新律之大辩论等等，这些大量有关修订法律新闻的宣传，使社会底层人民也能知这部关系国计民生的新律中讨论的问题，以及感受到中西法文化

之差异,这对于西方先进的法律文本和法理思想在中国的传播是大有裨益的。另外,清廷采用的将《大清新刑律》和《暂行章程》一同颁布的方法也是极为高明的,这样一来,既可以传播西方先进的法律理念,又不至触动根深蒂的封建伦理道德,有利于法制现代化目标的实现

最后对于法制现代化而言,我们一方面要与国际接轨,移植别国先进的法律制度另一方面,我们也应该经过充分的社会调查,广泛的社会讨论,才有利于社会的整体认同,便于法律发挥其社会作用,完成先进法制的本土化。这是一代代中华儿女建设法治国家的使命,也是我国法制现代化的必由之路。

3、《大清民律草案》与《民法典》：

草案：

《大清民律草案》是我国历史上第一部民法草案,在清末所拟定的各种法案中尤为重要。

1907年,修订法律馆招聘欧美、日本留学生参与法律修订工作。随后聘请日本大审院判事松又正预备起草民律草案,并选派馆员分赴各省调查民俗。在依据调查资料和各省送上来的相关报告基础上,参照德国、瑞士和日本等国的立法条文和判决成例,于1910年冬撰写出草案。1911年10月,修律大臣俞三将前三编奏呈清廷。亲属和继承后两编,其内容与礼教关系更密切,因礼法之争的压力,朝廷多次谕令修订法律馆会同礼学馆订立。但因内阁改制,礼学馆不久即不复存在,故后两编大致还是修订法律馆原案。

《大清民律草案》遵循了四个原则:注重世界最普通之法则,原本后出最精之法理,求最适于中国民情之法则,期于改进上最有利益之法则。该草案借鉴了日本明治民法典,分总则、债权、物权、亲属和继承五编,共一千五百六十九条。

《大清民律草案》从整体结构上来说,确实代表了其时最先进的民法理论唯其如此,这一草案的完成,恰恰也成为清末修订的大部分法典一味强调“与国际接轨”,而罔顾本国社会实际这一通病的又一典型。但该草案在清末没能经资政院议决,更没有颁布实施。进入民国后,临时大总统袁世凯提请参议院将清末各项法律草案暂时加以援用,但参议院没有通过援用《大清民律草案》的决议。故《大清民律草案》始终停留在草案层面,没有生效施行过,但对中华民国的民事立法产生了重要的学术影响。

民法典：

《中华人民共和国民法典》于今年 1 月 1 日生效，这是我们国家、民族向法治化和全面现代化转型历程中的重要里程碑。

我国民法典被认为是“社会生活的百科全书”，是社会主义市场经济的基本法，是民事权利保护的宣言、宝典，是新中国民事立法的集大成，其意义和功能涉及现代国家、社会生活的各个方面，主要有以下三点意义。

一是推动深化改革、扩大对外开放的意义。改革开放的主要目标是实现自由、平等、公正、民主、法治、富强、和谐等社会主义核心价值观，全面实现现代化。民法典是固根本、稳预期、利长远的基础性法律，也是与世界各国进行平等互利的交往合作的极重要保障。

二是丰富了民法体系，增强了制度的科学性，对民事行为和立法、执法、司法活动，提供了较科学、系统的法律依据。

三是努力吸收了当今世界民法文化的优秀成果，在内容和体系上有所创新。

草案与民法典：

民法源于人类社会中平等主体之间的交换、合作关系，是人类共同体的基本规则，并形成了价值层面的契约伦理和技术层面的契约算法，没有民法就没有社会。民法（包括商法）是市场经济的基本法，也是实现契约伦理法则的实证法。人首先要活着，之后才是发展等权利，民法就是保障公民活着的最基本法律，是调整一切民事主体的人身和财产关系的基本依据。因此，我国从草案到今日民法典的颁行，意义重大而深远。

民法典是对草案的继承和发展，草案是对民法典具有借鉴价值。草案对民法典的参考启示可总结为以下三点：

1、民法典的制定既要反映本民族的精神文化传承，也要珍视一般的自然理性，最终都是二者妥协的产物。草案创制过程中，不能一味强调与国际接轨，要重视将本国文化与自然理性、外来先进理论成果相结合。因此，一部民法典的最终面貌，往往是二者妥协和折中的产物，基本上不可能让所有人都满意。然而，这才是民法法典化实践中的正常现象。法典制定者所能做的努力就是，让本民族的历史传统和自然理性能够在最大程度上有机结合。

2、民法典可以成为推动社会发展的“加速器”，也可能成为延缓其进步的

“绊脚石”，立法者唯需踏历史潮流顺势而为，方可成就伟大法典。《民国民法》中的不少内容在经过论争之后 都采取了符合世界发展潮流的方案。弃民商分立而采民商合一，顺应了商人无须有特殊地位，商行为无须独立存在，任何人皆可从事商行为的历史潮流。无惧反对之声，果断赋予女子继承权， 也顺应了男女平等的发展趋势。也正是因为有了这些符合进步潮流的具体制度，即使在当时内忧 外患的窘境下，这部法典也起到了促进社会发展的作用。而草案没有做到。鉴于此，民法典本身很可能是技术中立的，为使其最大限度地被善用，民法典的立法务须与时俱进、顺应大势，方能不负时代、不负人民。

3、民法典制定过程中，具体法律制度的移植不可避免，但必须协调好法律移植与法律本土化之间的关系。现在的民法典相较草案，对一些具体法律制度的移植，不是简单的“拿来主义”，而是充分考虑到了当中国国情，进行了一定程度的本土化。所以，在民法典的创制过程中，在战略上需根据需求 适时地进行法律制度的移植；同时在战术上，宜结合本国的具体情况进行本土化，使被移植的法律制度以本国人民易于接受的方式呈现出来。