

# 法律 硕士

新东方在线  
法律硕士教研中心

中国法制史

高分通关讲义



# 目 录

第一章 绪 论.....	3
第二章 夏商西周春秋战国法律制度.....	6
第一节 夏商法律制度.....	6
第二节 西周法律制度.....	9
第三节 春秋法律制度.....	15
第四节 战国法律制度.....	16
第三章 秦汉三国两晋南北朝法律制度.....	19
第一节 秦朝法律制度.....	19
第二节 汉朝法律制度.....	23
第三节 三国两晋南北朝法律制度.....	31
第四章 隋唐宋法律制度.....	36
第一节 隋朝法律制度.....	36
第二节 唐朝法律制度.....	37
第三节 宋朝法律制度.....	52
第五章 元明清法律制度.....	60
第一节 元朝法律制度.....	60
第二节 明朝法律制度.....	65
第三节 清朝法律制度.....	74

---

第六章 清末民初的法律制度.....	82
第一节 清末法律制度.....	82
第二节 南京临时政府法律制度.....	90
第三节 北洋政府法律制度.....	94
第七章 南京国民政府及中国共产党领导下的革命根据地法律制度.....	99
第一节 南京国民政府法律制度.....	99
第二节 中国共产党领导下的革命根据地法律制度.....	109

## 导论：何为中国法制史？

### 一、何为中国法制史？

- 1、何为中国？
- 2、何为法制？
- 3、何为历史？

#### 《史记太史公自序》——史家之绝唱

上大夫壶遂曰：“昔孔子何为而作春秋哉？”太史公曰：“余闻董生曰：‘周道衰废，孔子为鲁司寇，诸侯害之，大夫壅之。孔子知言之不用，道之不行也，是非二百四十二年之中，以为天下仪表，贬天子，退诸侯，讨大夫，以达王事而已矣。’……夫春秋，上明三王之道，下辨人事之纪，别嫌疑，明是非，定犹豫，善善恶恶，贤贤贱不肖，存亡国，继绝世，补敝起废，王道之大者也。

### 二、为啥学中国法制史？

- 1、通古今之变，以史为鉴
- 2、明中西差异，中体西用
- 3、究当世之法，启迪智慧

### 三、如何备考中国法制史？——定海神针

#### 1、法硕考试构成及其分值分布

（1）法理学 60 分      （2）中国法制史 40 分      （3）中国宪法 50 分

#### 2、考试题型

（1）单选      （2）多选      （3）简答      （4）分析

#### 3、法制史考察特点和规律

（1）重者恒重      （2）第一必考      （3）百年铁律

#### 4、复习方法

(1) 法制史没有原理，不能靠猜，只能靠背！

(2) 背多分——无它，唯反复尔。

### 5、体系图一——纵向朝代歌

夏商周，春秋与战国；秦与汉，魏晋南北朝

隋唐宋，元明清修律；孙袁蒋，民国星火燎

### 6、体系图二——横向五大领域

(1) 立法指导思想及立法成果

(2) 司法状况

(3) 行政构架

(4) 刑事刑罚

(5) 民商事制度（含经济）

## 第一章 绪 论

中国法制史是研究中国法律的起源，是各个历史时期法律制度的发生、特点、作用和演变规律的科学。它既是法学中的基础学科，也是中国史中的专门史，属于法学和史学的交叉学科。

### 一、中国传统法制的主要特征

**第一，法自君出，重权隆法。**君主享有最高的立法权，决定法律的创制和变迁。法律也以维护君权为要务。君主和统治集团重视制定和运用法律，巩固政权稳定，维护社会秩序。这种传统是古代农耕文明的特性所决定的，具有深刻的社会、历史和文化的根源。

**第二，诸法并存，民刑有分。**中国古代的法典编纂保持“诸法合体、民刑不分”的体例，但是在法律体系上，则是诸法并存，民刑有分的，即法律体系是由刑法、民事法、行政管理法、诉讼法等法律部门构成的。

**第三，家族本位，伦理法制。**中国古代是沿着由家而国的途径进入文明时代的，因此宗法血缘关系对于社会和国家的诸多方面都有着强烈的影响，尤其是宗法与政治的高度结合，造成了家国一体、亲贵合一的特有体制。儒家所倡导的伦理道德成为法律的重要内容和基本精神。法律维护家族本位的社会结构及其经济基础，历经数千年依然保持稳定。道德法律化和法律道德化的交融发展，成为传统法制的重要特征。

**第四，调处息争，无讼是求。**无论是中国古代法制建设的价值取向，调处是实现息讼、无讼的重要手段。调处适用的对象是民事案件与轻微的刑事案件，调处的主持者包括地方州县官、基层小吏和宗族尊长。调处息争适应封闭的小农经济基础的深厚地缘关系，依赖的是宗族势力和基层国家权力，凭借的是礼与法相结合的多种法律渊源，维护的是三纲五常的伦理秩序，形成了一整套的完备制度。

### 二、中国法制历史中的优秀传统

**第一，德配王命，民贵君轻。**民本主义是中国古代法制与法文化的基础。西周时期就确立了“以德配天”的观念，即天授王权取决于君王的德性，体现为“敬天保民”的统治政策。儒家进一步提出民贵君轻、民为国本的思想。这一传统对于中国古代法律有着深远的影响，可以说，传统法律的各个层面都表现出浓厚的民本主义色彩，如德主刑辅，注重教化；摆脱神判，重视证据；宽仁慎刑，爱惜人命等。

**第二，礼法结合，综合为治。**礼法结合是中国古代法律最主要的传统；礼法相互为用，实现社会综合治理是中华法系最鲜明的特征。礼法互补，以礼为主导，以法为准绳；以礼为内涵，以法为形式；以礼行法促进法律的实施，以法明礼增添礼的权威；以礼入法，使法律道德化，

法由止恶而兼劝善；以法附礼，使道德法律化，出礼而入于刑。

**第三，体系完备，律例并行。**中国古代法的渊源经历了从先秦礼制与刑书，到《唐六典》与律令格式的长期发展，逐渐形成了以政典为组织法，以律典为基本法律，令格式为管理制度，并以廷行事、决事比、判例【应为断例】等为必要补充的完备体系。

**第四，以法治官，明职课责。**以法治官是中国古代法制的悠久传统，其主要内容包括：明确官吏的职、权、责；规定官吏的行为方式与自我约束的机制；实行考选、考课、监察等一系列制度，促其奉公守法，为君尽责。随着社会文明的进步，职官法不断充实完善，使官吏职责明确，有法可依，是古代法律体系中的重要组成部分。

**第五，法尚公平，执法原情。**先秦诸子在释法时，常以度量衡为比喻，强调法的公平。公平成为法律的基本价值追求。法尚公平不仅体现在立法的内容上，也讲求执法原情，达致天理、国法、人情的允协。

### 三、中华法系

**1、中华法系是被世界公认为特点鲜明、影响深远的一大法系。**古代中国国力长期居于东亚、甚至世界前列，形成了以中国为核心的东亚儒家文明圈。中国的法律制度自然而然地影响到周边国家，其中以唐律为甚。作为中华法系的代表作，唐律超越国界，对亚洲诸国产生了重大影响。朝鲜《高丽律》篇章内容都取法于唐律；日本文武天皇制定《大宝律令》，也以唐律为蓝本；越南李太尊时期颁布的《刑书》，大都参用唐律。从唐朝起，中国法典的先进性、科学性受到相邻国家的尊重，并被奉为母法，相邻各国均成为中华法系所覆盖的国家。

**2、中华法系是中华民族数千年法律实践的结晶，自夏、商、周至近代，源远流长，独树一帜，为人类法治文明做出了巨大的贡献。**中华法系在文化精神和宏观样式上呈现出多元的特征。儒、墨、道、法各家都对中华法系的形成与发展产生了不同程度的影响，儒家尤甚，具有一贯性和包容性。正是由于中华法系在文化上的多源头，才孕育了丰富多彩的法文化，缔造了独具特色的中华法制文明。

**3、中华法系的形成与发展虽以汉民族为主导，但其他各民族同样也作出了自己的贡献。**中华法系是融合了各民族的法律意识与创造力而形成的。

**注意：**中国古代特定的自然地理环境、生产方式、宗法伦理关系，以及大一统集权政治制度，决定了中华法系具有以下主要特点：皇权至上；维护宗法伦理；引礼入法，法律不断儒家化；以刑为主，诸法并存等。

**4、我国固有的中华法系在 19 世纪末 20 世纪初受到西方法文化的冲击和影响，进行大规模的修律，才开始逐步解体。**



#### 四、中华法文化的创造性转化【22 新增】

1、中华法系是在中国特定的历史条件下形成的，是中华法文化的特殊性及其世界影响力的集中体现，显示了中华民族的伟大创造力和中华法制文明的深厚底蕴。其形成历程与中华民族的发展、国家管理职能的成熟，以及来自多源头的法文化的不断整合密不可分。至近代，由于国情的巨大变化，中华法系失去了所依附的载体而退出历史舞台，但中华法系所凝聚的中华民族精神和法文化精华中的因子没有消亡。今天复兴或重塑中华法系，使深厚的具有民主性精华的法文化与新的国情态势和时代任务相结合，使世界性和民族性相统一，对于实现依法治国的方略，提高全民的法律意识，增强中华民族的自豪感与自信心具有重大的历史意义。

2、在漫长的历史进程中，中华民族创造了彪炳史册的灿烂法文化，积累了丰富的治国理政经验。中华法文化底蕴之深厚、特点之鲜明、影响之深远，以及治国经验之丰富、理性，都显示了古圣先贤的政治智慧、法律智慧与“舍我其谁”的治国抱负。中国古代主张“民惟邦本、政得其民，礼法合治、德主刑辅，为政之要莫先于得人、治国先治吏，为政以德、正己修身，居安思危、改易更化”，等等，都给人们以重要启示。中华民族所创造的法文化资源，既是标志其文明高度的丰碑，同时也是支持我国当前治国理政和增强文化自信所需要的智库。

3、由于历史和阶级的局限，使得我国传统法文化中难免菁芜并存。我们的任务就是去芜存菁，激活传统法文化的优秀部分，使之创造性转化，为全面依法治国、坚持中国特色社会主义法治道路、建设新时代中国特色社会主义法治体系而服务。

## 第二章 夏商西周春秋战国法律制度

### 第一节 夏商法律制度

#### 一、中国法律的起源

学界普遍认为，夏王朝的建立，标志着中国进入了国家和法的历史发展阶段。传说大禹开始按地域划分统治区域，所谓“茫茫禹迹，划为九州”。按地域划分统治区域是国家形成的标志之一。禹还设“九牧”，作为管理九州的地方长官。王位世袭制也是国家形成的标志之一。从夏禹传位于其子启开始，王位世袭制取代了氏族社会的禅让制，并最终导致原始氏族制度的解体及国家的建立。夏启成为中国历史上第一个世袭君主。国家机构和公共权力系统，包括军队、职官、监狱以及贡赋制度逐步建立和完善。自启建立夏朝至桀亡国，夏朝共历 14 世 17 王，400 余年。

注意：夏朝统治者对原始社会的“礼”和其他氏族习惯加以改造，使之上升为习惯法，同时还颁布法令，惩处违抗“王命”的行为和其他犯罪。

#### 二、中国法律起源的特点

第一，古代法的起源与宗法等级制度紧密结合，具有明显的宗法伦理性质。象征国家政权的王权与族权高度统一，呈现出家国一体的格局。因此，中国古代法在形成时兼有国法和宗法的双重性质，既适用于占统治地位的各支宗族内部，又适用于整个国家。

第二，古代法的起源主要是以“刑始于兵”和“礼源于祭祀”的形式完成。古代法制主要由礼与刑两部分组成，并始终贯穿礼刑并用的原则：一方面运用礼发挥其调整社会关系的基本职能；另一方面又以刑维护礼，对违礼者实行制裁。中国古代法制在形成时便具有了礼刑兼备的特色。

第三，古代法的起源以自给自足的自然经济结构为基础。家庭是农业的基本生产单位，强调家族、宗族、国家利益和集体协作精神，早期的社会分工由宗族组织内部统一调节，故其内部的社会分工比较发达，形成自给自足的自然经济结构，而商品经济不够发达。同时，家长权、族权和王权遮掩乃至湮没了个人权利，导致古代社会刑事、行政立法等公法体系发达，而私法不够发达。

#### 三、立法概况

##### 1、禹刑

夏商时期调整各种社会关系的法律规范，主要是由原始氏族社会的习惯转化而成的礼法。

此外，夏王发布的“王命”和“誓”，诸如启出兵讨伐有扈氏所颁布的《甘誓》等，也是重要的法律渊源。

《左传·昭公六年》记载：“夏有乱政，而作禹刑。”“禹刑”并不是一部成文法典，而是泛指夏朝的法律和刑罚，大抵是启及其后继者根据氏族社会晚期习俗和令陆续积累的习惯法，托名为禹所作，故称“禹刑”，具体内容无可详考。后人曾有“夏后氏正刑有五，科条三千”的追述，虽不能作为信史采信，但也大致反映了夏代法律的状况。

有关夏朝的文献记载多为后人追记，非常零散，如《孝经·五刑》称夏朝“五刑之属三千，而罪莫大于不孝”，近代学者章太炎亦认为夏朝已有不孝罪。《左传·昭公十四年》中有“昏、墨、贼，杀，皋陶之刑也”的记载，据春秋后期晋国大夫叔向的解释：“己恶而掠人美为昏，贪以败官为墨，杀人不忌为贼”，犯此三项罪者，均应处死刑。《左传·襄公二十六年》引《夏书》则有“与其杀不辜，宁失不经”的刑罚适用原则，就是说，宁可不按常法行事，也不能错杀无辜。这一原则以其强调审慎用刑的思想而为后世传颂。

## 2、汤刑

《左传·昭公六年》载：“商有乱政，而作汤刑。”“汤刑”被认为是商朝法律的总称，《竹书纪年》中又有“祖甲二十四年，重作汤刑”的记载。不成文的习惯法和王发布的“誓”“诰”“命”等同样具有很高的法律效力。

注意：“誓”的内容偏重于出兵打仗前的盟誓，主要是发布军令或宣布军纪，大体相当于后来的军法。“诰”的内容偏重于王对大臣、诸侯或下属官吏发出的命令、指示或训诫。“命”则是王针对具体事情发布的命令。

《晋书·刑法志》载：“殷因于夏，有所损益。”表明商朝在夏朝法制的基础上，罪名、刑罚以及司法制度等都有所发展。《荀子·正名》亦曰：“刑名从商。”商朝继续沿用不孝、违命等罪名，同时又有新的创设，如《礼记·王制》记载商有“乱政”和“疑众”等罪：“析言破律，乱名改作，执左道以乱政，杀；作淫声异服，奇技奇器以疑众，杀；行伪而坚，言伪而辨，学非而博，顺非而泽以疑众，杀；假于鬼神、时日、卜筮以疑众，杀。”为惩治职官犯罪，商朝有“三风十愆”之规定，即官吏有巫风（庭内起舞、沉溺酒歌等）、淫风（贪求财物、迷恋美色、狩猎不休等）、乱风（蔑视圣人教训、拒绝忠直劝告、疏远贤德高士、亲近庇护小人等）三类恶劣风气以及与之相关的十种行为者，将受到墨刑等的处罚。

## 四、刑事立法

### 1、五刑：墨，劓，剕（刖），宫，大辟

五刑起源的记载最早见之于《尚书》，其中认为五刑最早源于苗民的说法较为流行，《尚

书·吕刑》说：“苗民弗用灵，制以刑。惟作五虐之刑，曰法，杀戮无辜。”华夏族在征服苗民后，袭用其刖、劓、剕、黥等向刑，加以损益，形成了墨、劓、剕、宫、大辟等五种刑罚，并使之成为常用的刑罚体系。

**墨刑**，又称黥刑，是在罪人面上或额头刺刻后再涂上墨，留下痕迹作为受刑人的标志。

**劓刑**，即割鼻之刑，较墨刑为重。

**剕刑**，也作刖刑、髡刑、腓刑，秦汉时称为斩趾，此刑或断人之足，或剔去膝盖骨，使人丧失行走能力。夏商时代此刑已成为主要刑种，隋唐以前刖刑与宫刑均为次死之刑。

**宫刑**，又称淫刑、腐刑，源于苗民的椓刑，是破坏生殖器官的刑罚。对男性为去势，对女性为幽闭。宫刑早先适用于“男女不以义交者”，后来逐渐扩大适用，成为五刑中除死刑外最为残酷的刑罚。汉以后，宫刑作为代死之刑，至北齐天统五年（569年）才从法律上最终废止。

**大辟**在甲骨文中是灾祸之意，后作为死刑的总称，其执行方法主要是斩首。夏商周三代死刑方法多样，手段残酷，商末还出现了炮烙 luó、醢 hai、脯 pú 等特别残忍的酷刑。

上述五刑除大辟外，其他四种都属于“刻肌肤，断肢体”的肉刑，反映了早期社会刑罚的残酷。除“正刑有五”外，还存在诸如鞭扑、流刑、劳役刑、赎刑等刑罚。墨、劓、剕、宫、大辟五刑，是中国上古时期具有代表性的刑罚，延用达数千年之久。

## 五、司法制度

### 1、天罚与神判

夏商，尤其是商朝是神权政治盛行的时代，商汤代夏便自诩“有殷受天命”，商朝后期随着王权的扩张，神权与政权日益结合。神权政治表现在司法上，便是将宗教禁忌与审判制度相结合，具有浓重的“天罚”与“神判”特色，这是夏商诉讼制度的显著特征。卜者、巫史参与司法，通过祭祀占卜活动求问神意，以“神判”来决定司法审判和定罪量刑，乃为“殷人尊神，率民以事神”的商朝所司空见惯。同时，作为最高军政首脑的商王，拥有最高审判权。

### 2、监狱：圜土，羑里

史载“皋陶造狱，法律存”，表明尧舜时代即已有监狱出现。夏朝的监狱称为“圜土”，即在地下挖成圆形土牢，或在地上围成圆土墙以拘犯罪人。《竹书纪年》明确记载：“夏帝芬三十六年作圜土。”此外，夏桀曾以“夏台”作为监狱，囚禁商族首领汤于其中，故夏朝监狱又有“夏台”或“钧台”之称。

商因袭夏，监狱仍称“圜土”。监狱还有很多叫法，许慎在《说文解字》中说：“圜圉，所以拘罪人”，故“圜圉”也是监狱。《史记·殷本纪》还有商“纣王囚西伯（周文王）于羑里”的记载，故后世史书也称商时的监狱为“羑里”。

## 第二节 西周法律制度

### 一、立法概况

#### 1、“明德慎罚”的立法指导思想

周初统治者注重从商朝败亡的历史经验中汲取前车之鉴，认为天命是会改变的，天命总是归于有德者，天意总是通过民意表达出来。从夏商时代的神权法思想，发展到对人的关注，提出“以德配天”的民本思想，并将“德”这一抽象的伦理道德准则落实到现实统治之中，形成了“敬天保民”的政治思想和“明德慎罚”的法律思想。西周统治者主张要用“德教”的办法来治理国家，通过道德教化使天下人民臣服；因此在制定法律、实施刑罚时应当宽缓谨慎，而不应一味地用严刑重罚来迫使臣民服从，这就是“明德慎罚”。但这并非削弱刑罚的威慑力，而是为了更有效、更准确地施用刑罚，防止因滥刑而激化矛盾。“明德慎罚”较天罚，具有更强烈的政治号召力和更广泛的社会渗透力，在这一思想的指导下，西周的立法真正形成了“礼”与“刑”相辅相成的结合。

**注意：**由夏商时期的专任刑罚，发展为注重德礼教化、慎用刑罚以及因时制宜地制定和适用刑事政策。这是古代法律思想史上的重大进步，为后世“德主刑辅”法律思想的产生和发展奠定了基础。

#### 2、宗法制度

宗法制度是一种以血缘为纽带，家族组织与国家政权相结合，以维护贵族世袭统治的制度。宗法制度由氏族社会的父家长制发展而来。西周初年为保证周族家天下的稳固，实行“封邦建国”的分封制。周天子对王畿之外的土地实行“授民授疆土”，即把土地、人民封赐给各级诸侯，各级诸侯又把自己封国内的部分土地封赐给卿大夫，卿大夫再把自己采邑内的部分土地给其臣属（“士”），这样层层分封，形成了周天子、诸侯、卿大夫、士之间严密的等级结构。分封主要以父亲的直系血缘关系为依据，由此构成了以周天子为中心的家天下的宗法制度。

西周宗法制有三个基本原则：其一，周天子、诸侯、卿大夫、士的宗祧都实行嫡长子继承制。其二，大宗与小宗权利义务关系明确，相辅相成。分封体制下天子及嫡传后代相对封国而言是大宗，封国国君相对于天子是小宗；诸侯国君及嫡传后代在本国是大宗，卿大夫为小宗，依此类推，形成等级、主从明确的亲族关系。小宗服从大宗，诸弟服从嫡长兄。小宗有义务向大宗纳贡、帮助出兵征伐；大宗有义务保护小宗，调解小宗之间的纠纷。其三，家国一体，亲贵合一，等级秩序分明。各级诸侯、卿大夫、士既是一种家族组织，又各自构成一级国家政权，共同向最高宗子周天子负责。这种宗法统治的特征在于家族组织与国家制度合而为一，家族观

念、家族道德与国家法律、意识形态互为表里。周天子既是国王，又是家族中的大家长。宗法制度构成了西周的基本政治模式，成为确立社会等级秩序、维护贵族世袭统治的工具。

### 3、礼与刑的关系

礼被认为是“经国家，定社稷，序民人，利后嗣”的最主要规范，所谓“夫礼，天之经也，地之义也，民之行也”。古代的礼有两层含义：一是抽象的精神原则，二是具体的礼仪形式。作为抽象精神原则的礼，寓于具体的礼仪形式之中；具体的礼仪形式则以抽象的精神原则为指导。西周礼制之中，抽象的精神原则主要可归纳为“亲亲”与“尊尊”。所谓“亲亲”，是要求在家族范围内，人人皆亲其亲，长其长，做到父慈、子孝、兄友、弟恭、夫义、妇听，每个人都应按自己的身份行事，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。所谓“尊尊”，即要求在社会范围内，君臣、上下、贵贱应该恪守名分，所有臣民皆应以君主为中心，即所谓“尊尊君为首”。在“亲亲”“尊尊”两大原则之下，又形成了“忠”“孝”“节”“义”等具体的精神规范。但比较而言，忠高于孝，国重于家。

西周时期的礼仪内容可分为五个方面，通称为“五礼”，即吉礼、凶礼、军礼、宾礼、嘉礼。吉礼是祭祀之礼，古人认为祭祀鬼神、祭祀祖先能给自己带来福祉，故称祭祀之礼为吉礼；凶礼是丧葬之礼；军礼是行兵打仗之礼；宾礼是迎宾待客之礼；嘉礼是冠婚之礼。此外，还有“六礼”“九礼”之说，划分则更为详细。

“礼”与“刑”的关系几乎贯穿中国古代法制史的始终，西周时期两者的关系更为密切，可谓互为表里，相辅相成，共同构成上古法制的完整体系。但是礼和刑的作用并不相同，礼是要求人们自觉遵守的积极规范，侧重于预防；刑则是对犯罪行为的制裁，侧重于事后的处罚。正所谓“礼者禁于将然之前，而法者禁于已然之后”，礼强调道德教化，刑则着重于惩罚制裁。若道德教化不成，对于严重违礼的行为则要适用刑罚，即所谓“礼之所去，刑之所取，失礼则人刑，相为表里者也”。

另一方面，礼与刑的适用原则不同。《礼记·曲礼》中说“礼不下庶人，刑不上大夫”，体现的是宗法体制下的等级特权制度，也是法律的重要原则。所谓“礼不下庶人”，是指庶人“遽于事而不备于物”，即忙于生产劳动，不具备贵族的身份和礼所要求的物质条件，因而不可能按贵族的礼仪行事，礼也主要不是为他们设立的。但这绝不意味着庶人可以不受礼的约束，任何越礼的行为都要受到惩罚，对庶人更是如此。所谓“刑不上大夫”，首先是指刑罚的目的主要不是针对贵族，而是防范和制裁庶人；其次是指贵族犯罪在适用刑罚上可以享有减免特权，一般犯罪能够获得宽宥。贵族若有严重犯罪，一般不适用肉刑；也可被放逐乃至赐死，但处死不在市朝行刑，以体现贵族“士可杀不可辱”的尊严。

## 二、刑事立法

### 1、九刑

九刑有两种含义：一是指周朝制定的九篇刑书。《左传》记载：“周有乱政，而作九刑。”《逸周书》中提到成王时有“刑书九篇”，可能西周中后期才有《九刑》之名。二是指西周的九种刑罚，即墨、劓、剕、宫、大辟五刑加上赎、鞭、扑、流等刑罚，合称“九刑”。

### 2、吕刑

周穆王为革新政治，命司寇吕侯作《吕刑》。它应是西周中期具有代表性的刑法，具体内容已不可考。《吕刑》继承并贯彻了周初明德慎罚的思想，以苗民无德滥刑而亡国绝祀的历史教训说明建立法度的重要性，强调必须以德教为本，用刑适中（“明于刑之中”），提出惩罚与罪行相符（“其罪惟均，其审克之”“上下比罪”），结合具体案情灵活处断（“刑罚世轻世重”“轻重诸罚有权”）、案情不能确定时从轻不从重（“五刑之疑有赦”“五罚之疑有赦”）等审案原则，还规定了较为完整的收赎办法。

### 3、主要刑法原则

**第一，老幼犯罪减免刑罚。**西周时有“三赦”之法：“一曰幼弱，二曰老耄（旄），三曰蠢愚”，此三者除犯故意杀人罪外，一般皆赦免其罪。《礼记·曲礼》中也载：“八十、九十曰耄，七年曰悼。悼与耄，虽有死罪不加刑焉。”即80岁以上的老人及7岁以下的幼童犯罪，可免于刑罚处罚。这一原则正是西周“明德慎罚”思想在刑法中的具体体现。作为矜老恤幼的标志，后世法律沿袭和发展了这一制度。

**第二，区分故意与过失、惯犯与偶犯。**史籍中，过失被称为“眚”，故意即是“非眚”，惯犯被称为“惟终”，偶犯称为“非终”。《尚书·康诰》云：“人有小罪，非眚，乃惟终……有厥罪小，乃不可不杀。乃有大罪，非终，乃惟眚灾……时乃不可杀。”意即虽犯小罪，却不是由于过失，或者是惯犯，就不可不杀；反之，罪虽大，但不是惯犯，又出于过失，就不可处死。《周礼·秋官·司刺》还载有三宥之法：“壹宥曰不识，再宥曰过失，三宥曰遗忘。”这表明西周在定罪量刑时已考虑到行为人的主观动机，是刑罚适用原则的重大发展。

**第三，罪疑从轻、罪疑从赦。**西周时为保证适用法律的谨慎，防止错杀无辜，对犯罪事实有疑的案件，实行从轻处断或赦免罪责的原则。《尚书·吕刑》载：“五刑之疑有赦，五罚之疑有赦，其审克之。”这也是“明德慎罚”思想的体现。从赦的原则在司法审判中要经过“三刺”的程序。《周礼·秋官·小司寇》载：“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。听民之所刺宥，以施上服下服之刑。”带有原始民主制的遗风。

**第四，宽严适中原则。**西周在定罪量刑时强调“中道”“中罚”“中正”，即要求宽严适中，

罪刑相当。《尚书·吕刑》载：“士制百姓于刑之中。”其疏文解释：“中之为言，不轻不重之谓也。”强调量刑时要恰如其罪，不可畸轻畸重。

**第五，因地、因时制宜。**周初针对封国的具体情况实行灵活权衡的原则：“刑新国，用轻典；刑乱国，用重典；刑平国，用中典。”这一政策对于稳定和巩固宗周起到了良好作用，也成为后世治国的重要原则。《吕刑》中载有“轻重诸罚有权”“刑罚世轻世重”，即主张结合犯罪的主客观情势权衡量刑，不可一味地从轻或从重。

**第六，上下比罪。**所谓“罪无正律，则以上下而比附其罪”，具体规定是“上刑适轻，下服；下刑适重，上服，轻重诸罚有权”，即在无法律明文规定情况下的类推适用。

**第七，同罪异罚。**这是体现宗法等级制度的刑法原则。《周礼·秋官·掌戮》载：“凡杀人者，踣诸市，肆之三日。刑盗于市。凡罪之丽于法者亦如之。唯王之同族或有爵者，杀之于甸师氏。”即一般人犯杀人或盗贼罪，要在闹市正法，并暴尸三天示众；而王族或有爵位的贵族犯死罪，则由甸师氏秘密处死，一般不当众行刑。并且“公族无宫刑”，应处宫刑者，由贵族们议决减免。

**注意：**《周礼·秋官》关于“八辟丽邦法”的规定，亦公开赋予特定身份者享受减免刑罚的特权，后世的“八议”制度即源于此。

#### 4、主要罪名

西周的罪名比商朝发达，《左传·文公十八年》引周公作誓命曰：“毁则为贼，掩贼为藏，窃贿为盗，盗器为奸。主藏之名，赖奸之用，为大凶德，有常无赦，在《九刑》不忘。”即毁坏礼法者为贼，窝藏贼者为藏（不是赃），窃取财物为盗，偷盗国器宝物者为奸。而主谋及藏匿罪犯，或使用被盗名器，更是重大犯罪，按照常刑规定，一律严惩不贷。西周法律规定的罪名大体可以分为三类：一是政治性犯罪，如违抗王命罪；二是破坏社会秩序、侵犯人身财产等方面的犯罪，如“寇攘奸宄”（劫夺窃盗）；三是渎职方面的犯罪，如司法官的“五过”之疵（弊端）：“惟官”（秉承上意，依仗权势）、“惟反”（利用职权，报私恩怨）、“惟内”（内亲用事，暗中牵制）、“惟货”（贪赃受贿，敲诈勒索）、“惟来”（接受请托，徇私枉法）。《吕刑》规定，犯有五过之疵者，“其罪惟均”，即司法官和罪犯受同样的惩罚。【24 新增】

**注意：**《康诰》中亦有对于内奸、外奸、杀人越货以及不孝不友等罪犯处以重刑且不予宽赦的规定。

### 三、民事立法

#### 1、契约：质剂，傅别

依据《周礼》，西周设有专职官员管理立契事宜，称为“司约”，并设“质人”，作为市场



管理人员。西周有质剂与傅别两种契约形式。质剂是买卖契约,《周礼》载:“听买卖以质剂。”贾公彦疏解释为:“质剂谓券书,有人争市事者,则以质剂听之。”所谓“大市以质,小市以剂”,即凡买卖奴隶、牛马等大宗交易须使用较长的契券,称“质”;买卖兵器、珍异等小件物品使用较短的契券,称“剂”。质、剂均由官方制作,作为处理买卖纠纷的凭证,说明官方已对市场交易进行干预。

**傅别指借贷契约,是解决债务纠纷的凭证。《周礼》载:“听称责以傅别。”**郑玄注曰:“称责谓贷予,傅别谓券书也。听讼,责者以券书决之。”“傅”即债券,一分为二称“别”,债权人执左券,债务人持右券,司法官以其为凭证审理有关债权债务纠纷案件。

## 2、婚姻制度:一夫一妻制,“父母之命,媒妁之言”,同姓不婚,六礼,七出(去),三不去

西周确立了一夫一妻制婚姻原则,但对贵族而言,则盛行一夫一妻制形式下的一妻多妾制。缔结婚姻的目的是两个家族间的联合,是为了继承祖先的香火,而不是,或主要不是男女双方个人的结合,即“合二姓之好,上以事宗庙,而下以继后世”,这就是说,婚姻是为了延续后代、祭祀祖先。

西周婚姻关系的成立,须具备以下基本要件:

**第一,“父母之命,媒妁之言”。**《诗》云:“娶妻如之何,必告父母。”“娶妻如之何,非媒不得”。《礼记·曲礼》也说:“男女非有行媒,不相知名。”在宗法制下,子女的婚姻大事须由父母主持,并通过媒人撮合,否则,婚姻便是不循礼法。

**第二,“同姓不婚”。**人们在长期的种族繁衍过程中,逐渐认识到“男女同姓,其生不蕃”,即婚姻双方血缘关系越近,越不利于后代的健康和宗族的繁衍。另外,禁止同姓为婚是为了加强与其他部族的政治联系,所谓“取于异姓,所以附远厚别也”。婚姻,具有鲜明的政治意图。后世的同姓不婚之禁多着眼于其宗法伦理意义,重在禁止同姓宗亲之间结婚。

**第三,履行“六礼”程序。**一是“纳采”,即男家请媒妁向女家提亲;二是“问名”,即男方询问女子名字、生辰等,卜于宗庙以定吉凶;三是“纳吉”,即卜得吉兆后即与女家订婚;四是“纳征”,又称“纳币”,即男方派人送聘礼至女家,婚约正式成立;五是“请期”,即商请女方择定婚期;六是“亲迎”,即婚期之日新郎迎娶新妇。至此婚礼始告完成,婚姻最终成立。六礼作为西周婚姻成立的形式要件,为后世历代所继承。

西周关于婚姻的解除,有“七出(去、弃)”“三不去”之规定。所谓“七出”,是指女子若有下列七种情形之一,丈夫或公婆即可休弃(单方面解除婚约):“无子,一也;淫佚,二也;不事舅姑,三也;口舌,四也;盗窃,五也;妒忌,六也;恶疾,七也。”不顺公婆者为“逆

德”，无子者为绝嗣不孝，淫者乱族，妒者乱家，有恶疾者不能供祭祖先，口多言者离间亲属，盗窃者违反规矩。但是，按照周代礼制，已婚妇女若有下列三种情形者，虽有七出之行，但夫家不得休弃，即所谓“三不去”：“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，若此时休妻则会置女子于无家可归之境，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之孝，已尽子媳之道，亦不能休妻。“前贫贱后富贵”是指夫妻时贫贱，但婚后富贵的，不得离弃妻子。“三不去”在某种程度上是对休妻的限制，但根本上是出于维护宗法伦理道德的需要。

### 3、嫡长子继承制

宗法制下，继承制度的核心是嫡长子继承制。嫡长子继承制度至西周逐步制度化和法律化，成为宗法制度的一项基本原则。西周的宗法制着眼于从长远解决周天子及各级贵族的爵封继承和宗祧继承问题，同时也解决财产继承问题。嫡长子继承制的原则是“立嫡以长不以贤，立子以贵不以长”，目的是保持贵族的政治特权、祭祀权和财产权不致分散或受到削弱。从天子、诸侯、卿大夫到士，各级贵族的领地和世袭身份只能由正妻（嫡妻）所生的长子继承。庶子只能由嫡长子分给部分利益。女子仅能在出嫁时得到一份嫁妆，但也只是父兄的赐予，并非其法定的继承权。

## 四、司法制度

### 1、司法机构：大司寇，小司寇

西周形成了比较系统的司法机构。中央常设最高司法官为大司寇，“掌建邦之三典，以佐王刑邦国，诘 jié 四方”，辅助周王掌管全国司法工作。遇有重大或疑难案件，须上报周王最后裁断，或由周王指派高级贵族进行议决。大司寇之下设小司寇，“以五刑听万民之狱讼”，协助大司寇审理案件，处理狱讼。此外还有各种专职的属吏如司刑、司刺、掌囚、掌戮等，处理各类司法事务。

### 2、狱与讼

西周对刑事、民事两类诉讼已有所区分。汉人郑玄称，“讼，谓以财货相告者”“狱，谓相告以罪名者”。“狱”与“讼”，大致相当于近世的刑事、民事两类诉讼，因其性质不同，所以处理的方式也有差别。审理民事案件称为“听讼”，审理刑事案件叫作“断狱”。法律对于刑事、民事案件的起诉、受案、审理都有具体要求。当事人起诉应交纳诉讼费，刑事、民事诉讼费分别称为“钧金”（三十斤铜）和“束矢”（一百支箭）。

### 3、五听

在长期的司法实践中，西周总结出一套“以五声听狱讼求民情”的经验，即运用察言观色进行审讯，以判断当事人陈述的真伪。“五声”亦即“五听”，其具体内容是：一曰辞听，“观其出言，不直则烦”，即观察当事人的言语表达，理屈者则言语错乱。二曰色听，“观其颜色，不直则赧然”，即观察当事人的面部表情，理屈者则面红。三曰气听，“观其气息，不直则喘”，即观察当事人的呼吸，无理则喘息。四曰耳听，“观其听聆，不直则惑”，即观察当事人的听觉，理亏则听语不清。五曰目听，“观其眸子，不直则眊（mao）然”，即观察当事人的眼睛与视觉，无理则双目失神。

“五听”是通过观察被讯问者的感官反应以确定其陈述之真假，虽然近于主观，但比起夏商的“神判”显然前进了一大步，在某种意义上可以说是**审判心理学**的萌芽。周以后历朝的司法实践都沿用了“五听”。

### 第三节 春秋法律制度

#### 一、成文法的公布

##### 1、郑国“铸刑书于鼎”

针对上古时期不预设刑、临事议制的法制传统，春秋时期的政治改革家明确主张公布法律，要求打破世袭贵族对于法律的垄断，将成文法公布于众。公元前 536 年，郑国的执政子产鉴于当时社会关系的变化和旧礼制的崩溃，率先“铸刑书于鼎，以为国之常法”，一般认为这是中国历史上第一次正式公布成文法。

##### 2、邓析著《竹刑》

继子产铸刑鼎之后，郑国大夫邓析于公元前 501 年私造刑法，因其书之于竹简上而称为《竹刑》。执政驷歂以私制刑书的罪名处死邓析，但仍用其《竹刑》。

##### 3、晋国铸刑鼎

公元前 513 年，晋国的执政赵鞅、荀寅 yín 把前任执政范宣子所编的刑书铸于鼎之上，公之于众。《左传》载：“冬，晋赵鞅、荀寅帅师城汝滨，遂赋晋国一鼓铁，以铸刑鼎，著范宣子所为刑书焉。”

**注意：**《被庐之法》是晋文公在被庐检阅军队时制定的，内容可能是关于选贤任官，建立官僚制度之法；《仆区法》和《茆门法》为楚国文王和庄王颁行，前者是禁止隐匿逃亡人之法，后者是关于宫门守卫、保障国君安全之法。

##### 4、成文法公布引起的论争

春秋时期是“礼崩乐坏”的社会剧烈转型期，新兴地主阶级反对旧贵族垄断法律，强烈要

求将成文法公布于众，以保障他们的私有财产和既得权益，摆脱宗法等级制度的羁绊。成文法的公布引起了旧贵族的激烈反对，晋国上大夫叔向特意写信给子产反对郑国“铸刑书”，认为：“民知争端矣，将弃礼而征于书。锥刀之末，将尽争之。”“国将亡，必多制，其此之谓乎！”指责子产违背先王传统，放弃礼制，将亡郑国。孔子对晋国“铸刑鼎”也持反对意见，认为：“晋其亡乎，失其度也。”“民在鼎矣，何以尊贵？”“贵贱无序，何以为国？”

## 二、成文法公布的历史意义

首先，公布成文法是国家治理与社会控制的新型方式，是对旧的法律观念、法律制度以及社会秩序的一种否定，打破了“刑不可知，则威不可测”的信条，结束了法律的秘密状态，使法律制度逐步走向公开化，开创了古代法制建设的新纪元。

其次，公布成文法在客观上为法律制度的进一步发展，为罪和刑对应的成文法典的出现提供了条件，也为各种新型社会关系的产生和发展提供了可靠保证。

最后，春秋时期公布成文法，开辟了一种全新的集权制的统治模式，为战国至秦统一时期“法治”取代“礼治”拉开了序幕，也为后世法律制度的发展与完善积累了经验。

# 第四节 战国法律制度

## 一、立法指导思想

### 1、“一断于法”

法家主张“不别亲疏，不殊贵贱，一断于法”，将法律作为治理国家的基本手段。要求打破“刑不上大夫”的壁垒，将法作为衡量任何人行为的客观标准，取消旧贵族在法律上享有的一切特权。

### 2、刑无等级

在法律的适用上，法家反对宗法制时代的“礼有等差”，主张“刑无等级”“法不阿贵”。要求制定公正、平等的法律，在保障国家和君主利益的基础上，平等地适用法律，使全社会都在法律的约束下生活。无论贵贱一律平等，即“刑过不避大臣，赏善不遗匹夫”“赏当其功，刑当其罪”“志存公道，人有所犯，一之于法”。实际上是以一种新的等级制代替旧的奴隶制等级制。

### 3、轻罪重刑

法家主张“轻罪重刑”，用严刑峻法达到以法治国的目的。法家认为，“行刑，重其轻者，轻者不生，则重者无从至矣”。只有通过重刑酷法，才能使臣民畏法和服法，达到“禁奸止过”和预防犯罪的目的，即“以刑去刑”“以杀止杀”。

#### 4、法布于众

与“以法治国”等原则的要求相适应，法家主张“法者，编著之图籍，设之于官府，而布之于百姓者也”，即向全社会公布成文的法律，让全体臣民皆“知所避就”，从而否定了法律的秘密状态。

### 二、《法经》

#### 1、李悝变法与《法经》的制定

战国时期诸侯争霸局面促使各国纷纷变法，魏国魏文侯时期（前445—前395年）任用李悝主持改革，在政治上废除“世卿世禄”制度，实行“食有劳而禄有功，使有能而赏必行，罚必当”，即剥夺旧贵族的世袭特权，确立量才录用的新型官僚制度；在经济上实行“尽地力之教”和“善平余力”政策，采取各种措施发展经济，增加国家财政收入；为保证变法的顺利进行，李悝“撰次诸国法”，即考察各国成文法，吸收各国立法经验，制定颁布了成文法典《法经》。

#### 2、《法经》的内容、特点和历史地位

《法经》原文早已失传，但从《晋书·刑法志》等文献中可知《法经》之概略。在篇目结构上，《法经》共有六篇：《盗法》《贼法》《网法》《捕法》《杂法》《具法》。《盗法》是侵犯官私财产所有权犯罪的法律规定，《贼法》是关于人身伤害、破坏社会秩序的法律规定。《荀子·修身》解释：“窃货曰盗”，“害良曰贼”。李悝认为“王者之政，莫急于盗贼”，所以将《盗法》和《贼法》列在法典之首。《网法》也称《囚法》，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，《网法》《捕法》二篇属于诉讼法的范围。《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、徙禁、金禁等。据《晋书·刑法志》载：“其轻狡、越城、博戏、借假不廉、淫侈、逾制，以为《杂律》一篇”。又以《具律》具其加减，是故所著六篇而已，然皆罪名之制也。《具法》是关于定罪量刑中从轻从重等法律原则的规定，起着“具其加减”的作用，相当于近代法典中的总则部分。《法经》规定了各种罪名、刑罚及相关的法律适用原则，涉及的内容比较广泛，其基本目的在于维护国家政权和保护私有财产，全篇贯彻了法家“轻罪重刑”的思想。

**《法经》作为历史上第一部比较系统、完整的成文法典，在中国立法史上具有重要地位。**

《法经》的特点是：内容上，以惩治盗贼为首要任务，反对旧贵族的等级特权，体现重刑主义精神。体例上，出现了先开列罪名再规定刑罚的罪刑法定倾向；相当于刑法总则的《具法》列在最后且适用于其他各篇。《法经》的体例和内容，为后世成文法典的编纂奠定了重要基础。《法经》六篇为秦、汉直接继承，成为秦、汉律的主要篇目。

### 三、商鞅变法

#### 1、改法为律

商鞅（约前 390—前 338 年）以李悝的《法经》为基础，在秦国进行法律变革，并将法典的名称由“法”改称为“律”，史称“改法为律”。实际上，在商鞅改法为律之前，律的形式已经出现。一般认为，“法”是春秋中后期法律规范的重要形式，由夏商西周时期的“刑”发展而来。取“平之如水”之意的“法”（古体为“灋”）取代“有差等”之“刑”，使法律的公平、正义之意涵得到强调，而其杀戮、威吓之意消减，乃为历史的进步。随着法律制度的不断发展和法制建设经验的进一步积累，要求把法律的普遍性、公开性和强制性提到更高的位置，因此有商鞅“改法为律”。“律”的字义为“均布也”，具有稳定、恒常、整齐划一之意。

#### 2、连坐法

商鞅在变法中颁布连坐法。所谓连坐，即因一人犯罪牵连其亲属、邻里、同伍以及其他与之有联系的人，使他们一起承担罪责的刑罚制度。秦法的连坐范围很广，有同居连坐、邻伍连坐、军伍连坐、职务连坐等，并鼓励互相纠举，奖励告奸，告奸者受赏，不告奸者腰斩，匿奸者与降敌同罪。连坐制度在最大限度内把各种危害国家的隐患消灭在萌芽状态，对于维护社会秩序，保障政权的稳定有重要作用；但也容易激化矛盾，造成潜在的危险，充分体现了法家重刑主义的严苛性。

#### 3、分户令

为了鼓励发展小农经济，扩大户赋的来源，商鞅还颁布了《分户令》，规定“民有二男以上不分异者，倍其赋”，以改变秦国父子无别，同室而居的旧习俗；强制百姓分家立户，还能够增加国家的财政收入。

**注意：商鞅还颁布《军爵令》，奖励战功，增强国力。**

#### 4、变法的历史意义

商鞅变法是战国时期影响最大、效果最为突出的社会变革，在深度和广度上都超过了其他诸侯国的改革。变法在政治、经济和法律制度等方面推行全面改革，使秦国从一个西疆小国发展成为国力强盛、制度先进的大国，为灭六国、统一天下奠定了坚实的基础。正如史学家所言：“商鞅相孝公，为秦开帝业。”商鞅通过改法为律，使得秦律成为秦国的主要法典，其内容比较系统、完整，适用范围较为广泛，并且保持相对稳定。从此以后，律成为中国历朝历代的主要法律形式。

## 第三章 秦汉三国两晋南北朝法律制度

### 第一节 秦朝法律制度

#### 一、立法概况

##### 1、立法指导思想：“缘法而治”，“法令由一统”，严刑重法

法家的法治理论，尤其是**韩非子法、术、势**相结合的思想，对秦朝的政权建设和法制活动影响极大。秦朝的立法指导思想大致可概括为：**其一，“缘法而治”**。强调以君主为至高无上的权威，以法律作为判断是非曲直、决定行止赏罚的唯一标准，主张君主依据法律治理国家，“**作制明法**”“**建定法度**”“**皆有法式**”，反对礼治原则。反对礼治原则。**其二，“法令由一统”**。全国实行统一的法律令，“海内为郡县，法令由一编”，并且“法令出于一”，立法权掌握于君主。**“以法为教”，“以吏为师”**。**其三，严刑重法**。秦朝推行“专任刑罚”的政策，使“法令诛罚，日益深刻”，通过“深督轻罪”使“民不敢犯”，达到巩固专制统治、“以刑去刑”的目的。

##### 2、主要法律形式：律，令，法律答问，《封诊式》，廷行事

**第一，律**。律是秦朝法律的主体，是通过正式立法程序制定、颁布、实施的法律条文，具有稳定性、规范性与普遍适用性。

**第二，令**。令是皇帝针对某些具体事项临时发布的命令，具有最高的法律效力。自始皇二十六年改命为制，改令为诏起，“制”“诏”成为正式的法律形式。

**第三，法律答问**。是对法律条文、术语、律义作出的具有法律效力的解释，因采用答问的形式，故称为“法律答问”。

**第四，封诊式**。是司法机关有关审判原则、治狱程式以及对案件进行调查、勘验、审讯、查封等方面的法律规定和文书程式。

**第五，廷行事**。是**最高**司法机关判案的成例（判例），在司法实践中可以作为同类案件判决的依据。睡虎地云梦秦简《法律答问》中有12处提到“廷行事”，说明其已成为律文见外可援引的成例。

**注意：**秦朝的法律形式还包括课、程等。

##### 3、云梦秦简

1975年12月，湖北省云梦县睡虎地秦墓葬中出土了1155支竹简，称为“云梦秦简”，其中载有大量秦的法律，主要包括：**律、法律答问、封诊式、为吏之道等**。律包括《秦律十八种》《效律》和《秦律杂抄》，涉及的内容非常广泛，所见律名主要有：《田律》《厩苑律》《仓律》

《金布律》《关市律》《工律》《工人程》《均工律》《徭律》《司空律》《军爵律》《置吏律》《效律》《传食律》《行书律》《内史杂》《尉杂律》《除吏律》《除弟子律》《牛羊课》《傅律》《戍律》《捕盗律》等近 30 种。《为吏之道》规定的是官吏应遵循的为官准则和要求。

睡虎地云梦秦简的发现，使得战国末年至秦始皇统一后的法制基本得到了再现。除睡虎地秦简外，湖南出土的里耶秦简和岳麓书院藏秦简等，也有较为丰富的法律内容。

## 二、刑事立法

### 1、定罪量刑的主要原则

**第一，以身高为刑事责任标准。**秦律规定，未成年者犯罪，不负刑事责任或减轻刑事处罚。秦简《法律答问》记载：“甲小未盈六尺，有马一匹自牧之，今马为人败，食人稼一石，问当论不当？不当论及偿稼。”又：“甲盗牛，盗牛时高六尺，系一岁，复丈，高六尺七寸，问甲何论？当完城旦。”确立以身高为承担刑事责任的标准。参以秦简《仓律》：“隶臣、城旦高不盈六尺五寸，隶妾、舂不盈六尺二寸，皆为小。”即男六尺五寸、女六尺二寸（秦时尺寸比现在小，六尺约合现今 1.38 米）为成年人。达到此身高者开始负刑事责任，否则不负刑事责任。

**第二，区分故意与过失。**秦律重视故意犯罪与过失犯罪的区别，故意称为“端”，过失称“不端”。故意犯罪处刑从重，过失犯罪处刑从轻。

**第三，盗窃按赃值定罪。**对于侵犯财产的盗窃罪，根据不同等级的赃值分别定罪，赃值少的定罪轻，赃值多的定罪重。

**第四，共同犯罪加重处罚。**即在侵犯财产罪的处罚方面，两人或两人以上实施的犯罪较个体犯罪加重量刑，五人以上的共犯为重大犯罪。

**第五，累犯和教唆犯罪加重处罚。**犯罪被处刑后再犯罪以及教唆未成年人犯罪者，加重处罚。

**第六，自首减轻处罚。**秦律区分“自出”“自告”与“得（捕获）”。自首从轻。如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。隶臣妾在服刑期间逃亡后又自首，仅笞五十，补足服役期限。若犯罪后能主动消除犯罪后果，可减免处罚。

**第七，诬告反坐。**故意捏造事实诬告他人者，使无罪者入罪，轻罪者入于重罪，即构成诬告罪，按所诬罪名相应的刑罚，对诬告者处罚。

**第八，连坐原则。**秦朝廷续商鞅时期的连坐制度，未实施犯罪行为，但因与犯罪者有某种关系而受牵连入罪者，极为普遍。

### 2、主要刑名

**第一，死刑。**秦朝死刑的种类很多，常用者有戮、磔 zhé、腰斩、车裂、枭首、弃市、凿



颠、抽肋、镬烹、囊扑、定杀等，体现出死刑执行的残酷性和随意性。

第二，肉刑。包括墨（黥）、劓、斩左右趾（刖）、宫刑等。通常肉刑与劳役刑并用。

第三，作刑。即后世的徒刑，是在一定时期内对罪犯限制人身自由，并强制无偿劳役之刑。秦朝将大量的徒刑用于军事设施和土木工程兴造。作刑主要包括：**城旦舂、鬼薪白粲、隶臣妾、司寇、候**，等等，并附加肉刑和髡、耐，分为不同的等级。一般认为，秦的作刑尚没有关于刑期的系统规定。

第四，财产刑。即对于某些犯罪强制罪犯交纳一定数量的财产，以示惩罚。秦涉及财产处罚的刑罚有赀刑和赎刑。赀刑以财罚为主，也有与财产相关的力役罚，使用范围广泛，对轻微犯罪者实行赀甲、赀盾、赀徭等。赎刑是缴纳一定数量的赎金或提供一定期限的劳役以替代判定的刑罚。秦律规定的赎刑种类很多，从赎耐、赎黥、赎宫到赎死等分不同等级。无钱赎罪者可以劳役折抵。

第五，耻辱刑。秦朝规定有髡（剃去犯人头发）、耐（剃去犯人胡须）等耻辱刑。耻辱刑乃基于古人“身体发肤，受之父母，不可轻弃”的观念，既亏其体，又辱其人。耻辱刑多作为徒刑的附加刑使用，如秦简中的“髡钳城旦舂”“耐为鬼薪”，不附髡、耐者称为“完”（保全之意），如“完为城旦”。

第六，其他刑。如适用于官吏轻微犯罪的废、谿、免及收（籍没）、迁等刑罚。

### 3、主要罪名

秦朝法律规定的犯罪种类很多，常见的除谋反、盗贼犯罪和不敬皇帝等罪外，还有诽谤与妖言、以古非今、妄言、非所宜言、投书等惩治思想言论的犯罪，反映了专制主义法律的特征。此外，还规定有**盗徙封罪**，即惩治偷偷移动田界标志企图侵占他人田产的犯罪。**秦律规定：“盗徙封，赎耐。”【23 新增】**

## 三、经济立法

### 1、农业管理与自然资源保护立法

秦朝继续推行商鞅变法以来的重农政策，注重发展农业和畜牧业生产，注重督课各级官吏加强农田水利管理、农产品种子管理、自然灾害报告、畜牧业管理、劳动力的控制与考课，以便有效地促进农业生产和管理。秦朝还十分注意协调和保护生态环境，采取周密的管理措施，通过颁布法令合理利用和保护自然资源，如规定山林、矿山、湖泊、水流及其附着物等自然资源属于国有，受到法律保护；每年春二月，不准砍林伐木；不准堵塞水道；不到夏季，不得烧草积肥；不准采摘刚发芽的植物；不准提取幼兽、幼鸟，等等。禁令至七月才解除。

### 2、官营手工业管理立法

秦朝制定了诸如《工律》《均工律》《工人程》等法规，对手工业特别是官营手工业进行严格管理。如规定产品的规格与标准；建立生产责任制和产品检查评比制度；规定工人的劳动定额、培训指导、奖惩标准和劳动力调配等。

### 3、市场与货币管理立法

为了保护合法的商品交换，维护正常的市场贸易秩序，秦朝很重视运用法律手段加强市场与货币管理，对诸如商品价格、货币流通、度量衡管理、外贸管制等均有细密的法律规定。

## 四、司法制度

### 1、中央司法机关

皇帝掌握着最高司法审判权，重大案件往往由皇帝亲自审判和裁决。**廷尉**位于“九卿”之列，是中央司法机关，负责审理地方的上诉案件和郡县不能决断的疑难案件，同时也负责审理皇帝交办的“诏狱”。

**注意：**“三公”之一的御史大夫也有重大案件的司法审判权。

### 2、诉讼程序

秦的起诉方式分为两种：**一是当事人或亲属的告发，二是官吏的纠举**。对于重大案件，受害人亲属、邻里皆有主动告发之义务，“知奸不举”者要连坐。秦朝把杀伤人、偷盗（“贼杀伤、盗他人”）等危害统治秩序的犯罪，列为严惩对象，这类诉讼称为“公室告”，官府必须受理；把“子盗父母，父母擅杀、刑、髡子及奴妾”等家庭成员内部的案件，称为“非公室告”，“非公室告”案件不得告发，官府也不得受理。若控告人坚持控告，官府会对控告者治罪。控告的内容若不实，控告者又以他事控告，官府不仅不受理，还要追究其罪责，以防止诬告。

### 3、审判制度

秦朝把讯问被告称为“讯狱”，审断定罪称为“治狱”。为取得口供，允许司法官吏使用刑讯手段，但不提倡刑讯。审讯效果分为“上”“下”“败”三类，上，即能据供查证，弄清事实；下，为动刑后查清案情；败，指采用恐吓手段审讯却没有查清案情。秦朝在审判中也重视收集证人证言和物证，尤其重视现场勘验和司法鉴定。调查或勘验的笔录称为“爰书”，必要还可以查封财产，称为“封守”。司法官作出判决后要向被告宣读，称为“读鞫”，宣读后若当事人不服，可以申请再审，称为“乞鞫”。乞鞫也可由家人代为。

**注意：**秦律明确规定了司法官的办案责任，错案必究，凡故意重罪轻判或轻罪重判的，属“不直”；故意减轻犯罪情节或应论而不论者，属“纵囚”；过失导致处刑不当、失其轻重的，属“失刑”，凡此种司法官都要承担相应的法律责任。

## 第二节 汉朝法律制度

### 一、立法概况

#### 1、立法指导思想：汉初黄老思想与“约法省刑”

汉初兴盛黄老学说，这既是长期战乱之后经济凋敝的客观条件所决定的，又是统治者总结秦亡教训、探索治国之道的结果。汉初通过批判秦的“专任刑罚”“重刑轻罪”，确立了黄老的无为而治为指导思想，具体体现为“轻徭薄赋”和“约法省刑”。轻徭薄赋旨在休养生息，约法省刑旨在纠正秦法繁苛。在黄老思想指导下，汉高祖减轻税负，规定田赋十五而税一，汉景帝又减为三十而税一。省刑方面，刘邦入咸阳曾“约法三章”，宣布废除秦朝苛法；汉惠帝除《挟 jiā 书律》【非法藏书】；高后（吕后）“除三族罪、妖言令”；文帝、景帝废肉刑，进行刑制改革。汉初推行无为而治取得了生产发展、政权稳定的显著成效。

#### 2、汉武帝时“德主刑辅”与正统法律思想的确立

经过休养生息，汉武帝时国家已经具备雄厚的物质基础。为了实现大一统的治世理想，汉武帝决心改消极姑息的“无为而治”为积极进取的“有为而治”，采纳董仲舒“罢黜百家”“独尊儒术”的主张，将儒家思想定为至尊。董仲舒的学说以先秦儒家思想为主体，吸收了阴阳、法、道等诸说而建构完成，实现了儒法的合流。经过董仲舒的理论阐释和附会，“君为臣纲，父为子纲，夫为妻纲”之“三纲”成为法律制度的核心和宗旨，其中尤其鼓吹“君权神授”，强调君主集权。他以“天人感应”的国家法律观和“大一统”的秩序模式，系统地阐述了“礼法并用”“德主刑辅”的立法指导思想。“德主刑辅”纠正了秦朝专任刑罚的偏失，以儒家的德礼教化和法家的刑罚惩治相结合，更有利于维护王朝的长治久安。这一思想是对以往法制经验的总结，并为后世王朝所沿袭和发展，从而确立了传统中国正统的法律思想。

#### 3、主要立法：“约法三章”，《九章律》与“汉律六十篇”

刘邦攻占咸阳后，曾以废除秦朝苛法为号召，与关中父老“约法三章”：杀人者死，伤人及盗抵罪，悉除去秦法。“约法三章”既是西汉立法之开端，也对刘邦争取民心、赢得楚汉战争的胜利继而夺取全国政权起到重要作用。

汉朝建立后，高祖深感“三章之法不足以御奸”，故令丞相萧何参照秦法，“取其宜于时者，作律九章”，即所谓《九章律》。《九章律》共9篇，在秦律《盗律》《贼律》《囚律》《捕律》《杂律》《具律》6篇基础上，增加《户律》（规定户籍、田赋、婚姻之事）、《兴律》（规定征发徭役、城防守备之事）、《厩律》（规定牛马蓄养和驿传之事）3篇而成。《九章律》是两汉的基本法律。

《晋书·刑法志》还引《魏律序略》称九章律因秦《法经》就增三篇，而《具律》不移，因在

## 第六。罪条例既不在始，又不在终，非篇章之义。”

此外，还有叔孙通制定的有关朝廷礼仪的《傍章律》18篇；武帝时张汤制定的《越宫律》27篇，规范宫廷侍卫诸方面事项；赵禹制定的《朝律》6篇，明定朝贺制度。以上四部律合为汉律60篇，构成汉律的基本框架。

### 4、法律形式：律、令、科、比

两汉时期，以律、令、科、比为主要法律形式。律是汉代的基本法律形式，包括以刑事规范为主的具有普遍性和稳定性的成文法，如前述汉律60篇以及《左官律》《酎金律》《上计律》等大量单行法律。

令是皇帝随时发布的诏令或由臣下提出经皇帝批准的立法建议，涉及面广，法律效力高于律，是汉朝重要的法律形式。令可以对律起到增补和修改的作用。由于诏令的发布往往比较任意，其数量不断增多。武帝时廷尉杜周说：“前主所是著为律，后主所是疏为令。”表明律和令都是君主意志的体现。

科从“课”发展而来，是律以外规定犯罪与刑罚以及行政管理方面的单行法规，也称“事条”“科条”。至东汉，大量种类繁多的科条，造成“科条无限”的混乱局面。

比又称决事比，是指在律无正条时比照援引典型判例作为裁断案件的依据。**战国秦有“廷行事”。《礼记·王制》郑玄注云：“已行故事曰比。”《周礼·秋官·大司寇》贾公彦疏：“若今律，其有断事，皆依旧事断之。其无条，取比类以决之，故云‘决事比’也。”两汉具备法律效力的“比”，其种类有“死罪决事比”“辞讼比”“廷尉决事比”“春秋决事比”等。【24新增】**

由于比具有灵活性和针对性，故被广泛应用，至汉武帝时仅“死罪决事比”即达一万三千余条。由于比的方便与灵活，数量极多又缺乏严格的整理统一，以致“罪同论异”，奸猾之吏于是上下其手，“所欲活则傅生议，所欲陷则予死比”。

## 二、刑事立法

### 1、文景时期的刑制改革

汉文帝时期约法省刑政策的推行，使经济持续发展，社会稳定，为改革刑制提供了基本条件。促成汉文帝进行刑制改革的直接原因是缇萦上书。文帝十三年（公元前167年）下令除肉刑，把黥刑（墨刑）改为髡钳城旦舂，改劓刑为笞刑三百，改斩左趾为笞刑五百，改斩右趾为弃市刑，意在从法律上废除肉刑，减轻刑罚的残酷程度。但在司法实践中弊端很多：一是扩大了死刑范围，如斩右趾改为弃市死刑；二是出现变相死刑，劓刑、斩左趾因笞数太多，受刑者难保性命，造成“外有轻刑之名，内实杀人”的后果。景帝在文帝改革的基础上进一步改革，其一，两次减少笞刑数目：第一次，将笞三百改为笞二百，笞五百改为笞三百。第二次，又分

别减笞三百为二百，笞二百为一百。其二，颁定《箠令》，规定笞杖规格、受刑部位以及行刑不得中途换人等。

文景时期的刑制改革顺应了历史发展，使以肉刑为主的刑制摆脱了原始形态，刑罚的残酷程度大为减轻，刑罚制度趋于规范，为后世五刑体系的建立奠定了基础。

经过刑制改革，汉代的刑罚种类大体上包括：死刑（执行方法主要是殊死，即斩首、梟首、腰斩和弃市）、肉刑（主要是宫刑和东汉初恢复的斩右趾）、笞刑、徒刑、徙边、禁锢（终身不得为官）、赎刑、罚金等。此外，还增设“女徒顾山”，属于赎刑的范围，即允许被判徒刑的女犯回家，但需每月缴纳官府三百钱，由官府雇人上山砍伐木材或从事其他劳作，以代替女犯的劳役刑。

## 2、刑罚适用原则：上请，“亲亲得相首匿”

上请和“亲亲得相首匿”是汉朝刑罚适用的两项重要原则。所谓“上请”，又称“先请”，是指对于一定范围内的官僚贵族及其子孙犯罪，司法机关不得擅自裁判处理，而须奏请皇帝裁决的制度。通常皇帝会给予官僚贵族以减免刑罚的优待。《汉书·高帝纪》载高帝七年（前200年）令：“郎中有罪耐以上，请之。”后来享有上请之特权者的范围不断扩大，买爵三十级者也可免死。《后汉书·光武帝纪》：“吏不满六百石，下至墨绶长、相，有罪先请。”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，都要被免官直至追究刑事责任。

“亲亲得相首匿”原则源于孔子“父为子隐，子为父隐，直在其中”的思想。首匿指隐匿窝藏罪犯的首谋者，汉武帝时曾颁布“重首匿之科”。汉宣帝时有诏令规定，直系三代血亲之间和夫妻之间，除犯谋反、大逆以外的罪行，均可因互相隐匿犯罪行为而免于刑罚。汉宣帝时明确规定：子女隐匿父母，妻子隐匿丈夫，孙子隐匿祖父母的罪行，皆不追究刑事责任；父母隐匿子女，丈夫隐匿妻子，祖父母隐匿孙子罪行的，一般犯罪不追究刑事责任；如果所隐匿罪为死罪，则上请廷尉，由其决定是否追究首匿者的罪责。

汉朝还继承了西周以来的矜老恤幼原则，对老人、孩童、妇女、残疾人等生理上之弱势群体在定罪量刑上给予特殊宽宥。

## 3、主要罪名

**第一，危害中央集权制的犯罪。**其一，阿党附益：诸侯国的官吏与诸侯王结党，知其犯罪不举奏为“阿党”；朝廷大臣交通诸侯，助其获得非法利益构成“附益”。其二，左官：朝廷官员“舍天子而仕诸侯”即为左官，其行动受到诸多限制。其三，非正：非嫡系子孙继承爵位，依律免为庶人。其四，出界：诸侯王擅自越出封国疆界者，轻者免为庶人或耐为司寇，重者诛杀。其五，逾制（僭越）：诸侯百官在器用、服饰、乘舆、仪仗、用语等方面逾越规制。其六，

漏泄省中语：泄露朝廷机密事宜。其七，耐金不如法：帝王耐祭时诸侯所献贡金的成色不符合标准。其八，事国人过员：诸侯王在王国内滥征人力，扩张势力者，免爵。

**第二，危害君主专制的犯罪。**其一，欺谩、诋欺、诬罔：对皇帝不忠、欺骗、轻慢、毁辱和诬蔑等行为。其二，废格诏书：官吏不执行皇帝的诏令。其三，怨望诽谤：因怨恨不满而诽谤朝政。其四，左道：以邪道巫术诅咒皇帝、蛊惑民众者，依律处死刑。其五，矫制：官吏诈称皇帝诏命者，轻者免官，重者腰斩。视后果轻重分为“大害”“害”“不害”三种。

**第三，危害皇帝尊严和安全的犯罪。**其一，不敬、大不敬罪：对皇帝及其先祖、皇帝使用的器物、牲畜等有轻蔑失礼的行为。其二，阑入与失阑罪：前者指无凭证擅自闯入宫殿，后者指警卫人员失职致使他人无证入宫。

**第四，危害国家政权的犯罪。**其一，蔽匿盗贼：指地方官吏隐瞒盗贼消息不上报朝廷的行为。武帝时制定《沈命法》，规定：“群盗起不发觉，发觉而弗捕满品者，二千石以下至小吏主者皆死”“敢蔽匿盗贼者，没其命也”。其二，见知故纵：汉代对不检举揭发犯罪活动的官吏所定的罪名。武帝时“作见知故纵、监临部主之法”。师古注曰：“见知人犯法不举告为故纵，而所监临部主有罪并连坐也”。即发现有人犯罪必须举报，否则即为故纵；上级官员对所辖主管官吏的违法行为，应及时纠举，否则应处连坐。汉昭帝时，“廷尉李种坐‘故纵’死罪，弃市”。【23 新增】其三，群饮酒：三人以上无故群饮，罚金四两。其四，通行饮食：为盗贼提供饮食，传递情报，充当向导者，罪至大辟。

此外，汉代沿用秦朝的诽谤妖言、非所宜言等罪，在惩治思想言论犯罪方面有所发展。比较典型的是腹诽罪。大司农颜异在别人谈及国政时，未答，仅“微反唇”，即被御史大夫张汤以“见令不便，不人言而腹诽，论死，自是之后有腹诽之法（比），而公卿大夫多谄谀取容矣”。

### 三、经济立法

#### 1、盐铁酒专卖

汉武帝时为了增加财政收入，将盐、铁、酒等有关人民生计的产品由国家专营，制定法律严禁私人生产和销售，称为“禁榷”。**酒类专卖又称榷酤，中央设太官，地方设榷酤官，组织酒类生产。**统一经销，利润归政府所有。昭帝时改酒的专卖为课税，卖酒者自行如实申报，税率每升四钱。王莽时又恢复专卖制。两汉时期国家对敢与朝廷争利的商人给予严厉打击，“敢私铸铁器、煮盐者，钛左趾，没入其器物”。

#### 2、抑商政策

汉承秦制，坚持“重农抑商”政策，限制商人经营采矿冶铁、近海煮盐，对其实行人格歧视，并加重其赋税。汉朝推行的抑商政策体现为：不许商人穿丝衣乘车马；不许商人购买土地，

土地和奴婢超限者没入官府；不许商人及其子孙去官府做官；对商人多征收一倍于民的算赋；谪发商人到边远地方戍守等。汉武帝时颁布《告缗令》，向商人征收苛重的财产税，并鼓励告发不如实申报财产、不按令纳税的商人。《告缗令》的推行，使中产以上的商人之家基本破产。抑商政策使汉朝商业发展受到很大影响。

### 3、对外贸易立法

汉朝对外贸易活动比较活跃，著名的“丝绸之路”就是在武帝时期开辟的。汉政府重视通过立法手段开展和管理对外贸易活动。一方面通过互市缓和与匈奴的矛盾，规定参与互市的私商须持有政府发放的符传，但不准以违禁物品如铁、兵器、马匹、铜钱等与匈奴互市。另一方面在同西域和中亚各国的贸易中则采取种种优惠政策，不但没有通商物品种类和数量的限制，反而给予外商十分优厚的礼遇，为汉以后历代王朝发展与西域各民族和邻近国家的友好往来奠定了良好基础。

## 四、行政立法

### 1、皇帝制度

汉朝皇帝制度在因袭秦制的基础上进一步发展，皇权得到加强，并越来越神秘化、法律化。以董仲舒为代表的儒家学者极力鼓吹“君权神授”，认为皇帝是沟通天地与人的中介，受命于天而掌握生杀予夺之大权，皇帝被说成是上天在人间的代表，皇权披上了神的外衣，显示其神圣不可侵犯性。蔡邕《独断》：“汉天子正号曰皇帝，自称曰朕，臣民称之为陛下，其言曰制诏，史官记事曰上，车马衣服器械百物曰乘舆，所在曰行在，所居曰禁中，印曰玺，所至曰幸，所进曰御。其命令一曰策书，二曰制书，三曰诏书，四曰戒书。”

### 2、中枢与地方行政机构

汉初沿袭秦制，中央机构的主要官吏为“三公九卿”。三公，即丞相、太尉和御史大夫。丞相的职责是辅佐皇帝，总理百政；太尉为最高武官；御史大夫则为监察官之首。丞相之下设九卿，即太常、光禄勋、卫尉、太仆、廷尉、宗正、大鸿胪、大司农、少府，分管各项政务。

西汉中期，武帝为加强皇权，分散和削弱了相权，将丞相改为大司徒，掌管民政、财政和教育；太尉改为大司马，仍掌管军事；御史大夫改为大司空，掌管土木营造。新的三公互不统属，直属于皇帝。九卿也由丞相统辖改为由三公分管。“分职授政，以考功效”，便于发挥政权组织的统治效能，是汉朝政权机构不断完善的标志。随着西汉后期集权制的发展，皇帝侍从机构开始参政，原来只在内廷掌管图书、秘籍、奏章的尚书等中朝官，逐渐被皇帝委以处理军国大事的职权，有时更予宦官以“中书令”之称号，使之与闻国政。至东汉初，尚书台的组织和职权进一步扩大，成为“出纳王命，敷奏万机”的国家中枢机构，三公的职权显著削弱。尚书

台的建立和完善是古代行政管理体制的重要发展。

汉代的地方行政机构设置与秦有所不同，汉初分封诸王，形成郡县和王国、侯国并存的局面。但是封国拥兵自重，对中央政权形成了严重威胁，自高祖、文帝、景帝至武帝，不得不采取多重手段进行削藩。**西汉的地方政权为郡、县两级，县以下设乡、里、亭。**东汉末期，西汉武帝时设置的监察区“州”，逐渐演变为地方一级独立的行政机关，**从而形成州、郡、县三级的地方政权机构。**

### 3、官吏管理制度

汉代选拔和任用官吏以**荐举和考试**为主要方法，具体包括：

**第一，察举。**察举是郡国地方官自下而上向朝廷推荐本地人才为官的制度，是汉代最主要的选拔方式。察举制度始于西汉而盛于东汉，由皇帝下诏责成中央和地方各级长官每年向朝廷推荐贤能之士为官。被举荐人的条件和选拔科目，往往因时因事的需要而定。主要有“孝廉”“秀才”“贤良方正”“孝梯力田”“明经”“明法”“文学”等。

**第二，征召。**征召有两种：一是皇帝诏令各郡推举“贤良方正能直言极谏者”，经过皇帝对策（面试）后任用为官，称为诏举，也叫“举贤良文学”；另一种是皇帝特诏征用有特殊才能或德高望重之士，这是选拔特殊人才任官的制度，由皇帝派遣专使以特诏聘书“辟书”聘请。

**第三，辟举。**也称辟除，是高级主管官吏或地方郡守以上官吏对其辖内有名望和才德之士，向中央举荐或自选为属吏的制度。注意：征召和辟举合称“征辟”，皆为自上而下直接选拔官吏的制度。

**第四，任子。**即高级官吏可以保任其子弟为官。一般两千石以上官吏，任满三年可保举子孙宗室一人为郎。

**第五，太学补官。**汉武帝以后中央设立太学，招收贤俊好学子弟学习儒家经典，经考试成绩优良者，可以补官。

汉代对选拔任用官吏有身份的限制，如商人子弟、赘婿以及因贪赃被免官者不得为官，宗室子弟不得任公位高官。在官吏选任中还实行回避制度，为此制定“**三互法**”，规定“婚姻之家及两州人士，不得对相监临（即交互为官）”。国家对于在官吏荐举中弄虚作假、朋比为奸者，严厉治罪。

两汉时期重视对官吏政绩的考课。一般官吏主要根据法律考核其所任职务的完成情况。对地方郡国守相和县令的考核，仍沿秦制，通过上计的方式进行考课。汉《上计律》规定，年终由郡国上计史携带上计簿到京师上计，汇报工作。上计的范围包括户口、赋税、盗贼、狱讼、农桑、灾害、道议等，根据政绩的殿最决定迁降赏罚。



随着官僚制的发展产生了官吏的休假和退休制度。对有功之臣给予省亲的假期，对有病官吏令其回家养病。退休称为致仕，汉时致仕的年龄为 70 岁，退休后的待遇，一般是给予一次性的较高赏赐，以示养老尊贤。

#### 4、监察制度

汉朝从中央到地方建立了一套自成系统的监察组织。**中央设御史台，为最高监察机关。**长官为御史大夫，职掌全国的最高监察权，下设御史中丞和侍御史等属官。地方监察机关主要是在京师设的**司隶校尉和各州（部）刺史**。司隶校尉可纠举包括丞相在内的百官，并可直接弹劾三公。

**注意：东汉时期，司隶校尉在皇帝面前与尚书令、御史中丞均专席独坐，被称为“三独坐”。**

汉武帝时为了强化中央集权，把全国分为 13 个监察区，每区派出刺史 1 人。刺史在御史中丞的领导之下，依照《六条问事》行使监察权。到西汉末年，刺史的实际权限已超出六条的范围，直接干预地方行政事务。

**《六条问事》**是对所属郡、国进行监督的标准，内容是：“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，背公向私，旁诏守吏，侵渔百姓，聚敛为奸。三条，二千石不恤疑狱，风厉杀人，怒则任刑，喜则淫赏，烦扰刻暴，剥截黎元，为百姓所疾，山崩石裂，祲祥讹言。四条，二千石选署不平，苟阿所爱，蔽贤宠顽。五条，二千石恃怙荣势，请托所监。六条，二千石违公下比，阿附豪强，通行货贿，割损正令也。”其中，**一条规定监察强宗豪右，五条规定监察郡国守相。**

**注意：除《六条问事》外，汉初惠帝时也曾颁行监察法规《监御史九条》。**

#### 五、司法制度

##### 1、诉讼与审判

**汉朝起诉叫作告劾：**告（告诉）指当事人或其亲属直接到官府控告，类似今天的自诉；劾（举劾）指官吏代表国家纠举犯罪，类似于现代诉讼中的“公诉”。汉朝规定应按照司法管辖逐级告劾，严禁越诉，除非有冤狱才得越级上书皇帝。根据“亲亲得相首匿”的原则，除大逆、谋反之外，一般不准卑幼亲属告发尊长，否则以不孝罪处刑。严禁诬告，诬告者实行反坐。汉律还规定治安官吏负有纠举犯罪的责任，“见知而故不举劾，各与同罪；失不举劾，各以赎论”。

对被告的审讯，称“鞫狱”，沿用西周以来的五听之法。被告的口供即所谓“辞服”，是定罪量刑的主要依据，为了获取口供，审讯中可以使用刑讯。经过审判的各项程序，事无可疑后，法官可依据律令作出判决，并向被告及其亲属宣读，称为“读鞫”。如果被告及其亲属不服，允许其申请重审，称为“乞鞫”，乞鞫期限为三个月，期外不听。

汉代还建立了录囚制度，即由皇帝或上级司法机关通过对囚徒的复核审录，监督和检查下级司法机关的决狱情况，以平反冤案，疏理滞狱。西汉时州刺史“常以八月巡行所部郡国，录囚徒”。东汉光武帝也曾亲录囚徒。录囚之制对平反冤狱，改善狱政，监督司法及统一法律适用具有积极作用。

## 2、春秋决狱

“春秋决狱”，也称“引经决狱”，是指以儒家经典（主要是公羊《春秋》）的精神和事例作为司法审判的根据，它是汉武帝确立“罢黜百家，独尊儒术”的必然产物。春秋决狱为董仲舒首倡。《后汉书·应劭传》载：“董仲舒老病致仕，朝廷每有政议，数遣廷尉张汤亲至陋巷，问其得失，于是作《春秋决狱》二百三十二事。”董仲舒在《春秋繁露·精华》中说：“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。”《盐铁论·刑德论》评价：“故《春秋》之治狱，论心定罪。志善而违于法者免，志恶而合于法者诛。”春秋决狱最重要的原则被认为是“论心定罪”，即以《春秋》之义去考察犯罪者的主观动机，再对案件作出裁决。但现存汉朝三十多个引经决狱的案例，无一例证明“志恶而合于法者诛”，可见“论心定罪”的结论比较绝对和武断。春秋决狱的原则，按照董仲舒的论述应该是“本事原志”，即春秋决狱，应兼顾事实和动机。但是，由于儒家经典教义不具有法的规范性和确定性，法吏又往往不谙晓儒术，于是在司法实践中常常任意比附，造成司法专断和腐败的局面。

春秋决狱始于西汉中期，沿用于魏晋南北朝，是特定历史条件下形成的一种特殊审判方式。除了对律学的推动和对审判原则的修正外，它还促进了法律儒家化的进程，开辟了引礼入法的通道。东汉后期律学兴起，学者以儒学思想注释《九章律》，称为“章句”，司法上也往往被引用断狱，影响极大。《晋书·刑法志》载：“叔孙宣、郭令卿、马融、郑玄诸儒章句十有余家，家数十万言。凡断罪所当由用者，合二万六千二百七十二条，七百七十三万二千二百余言。”

## 3、秋冬行刑

汉代死刑的执行采取秋冬行刑制度。除谋反大逆等“决不待时”者外，一般死刑犯须在秋天霜降以后、冬至以前执行。董仲舒的“天人感应”学说认为，春夏以阳为主，万物生长，不宜刑杀；秋冬以阴为主，万物凋零，宜施刑罚，清理狱讼。秋冬行刑理论渊源于西周，它把司法镇压与阴阳运行、四季变换联系起来，借助天的权威和实际生活感受来加强司法的严肃性。汉朝将秋冬行刑制度化，在客观上有利于农业生产与社会秩序的稳定，又标榜了德政慎罚，故为后世法律所继承。

## 第三节 三国两晋南北朝法律制度

### 一、立法概况

#### 1、曹魏律（《新律》）

三国时期最具代表性的立法是魏国明帝于太和三年（229年）制定的《新律》，又称《魏律》，后人称为《曹魏律》。此外蜀国制有《蜀科》。《曹魏律》在继承汉律的基础上进行了较大的改革：第一，删繁就简，增加篇目至18篇，扩充了法典的内容，又删削了条文；第二，将《法经》中的《具法》改为《刑名》，置于律首，突出了法典总则的性质和地位；第三，“八议”入律，使礼与律进一步融合；第四，改革刑罚，使刑罚制度进一步规范化。

#### 2、晋律（《泰始律》）

**曹魏末年，晋王司马昭即命贾充、羊祜、杜预、裴楷等人以汉、魏律为基础修定律令。历时四年，至晋武帝司马炎泰始三年（267年）完成，次年晋武帝诏颁全国，共20篇。史称《泰始律》或《晋律》。**《泰始律》的主要成就在于：一是从刑名中分出《法例》篇，完善了刑律总则的内容；二是精简律令，律文和字数均较汉律大为精简；三是将律和令明确分开，“律以正罪名，令以存事制”，解决了汉以来律令混杂、矛盾的局面；四是增加律注，并与法典本文合为一体，律注与法条具有同等的法律效力；五是第一次将礼中的“服制”列入律典，作为定罪量刑的原则。

**注意：**《晋律》颁行之后经律学大家张斐、杜预作注，释文与律文具有同等的法律效力，史称《张杜律》。《泰始律》为南朝沿用，影响深远。

#### 3、北魏律

**北魏孝文帝太和年间（477-493年）颁行《北魏律》，共20篇。**《北魏律》根据汉律、参酌魏晋律，经过“综合比较、取精用宏”而制定，在刑名、罪名和刑罚原则诸方面皆有新的发展。其修纂集当时律典之大成，为隋唐律典之渊源。

#### 4、麟趾格

《麟趾格》是东魏政权制定的法典，因其议定于麟趾殿而得名。“格”源于汉代的“科”，北魏始以“格”代“科”，至东魏制定《麟趾格》，始为独立法典。隋唐时“格”成为重要的法律形式之一。

#### 5、大统式

“式”源于秦，秦简中有《封诊式》，汉代有“品式章程”。西魏编定《大统式》，成为历史上最早以“式”为形式的法典。隋唐时“式”也成为重要的法律形式之一。

## 6、北齐律

《北齐律》于武成帝河清三年（564年）完成，其特点为：形成12篇的法典体例；首创《名例律》的法典篇目；确立“重罪十条”，为后世之“十恶”所本；确立死、流、徒、**鞭**、杖五刑，为隋唐新五刑体系的最终建立奠定了基础。《北齐律》以“法令明审，科条简要”著称，在古代法典发展史上起着承前启后的重要作用，对隋唐立法尤具影响。

**注意：**程树德在《九朝律考》中指出：“自晋氏失驭，海内分裂，江左以清谈相尚，不崇名法。故其时中原律学，衰于南而盛于北。”总的来看，南北朝时北方律典兼容并蓄，日臻成熟，它克服了南朝律的繁芜，避免了北周律的刻意复古，注意了礼律并举，又在罪名和刑制上有所创新，因而为隋朝所取法。

## 7、律学

三国两晋南北朝时期是中国传统律学发展的重要阶段。汉代引经注律，章句众多，但并未摆脱对于经学的附庸地位。魏晋之际，律学开始从经学的束缚中解脱出来，发展成为独立的学科。研究的对象也不再仅仅是对古代法律的起源、本质与作用的一般论述，而是侧重于立法技术、法律运用、刑名原理、定罪量刑原则以及法律术语的规范化解释，律学研究趋于规范化、科学化。这一时期先后出现了一批著名的律学家，如陈群、刘劭、钟繇、张斐、杜预等。张斐著《律解》《汉晋律序注》，杜预著《律本》，贾充、杜预合著《刑法律本》，是这一时期律学成就的代表。

张斐晋律注称“律始于《刑名》者，所以定罪制也”；“《刑名》所以经略罪法之轻重，正加減之等差，明发众篇之多义，补其章条之不足，较举上下纲领”。这说明律学家对于《刑名》作为法典总则的性质、内容与地位，已经有了明确的认识和清晰的阐释。

张斐还对20个法律概念及其含义作了精要的表述：“其知而犯之谓之故，意以为然谓之失，违忠欺上谓之谩，背信藏巧谓之诈，亏礼废节谓之不敬，两讼相趣谓之斗，两和相害谓之戏，无变斩击谓之贼，不意误犯谓之过失，逆节绝理谓之不道，陵上僭贵谓之恶逆，将害未发谓之戕，唱首先言谓之造意，二人对议谓之谋，制众建计谓之率，不和谓之强，攻恶谓之略，三人谓之群，取非其物谓之盗，货财之利谓之赃。凡二十者，律义之较名也。”这些罪名概念的界定，基本符合各项罪名的主要构成要件，反映了犯罪学理论取得了较高水平，对后世注律产生了深远影响。

**注意：**晋代刘颂还提出，“律法断罪，皆当以法律令正文，若无正文，依附名例断之，其正文名例所不及，皆勿论”。这种援法断罪的思想，近于现代罪刑法定原则，为中国古代律学理论和法律思想的一大进步。

## 二、刑事立法

### 1、“准五服以制罪”

《晋律》首立“准五服以制罪”制度，是指亲属间的犯罪，据五等丧服所规定的亲等来定罪量刑。“五服”本是中国古代以丧服为标志确定亲属之间亲疏远近的制度。古代服制把亲属分为五等：斩衰、齐衰、大功、小功、缌麻。服制不仅确定婚姻、继承与赡养等关系，而且也是亲属相犯时施用刑罚轻重的原则。在刑法适用上，凡以尊犯卑，服制愈近，处罚愈轻，服制愈远，处罚愈重；凡以卑犯尊，服制愈近，处罚愈重；服制愈远，处罚愈轻。对于家庭（族）内的财产侵犯，则服制愈近，处罚愈轻，服制愈远，处罚愈重。“准五服以制罪”是法律儒家化的重要标志之一，使法律成为“峻礼教之防”的工具，其影响极为深远。

注意：北魏时还出现了存留养亲制度，亦称留养。《魏书·刑罚志》载：“诸犯死罪，若祖父母、父母年七十已上，无成人子孙，旁无期亲者，具状上请，流者鞭笞，留养其亲，终则从流，不在原赦之例。”这是古代法律家族化、伦常化的具体体现，也是服制影响法律的显著标志。

### 2、“八议”“官当”入律

“八议”是指贵族官僚中位高权重的八种人犯罪后，普通司法机构无权审理，须在大臣“议其所犯”后，由皇帝对其所犯罪行决定减免刑罚的制度。“八议”制度源于西周的“八辟之议”，曹魏时期正式入律。“八议”即议亲（皇亲国戚）、议故（皇帝故旧）、议贤（有大德行与影响的人）、议能（有大才能的人）、议功（有大功勋的人）、议贵（贵族官僚）、议勤（为国家勤劳服务的人）、议宾（前朝皇室宗亲）。自曹魏以后，“八议”遂成为古代法律的重要原则。

“官当”是指官员犯罪后，允许以官爵抵罪的制度。西晋时虽无官当之名，但已存在以官职抵罪之规定，如“除名比三岁刑”，“免比三岁刑”，即以削除官籍或免除官职折抵三年劳役刑。官当正式规定在《北魏律》与《陈律》中。《北魏律》规定：“五等列爵及在官品令从第五，以阶当刑二岁；免官者，三载之后听仕，降先阶一等。”南朝《陈律》的规定更为系统：如官吏犯罪应判四年至五年徒刑，准许当徒二年，余刑或者采取赎刑，或者服劳役；若判三年徒刑，亦许以官当徒二年，剩余一年可以赎。对官员犯罪区分公罪、私罪，并规定不同的处罚原则。“官当”制度的形成，表明特权法的进一步发展。

注意：魏晋南北朝时期士族豪门控制国家政权，门第家世受到格外重视，尊卑身份等级森严，贵族官僚犯罪受到法律庇护。【九品中正制】

### 3、“重罪十条”

“重罪十条”罪名正式确立于《北齐律》，是直接危害国家根本利益的十种重大犯罪的总称，包括反逆、大逆、叛、降、恶逆、不道、不敬、不孝、不义、内乱。“犯此十者，不在八

议论赎之限”。“重罪十条”将儒家纲常礼教内容引入刑律，促进了礼与法的结合。

#### 4、新五刑的初步形成

自汉文帝废除肉刑始，以肉刑为中心的五刑体系逐渐退出了历史舞台，而新的能够适应时代需要的刑罚体系也开始酝酿。曹魏恢复五刑之名，其刑罚体系为：“其死刑有三，髡刑有四，完刑、作刑各三，赎刑十一，罚金六，杂抵罪七，凡三十七名，以外律首。”晋代定律以死、徒、笞、罚金、赎刑当古之五刑，为南朝各国所沿用。北魏始定制以死、流、徒、鞭、杖为五刑，初步形成了以劳役刑为中心的五刑体系。北周五刑体系的排列改由轻递重，为杖、鞭、徒、流、死，又首创按道里远近划分流刑为五等的制度。北齐确立死、流、徒、鞭、杖五刑，为隋唐新五刑体系的最终建立奠定了基础。

**注意：新的五刑体系初步形成。三国两晋南北朝时期的刑罚制度日趋规范和文明：限制族刑，逐步缩小缘坐范围；肉刑日趋减少，并最终废除宫刑；酷刑的使用逐渐减少，死刑的执行方法逐渐集中为少数几种；定流刑为减死之刑，等等。**

### 三、司法制度

#### 1、中央司法机关的变化

魏晋的司法机构基本沿用汉制，中央司法机关仍为廷尉。北齐时将廷尉改为大理寺，以大理寺卿和少卿为正副长官，扩大了机构的编制。崇尚复古的北周曾将廷尉改称为秋官大司寇。此外，曹魏在廷尉之下设律博士，以教授法律、培养司法官吏为职责。三国两晋南北朝时期尚书台（省）内负责司法审判的机构有三公曹、二千石曹、都官曹、比部等，尚书台（省）的司法审判权力逐步扩大。

#### 2、登闻鼓直诉制度

诉讼制度的主要变化是上诉直诉制度的形成。西晋在朝堂外悬设登闻鼓，允许有重大枉屈者击鼓鸣冤，直诉于中央甚至皇帝。北魏以及南朝都有这项制度，后经改革一直沿用至清朝。上诉直诉制度加强了司法机关的内部检查监督，有利于发现和纠正冤假错案。

#### 3、死刑复奏制度

为了体现恤刑和加强皇帝对司法审判的控制，三国两晋南北朝时期确立了死刑复奏制，即死刑须报告朝廷，经皇帝批准方准执行。如曹魏明帝规定，除谋反、杀人罪外，其余死刑案件必须上奏皇帝。南朝宋武帝诏令：“其罪应重辟者，皆如旧先须上报，有司严加听察，犯者以杀人论。”北魏太武帝时也明确规定，各地死刑案件一律上报奏谳，由皇帝亲自过问，须无疑问或无冤屈时才可执行。死刑复奏制度的确立一方面标榜慎刑，另一方面也使皇帝更牢固地掌握最高审判权。

#### 4、刑讯制度

三国两晋南北朝时期的刑讯残酷，反映当时司法的腐败。如北魏以重枷、大杖逼供；南梁创立“测罚”，对不招供者断绝饮食，三日后才许进食少量的粥，循环使用；南陈设“测立之法”，对受审者先鞭打二十，笞捶三十，再迫其负枷械刑具，站立于顶部尖圆、仅容两足的一尺高之土垛上，折磨逼供。

## 第四章 隋唐宋法律制度

### 第一节 隋朝法律制度

#### 一、立法概况

##### 1、《开皇律》

隋朝文帝时制定的《开皇律》具有重要的历史价值。《开皇律》的主要成就表现在：确定12篇500条的法典篇目体例；确立新五刑制度；“十恶”重罪正式列入法典；通过“议、减、赎、当”制度，使贵族官僚的特权扩大化。《开皇律》是法制史上具有代表性的一部成文法典，在篇章体例和基本内容诸方面总结和发展了以往各朝代的立法经验，为唐律提供了直接的蓝本。

##### 2、《大业律》

隋炀帝修订《大业律》，改革隋文帝时的苛法酷刑。与《开皇律》相比，《大业律》体例由12篇增至18篇，内容上删除“十恶”条款，减轻某些犯罪的处刑。但该律不过是“欲袭制礼作乐之名，本无补敝救偏之意”，并未认真实施，反而“轻刑其名，酷刑其实”。

#### 二、《开皇律》的主要成就

##### 1、体例

《开皇律》以《北齐律》为基础，调整了篇目内容，确定了名例、卫禁、职制、户婚、厩库、擅兴、贼盗、斗讼、诈伪、杂律、捕亡、断狱，共12篇500条。《开皇律》标志着古代法典体例由繁到简过程的完成，显示了立法技术的进步与成熟。

##### 2、内容

《开皇律》删除了前代酷刑，刑罚定型为死、流、徒、杖、笞五刑。其中笞刑从笞十至笞五十，杖刑从杖六十至杖一百，各分五等；徒刑从一年至三年五等，各以半年相差；流刑从一千里至两千里三等，各以五百里相差；死刑为绞、斩两等。新五刑体系自此正式确立，并一直沿用至清末。

《开皇律》在北齐“重罪十条”的基础上正式确立了“十恶”罪名。“十恶”是指谋反、谋大逆、谋叛、恶逆、不道、大不敬、不孝、不睦、不义、内乱十种最严重的犯罪行为。

《开皇律》完善了“八议”和“官当”制度。“八议”是对亲、故、贤、能、功、贵、勤、宾八种人犯罪，须按特别程序认定，并依法减免处罚的制度。“官当”是指官员犯罪至徒刑、流刑者，可以官品高低折抵刑罚，并因所犯私罪、公罪有所区别的制度。“八议”和“官当”制度的完善，使古代特权法走向系统化和固定化。



### 3、历史影响

《开皇律》代表了隋朝立法的最高成就；其继承了秦汉以来的历代立法经验，删繁就简，补充完善，为唐代立法奠定了基础；《开皇律》的篇目、体例、概念术语及具体制度变革内容多为唐代立法继承，成为后世立法的模板。

## 第二节 唐朝法律制度

### 一、立法概况

#### 1、立法指导思想：“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”

唐初统治者“动静必思隋氏，以为殷鉴”。他们认识到“为君之道，必先存百姓”的道理，确定了“安人宁国”的总方针。同时统治者十分重视法律和制度的创制，并对立法指导思想进行了深刻反思。《唐律疏议·名例》明确提出：“德礼为政教之本，刑罚为政教之用，犹昏晓阳秋相须而成者也。”集中体现了初唐法制指导思想的基本精神，既强调治理国家必须兼有德礼和刑罚，如同一天之中有早、晚，一年之中有四季，缺一不可；又强调德礼和刑罚在实施政教中的关系是“德本”“刑用”。“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”表现为贞观君臣明法慎刑、以宽仁治天下的民本主义思想，形成了融礼、法为一体，相互为用的治国指导方针，对后代历朝产生了重大影响。

#### 2、立法宽简、稳定、划一

唐高祖提出“立法务求宽简，取便于时”，唐太宗也明确指出，“国家法令，唯须简约，不可一罪作数种条”，以防“官人不能尽记，更生奸诈”。所谓“宽”，是指立法在内容上要做到轻刑省罚；所谓“简”，是指立法在形式上要做到条文简明。唐初立法贯彻了这一指导思想，贞观修律时，删除旧律中死罪九十余条，改重为轻的条款“不可胜纪”，使《贞观律》比《开皇律》大为宽简。同时，唐太宗强调保持法律的稳定划一，要求立法者“宜令审细，毋使互文”，否则必然导致“若欲出罪，即引轻条；若欲入罪，即引重条”之弊。还强调“法令不可数变，数变则烦，官长不能尽记，又前后差违，吏得以为奸”。要求修改法律须严格依照法定程序进行，《唐律疏议·职制》规定：“诸称律令式，不便于事者，皆须申尚书省议定奏闻；若不申议，辄奏改行者，徒二年。”

#### 3、主要法律形式：律、令、格、式及其相互关系

唐朝法律形式主要为律、令、格、式四种：律是关于定罪量刑的基本法典；令是有关国家政权组织体制、尊卑贵贱等级制度与行政管理活动方面的法规，涉及的范围较为广泛；格用以“禁违止邪”，是皇帝针对“百官有司之所常行之事”临时颁发的各种敕令，经过汇编后上升

为普遍适用的法律，称为“永格”；式是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，包括国家机关的公文书式和活动细则，具有行政法规性质。

律、令、格、式彼此既相互联系，又发挥着不同的作用，对复杂的社会关系起到了综合调整的重要作用。其中，令、格、式是从积极方面规定国家机关和官民人等应当遵行的制度、准则和规范，律则从消极方面规定违反令、格、式以及其他一切犯罪的刑罚制裁，即“一断于律”。几种法律形式并用，使法律的运用既有相对稳定性，又有一定灵活性，形成一个周密的法律体系。

#### 4、法律典籍：《武德律》《贞观律》《永徽律疏》《开元律》《唐六典》《大中刑律统类》

《武德律》为高祖武德年间制定颁布，是唐朝立法的开端。它以《开皇律》为基础，增加53条新格制成，其篇目“一准隋开皇之律”，分为12篇，除对流刑和居作的刑制作了一些修改外，没有太多变化。武德年间还制有《武德令》和《武德式》。

唐太宗命长孙无忌、房玄龄等人全面修订律令，经过11年的时间，完成并正式颁布《贞观律》。《贞观律》以《开皇律》为基础，篇目一仍其旧，共12篇，500条。在内容上，《贞观律》增设加役流为死刑减等后的刑罚，并缩小了因缘坐而处以死刑的范围，大幅度减少了适用死刑的条文，“比古死刑，殆除其半”“削烦去蠹，变重为轻者，不可胜纪”，构筑了唐律的基本框架，标志着唐代基本法典即告定型。贞观年间还编订了《贞观令》《贞观格》《贞观式》，奠定了唐朝法制的基本格局。

唐高宗永徽元年（650年），又命长孙无忌等以《武德律》和《贞观律》为蓝本，再度修订法律，并于次年制定颁布《永徽律》，共12篇，502条。《永徽律》实际上是《贞观律》的翻版，仅对一些字词做了改动。永徽三年长孙无忌等人又奉命制定律疏，对律文进行逐条逐句的疏证解释，赋予与律文同等的法律效力，并将疏议附于律条之后合编，称为《永徽律疏》。疏议不但对主要的法律原则和制度从历史上寻根溯源，叙其沿革，而且引证儒家经典作为律文的理论根据。《永徽律疏》在元代以后被称为《唐律疏议》，它是现存最早最完整的古代法典，也是中国古代最具社会影响力的法典，集中体现了唐朝法律空前发达的盛况。

唐律继承了古代立法的传统，将各种基本法规熔为一炉，采取刑事立法的形式，除《名例》篇外，全部律条连同注、疏议和问答，都围绕着“罪”和“刑”分别加以规定、解释、阐发和答疑。唐律的结构，包容了近代刑法之总则和分则两大部分。首篇《名例》，根据《唐律疏议》：“名者五刑之罪名，例者五刑之体例”，分别指适用刑罚的各种罪名和定罪量刑的通例，大致相当于近代刑法的总则，而第2篇至第12篇则相当于近代刑法的分则，分别为：《卫禁》《职制》《户婚》《厩库》《擅兴》《贼盗》《斗讼》《诈伪》《杂律》《捕亡》《断狱》。各篇规定的内容

为：《卫禁》主要规定对皇帝、宫殿、太庙、陵墓等的警卫，及关津要塞和边防的保卫；《职制》主要涉及职官及其职责、程序、公文递送等方面的职务犯罪和一些非职务犯罪；《户婚》主要规定户口、家庭、婚姻、赋役、土地管理等方面的犯罪内容；《厩库》主要规定马牛的供养使用以及兵甲、财帛、仓库的保护；《擅兴》主要是关于军队的征调指挥、行军出征、军需供给和工程兴造方面的法律；《贼盗》主要规定谋反、谋大逆、恶逆等十恶方面的犯罪和杀人、强盗、窃盗等重大刑事犯罪及相应的刑事责任；《斗讼》主要规定斗殴犯罪和告诉犯罪；《诈伪》是关于惩治诈欺和伪造的法律；《杂律》的内容涉及面较宽，为不便于列入其他篇目的犯罪规定，在唐律中主要起到拾遗补缺的作用，主要规定市场管理、债权债务、犯奸失火以及其他一些轻微危害社会秩序和经济关系的犯罪和处罚；《捕亡》是关于追捕逃犯、逃丁、逃兵和逃奴婢的法律；《断狱》是关于审讯、判决、执行和监狱管理方面的法律。

唐玄宗开元年间，由李林甫等人主持修订《永徽律疏》，删除不合时宜的条款与称谓，颁行刊定天下，称为《开元律》。

《唐六典》是玄宗开元年间修订的系统规定唐朝官制的政书。《唐六典》以《周礼》为指导和模式，采取了“官领其属，事归于职”的修订方法，分为理（原来为治）职、教职、礼职、政职、刑职和事职六部分，共 30 卷。内容涉及三师、三公、三省、六部、各寺、监直至州县等 40 余个国家机关的设置、人员编制以及官员的选拔、任用、考核、奖惩、俸禄、休致、执掌等方面。有关的历史沿革，分别作注附于正文之下。《唐六典》是记载唐朝官制的重要文献，对于后世王朝的行政立法产生了重大影响。

唐宣宗大中年间将《唐律》按性质分为 121 门，并将“条件相类”的令、格、式及敕附于律条之后，即“以刑律分类为门，附以格敕”，共 1250 条，称为《大中刑律统类》，从而改变了自秦汉以来编修刑律的传统体例，形成“刑统”这种新的法典编纂形式，对宋王朝制律产生了重要影响。

## 5、唐律的特点与历史地位

唐律的特点主要包括：

第一，“一准乎礼”。唐律内容“一准乎礼”，真正实现了礼与法的统一。正如唐太宗所说：“失礼之禁，著在刑书。”唐律无论是其律条，还是对律条的注疏，都集中体现了儒家的礼治精神。

第二，科条简要、繁简适中。秦汉法律向以繁杂著称，西晋、北齐修律得以精简。唐朝在前律的基础上再行精简，定律 12 篇，共 502 条。凝练概括，又严密周详。后人评价唐律：“乘之则过，除之则不及，过与不及，其失均矣。”【22 新增】

第三，用刑持平。唐律规定的刑罚比以往各代大为轻省，死刑、流刑大为减少。除涉及礼教的犯罪外，比后世明清律的处刑为轻。

第四，立法技术空前完善。唐律的篇章结构井然有序，法律形式相得益彰，概念精练明确，用语确切简要，逻辑严谨缜密，疏议得当精深，显示立法技术的高度成熟与发达。

唐律的历史地位表现为：

其一，唐律是目前为止保存下来最早、最完整的中国古代法典。它产生于经济、政治和文化鼎盛发展的唐朝，承袭秦汉的立法成果，吸取汉晋律学的成就，表现出高度的成熟性。因而成为传统法典的楷模，在法制史上具有继往开来、承前启后的重要地位，对宋、元、明、清法律产生了深刻影响。

其二，唐律作为中华法系的典型代表，其影响力远远超越国界，对亚洲特别是东亚各国产生了重大影响。如朝鲜高丽王朝十世纪初颁行的《高丽律》，其篇章和内容皆取法于唐律，《高丽史·刑法志》载：“高丽一代之制，大抵皆仿乎唐。至于刑法，亦采唐律，参酌时宜而用之。”日本八世纪初制定的《大宝律令》和《养老律令》也以唐律为蓝本，正如日本学者所言：“我国《大宝律》大体上是采用《唐律》，只不过再考虑我国国情稍加斟酌而已。”越南李朝太宗时期的《刑书》（1042年）和陈朝颁布的《国朝刑律》（1230年），其原则、内容也大都参用唐律。可见，唐律在世界法制史上亦占有重要地位。

## 二、刑事立法

### 1、定罪量刑的主要原则

其一，区分公罪与私罪。规定官吏“缘公事致罪，而无私曲者”为“公罪”；“不缘公事，私自犯者”，或“虽缘公事，意涉阿曲”为“私罪”。“公罪”处刑从轻，“私罪”处刑从重。

其二，共同犯罪，以造意为首，处刑为重。唐律把二人以上的共同犯罪，称为“共犯罪”。其中心环节是对共犯区分首犯与从犯：“以造意为首，随从者减一等。”造意是指“倡首先言”的行为，造意为首犯，随从者是从犯，其罪减首犯一等。在家庭成员的共同犯罪中，以家长为首犯；在职官参与的共同犯罪中，以长官为首犯。

其三，合并论罪从重。凡一人犯两种或两种以上罪者，从重者论，但不累加处刑，“二罪以上俱发，以重者论”。由此而言，唐采用重罪吸收轻罪，刑不累加的原则，也就是两罪轻重不等，只科重罪，不计轻罪；二罪相等，从一罪处刑。如一罪先发而且判决，后又发现犯有其他罪，若二罪相等，维持原判，若后罪重于前罪，则通计前罪以充后数。

其四，自首减免刑罚。唐律完善了自首的规定。第一，严格区分自首与自新的界限。以犯罪未被举发而能到官府交代罪行的，叫作自首，《名例》规定：“诸犯罪未发而自首者，原其罪。”

即自首者不追究其刑事责任。犯罪被揭发，或被官府查知逃亡后再投案者，称作自新。自新是被迫的，与自首性质不同。唐律对自新采取减轻刑事处罚的原则。第二，不是所有犯罪都可享受自首的待遇。凡“于人损伤，于物不可备偿”“越渡关及奸，并私习天文者，并不在自首之列”。即对侵害人身、毁坏贵重物品、偷渡关卡、私习天文等犯罪，即便投案也不能按自首处理。因为这些犯罪的后果已不能挽回。第三，自首者虽然可以免罪，但“正赃犹征如法”，即赃物须按规定如数偿还，以防止自首者非法获财。第四，对自首不彻底行为作了严格规定。对犯罪分子交代犯罪性质不彻底的，叫“自首不实”；对犯罪情节不作彻底交代的，叫“自首不尽”。《名例》规定，凡“自首不实及自首不尽者”，各依“不实不尽之罪罪之。至死者，听减一等”。如实交代的部分，不再追究。此外还规定，轻罪已发，能首重罪者，免其重罪；审问他罪而能自首余罪者，免其余罪。**第五，自首的方式。原则上为罪犯本人向官府坦白其犯罪行为。（“亲首”）但罪犯可委托他人代自己向官府自首。他人代首在法律上与自己亲首一样，免于处罚。（“代首”）即使未受罪犯委托，在法定相容隐的范围内，亲属可代为自首，唐律称“为首”。除向官府陈述罪行外，在一些与财产相关的犯罪中，罪犯还可向受害的财主坦白其罪，称为“首露”。首露者，视同向官府自首。【新增】“诸盗、诈取人财物而于财主首露者，与经官司自首同。其于余赃应坐之属，悔过还主者，听减本罪三等坐之。”——《唐律疏议·名例律》【24 新增】**

**其五，类推原则。**《名例》规定：“诸断罪而无正条，其应出罪者，则举重以明轻；其应入罪者，则举轻以明重。”指对法无明文规定的犯罪，凡应减轻处罚的，则列举重罚处刑的规定，比照从轻处断；凡应加重处刑的犯罪，则列举轻罚处刑的规定，比照从重处断。《疏议》举例：夜半闯入人家，主人出于防卫，杀死闯入者，依律不论罪。律文没有致伤的条文，但比照规定，杀死都不论罪，致伤更不能论罪。此为“举重以明轻”。律文又举例说明处理已杀已伤期亲尊长的案件，唐律中并无相应条文，但是可以比照“谋杀期亲尊长斩”的规定对已杀已伤期亲尊长应处以斩刑。此为“举轻以明重”。“举重以明轻”和“举轻以明重”确立了类推的原则和方法，体现了唐律律文简约的风格和立法技术的进步。

**其六，老幼废疾减刑。**唐律对老幼废疾者，分别三种情形实行减免刑罚：一是 70 岁以上、15 岁以下以及废疾者，犯流罪以下，收赎。二是 80 岁以上、10 岁以下以及笃疾者，犯叛逆、杀人罪应处死刑的，上请；盗窃及伤人者，收赎；其余犯罪皆不论。三是 90 岁以上、7 岁以下，虽犯死罪，不加刑。

**其七，累犯加重。**对于盗窃、强盗犯罪，更犯累科，即犯罪已被告发或已配决者，重又犯罪的要加重处罚。《贼盗》规定：“诸盗经断后，仍更行盗，前后三犯徒者，流两千里；三犯流

者绞。”即前后三次犯应处徒刑的罪，不是按其中最重的一次处刑，而是处以流刑两千里。其他犯罪均以此类推。

**其八，贵族官员犯罪减免刑罚。**唐律详细规定了贵族官员犯罪的议、请、减、赎、当等特权制度：议即“八议”，规定：犯死罪者，先由司法官将其罪行和符合议的条件奏上，再由大臣们集议并提出处理意见，最后由皇帝裁决；犯流以下罪，依律减一等处刑。但“犯十恶者，不用此律”。请的规格低于议，指皇太子妃大功以上亲，八议者期亲以上亲属和五品以上官员，犯死罪者上请皇帝裁决；犯流罪以下，例减一等。“犯十恶，反逆缘坐，杀人，监守内奸、盗，略人，受财枉法者，不用此律。”减的对象是七品以上官员，上请者之祖父母、父母、兄弟、姊妹、妻、子孙等。犯流罪以下，例减一等。赎的范围为：“诸应议、请、减及九品以上之官，若官品得减者之祖父母、父母、妻、子孙，犯流罪以下，听赎。”但对被判处加役流等重刑者不适用。当指以官品抵罪，特指抵当徒罪。一般公罪比私罪加当徒刑一年。

**其九，同居相隐不为罪。**凡同财共居者，以及大功以上亲属、外祖父、外孙、孙媳妇、夫之兄弟及兄弟妻，皆可相互容隐犯罪；部曲、奴婢须为主人隐罪（但主人不为其隐）。为同居相隐范围内罪犯通风报信者，亦可不追究其刑事责任；非同居小功以下亲属相隐，其罪减凡人三等处理。但谋反、谋大逆、谋叛者，不用此律。

**其十，良贱相犯依身份论处。**以良犯贱依法可减轻，或不予处刑；以贱犯良则较常人加重处刑。奴婢的法律地位卑下，“奴婢贱人，律比畜产”。此外，卑幼对尊长，奴婢对主人，即使预备犯罪也按真罪处理。

**十一，化外人有犯。**《名例》规定：“诸化外人，同类自相犯者，各依本俗法；异类相犯者，以法律论。”即同一国家侨民在中国犯罪，按其本国法律处断，实行属人主义原则；不同国家侨民相犯或唐朝人与外国人相犯，则按照唐律处刑，实行属地主义原则。唐朝还对外国人在中国境内的活动做出具体规定，如外国人非法入境，与中国人从事货物交易活动，比照中国人非法出境从事货物交易活动治罪。外国人因出使进入中国境内而从事货物交易活动，计赃准盗论。

**十二，疑罪各依所犯以赎论。**《断狱》规定：“诸疑罪，各依所犯，以赎论。即疑狱，法官执见不同者，得为异议，议不得过三。”即案件“事有疑似处断难明”的，审理时应依所疑之罪，令其依法收赎。法官对于疑罪可以各持己见，展开异议，但不得超过三次。

## 2、五刑制度

隋律确立五刑制度后，唐律沿袭之，只是在流刑上有所改变。具体内容为：

第一，死刑。分为绞与斩两等，较前代轻缓了很多。

第二，流刑。唐律规定在隋制基础上里程各提高一千里，形成流两千里、两千五百里和三

千里三等，皆劳役一年。另外增设加役流，即流三千里，劳役三年，作为某些死刑的宽宥处理。

第三，徒刑。分为五等：徒一年、一年半、二年、二年半和三年。

第四，杖刑。分为五等：杖六十、七十、八十、九十和一百。

第五，笞刑。分为五等：笞十、二十、三十、四十和五十。

五刑共二十等，律文称加、减若干等，指从某一刑等起上下推算。但《名例》规定：“二死、三流各同为一减。”即斩、绞两等死刑和三等流刑在递减量刑时都作为一等计算。此外还规定，除非律条有特别规定，一般递加不加至死刑，加人绞者，不加至斩。

### 3、主要罪名

唐律关于犯罪的规定细密而有条理，最为重要的有十恶、六杀、六赃和保辜制度。

“十恶”是包括直接危害皇权统治秩序以及严重破坏家庭伦常关系的重大犯罪行为。在《北齐律》“重罪十条”基础上，《开皇律》正式确立十恶制度，唐律沿袭之。犯十恶者，“为常赦所不原”。十恶具体指：

一曰谋反，即图谋反对皇帝，推翻君主政权。

二曰谋大逆，即图谋毁坏宗庙、陵寝及宫阙。

三曰谋叛，即图谋背叛朝廷，投奔外国。

四曰恶逆，即殴打或谋杀祖父母、父母、伯叔父母等尊长。

五曰不道，即杀一家非死罪三人和肢解人；造畜蛊毒、厌魅。

六曰大不敬，即盗大祀神御之物，盗窃、伪造御宝，指斥乘舆，情理切害，以及对捍制使，无人臣之礼等方面的犯罪。

七曰不孝，即告发或咒骂祖父母、父母，祖父母、父母在世而别籍异财者等。

八曰不睦，即谋杀或卖缌麻以上亲，殴打或告发丈夫及大功以上尊长等。

九曰不义，即闻夫丧匿不举哀、作乐、释服从吉、改嫁，以及杀本属府主、刺史、县令、现授业师等方面的犯罪。侵害对象为非血缘的有等级从属关系者。

十曰内乱，即奸小功以上亲或父、祖妾，以及亲属内的通奸。

对犯十恶者处刑的特点是：（1）大多处以死刑或其他重刑，谋反、谋大逆、谋叛罪一般要实施连坐。（2）对谋反、谋大逆、谋叛罪处刑没有首从之分，一律重惩。（3）贯彻纲常伦理原则，以违礼为刑事责任的依据，并依尊卑而同罪异罚。（4）对于即使享有议、请、减、赎、当特权者，若犯十恶，也取消一切优免。

对于杀人罪，唐代在《斗讼律》中区分了“六杀”，即所谓的“谋杀”“故杀”“斗杀”“误杀”“过失杀”“戏杀”。“谋杀”指预谋杀人；“故杀”指事先虽无预谋，但情急杀人时已有杀

人的意念；“斗杀”指在斗殴中出于激愤失手将人杀死；“误杀”指由于种种原因杀错了对象；“过失杀”指“耳目所不及，思虑所不至”而杀人；“戏杀”指“以力共戏”而导致杀人。基于上述区别，唐律规定了不同的处罚原则：谋杀一般减故杀罪数等处罚，但奴婢谋杀主，子孙谋杀尊亲属则处以死刑。故杀一般处以斩刑。误杀减故杀罪一等处罚。**斗殴杀人者绞。**戏杀则减斗杀二等处罚。过失杀一般“以赎论”。“六杀”的设定，反映了唐代刑法的完备与立法技术的提高。

《杂律》篇首次就“坐赃致罪”设“六赃”专条，称一切不法所得为“赃”，把受财枉法、受财不枉法、受所监临财物、强盗、窃盗和坐赃六种犯罪称为“六赃”。除前五种外的所有赃罪均可归入“坐赃”。六赃涵盖了侵犯官私财产的所有犯罪行为。其中强盗与窃盗的罪犯为一般主体，而受财枉法、受财不枉法、受所监临财物和坐赃的罪犯是各级官吏。强盗罪是指“以威若力而取其财”，即以暴力或暴力威胁而取他人财物，不论“先强后盗”，还是“先盗后强”“俱为强盗”。**窃盗罪是指“潜形隐面而取”，**即秘密占有不属于自己的官私财物。受财枉法罪指“受有事人财而为曲法处断”，即收受当事人贿赂而利用职权曲法枉断，为其牟取不正当利益，或为其开脱罪责。受财不枉法罪是指“虽受有事人财，判断不为曲法”的行为。受所监临财物罪是指“监临之官不因公事而受监临内财物”的行为，一般是主管官员私下接受所监管的吏民的财物。坐赃罪是指监临主司以外的其他官员“因事受财”构成的犯罪。六赃的处罚原则是：（1）以赃值定量刑标准；（2）受刑之外，犯罪人还必须退还赃款赃物；（3）官吏犯赃，还要“官除名，吏罢役”。

为准确区分伤害罪和伤害致死的杀人罪，明确因斗殴而导致的法律责任，唐律规定了保辜制度。所谓保辜，即在伤害行为发生后，确定一定的期限，限满之日根据被害人的死伤情况决定加害人所应承担的刑事责任。在法定的期限内加害人可积极救助被害人，在挽救被害人生命的同时减轻自己的罪责。保辜的期限根据伤害的方式和程度而定，辜限内被害人死亡的，以杀人罪论处；在限外死亡或虽在限内而以他因死者，以伤害罪论。保辜制度力求准确认定加害人的法律责任，使之罪刑相应；同时要求行为人在法定的期限内积极对被害人施救，以减轻自身的法律责任，这对减轻犯罪后果，缓和社会矛盾起到了良好作用。

### 三、民事立法

#### 1、民事行为能力

关于民事行为能力，唐朝既没有明确的概念，也没有统一的年龄规定，大体上与法律所确认的丁年，即为国家服徭役和交纳赋税的法定年龄相当。唐高祖武德七年定令：“凡男女始生为黄，四岁为小，十六为中，二十有一为丁，六十为老。”后来又改二十二、二十三岁为丁，



五十八岁为老。

## 2、所有权

唐朝推行均田制，法律严格保护根据均田制而取得的土地所有权，严禁占田过限，严格控制口分田的买卖。盗耕种公私田、妄认和盗买盗卖公私田、在官侵夺公私田等侵犯土地所有权的行为，法律予以严惩。对其他动产所有权的保护，法律也规定得相当详细。此外，关于遗失物（阑遗物）、宿藏物（埋藏物）、漂流物、山林矿山的所有权归属都有明确的规定。**“诸得阑遗物，满五日不送官者，各以亡失罪论；赃重者，坐赃论。私物，坐赃论减二等。”——《唐律疏议·杂律》即凡拾得遗失物，满五日不送交官府的，都依丢失该物之罪罚论处。计其物之值依坐赃论罪刑罚重于丢失罪的，就依坐赃罪论处。属于私有之物的，依坐赃罪减二等论处。**  
**“诸于他人地内得宿藏物，隐而不送者，计合还主之分，坐赃论减三等。若得古器形制异，而不送官者，罪亦如之。”即凡在别人的土地内得到先前的埋藏物，隐瞒不送还的，计算当送还之份额，依坐赃罪减三等处罚。如得到形状规制特异的古器物，而不送交官府的，也照此法处置。【23 新增】**

注意：对于山间野外的自生、无主之物，唐律规定了“加功所有”的原则。《唐律疏议·贼盗》：“诸山野之物，已加功力刈伐积聚，而辄取者，各以盗论。”疏议解释“山野之物”为山野之中无主的草木药石之类。即对于山野无主物，由首先对其实施收集性劳动者所有。【22 新增】

## 3、契约

唐朝财产关系非常活跃，契约的种类也大为增加，出现了买卖、租赁、雇佣、借贷、寄托、承揽等各种形式的契约。但律文中少有关于契约的规定，“官有政法，人从私契”，契约关系主要依靠民间习惯调整。

**第一，买卖契约。**唐律规定，土地买卖一般属于禁止性行为，但符合法定条件者，不在禁限。土地交易，“皆须经所部官司申牒”，否则“财没不追，地还本主”。凡田宅、奴婢及大牲畜的买卖，须签订契约，并经官府部门“公验”“无私契之文，不准私券之限”。对于动产买卖，唐律专设“器用绢布行滥短狭而卖者”条，规定了出卖器用在质量和数量上的产品责任。

**第二，借贷契约。**民间借贷关系已相当复杂，“借”一般指使用借贷，“贷”一般指消费借贷。**借，一般指使用借贷，如《唐律疏议·职制律》中“以官奴婢及畜产私自借”，其标的物为奴婢、畜产、车船等。贷，一般指消费借贷，如《唐律疏议·职制律》中“贷所监临财物”“以官物私自贷”，其标的物为银、钱、粮食、绢丝等。使用借贷与消费借贷的区别在于：前者是特定物，后者属非特定物。【24 新增】**借贷契约分为有息和无息两种，前者称“出举”，

后者称“负债”。为担保债务人履行债务，无论公私借贷都要有质押或其他担保方式。立法注重保护债权人的利益，《杂律》规定：“诸负债违契不偿，一匹以上，违二十日，笞二十，二十日加一等，罪止杖六十。三十匹加二等，百匹，又加三等。各令备偿。”唐朝法律还规定，允许债权人在债务人不能清偿债务时扣押债务人的财产，称为“牵掣”。但牵掣前须向官府报告并经批准。债务人确无财产可供扣押，则可“役身折酬”，即驱使债务人及其家属以劳役抵偿债务。《杂令》规定：“诸公私以财物出举者，任依私契，官不为理。每月取利不得过六分，积日虽多，不得过一倍……又不得回利为本。”“诸以粟麦出举，还为粟麦者，任依私契，官不为理。仍以一年为断，不得因旧本更令生利，又不得回利为本。”显然立法也注意保护债务人的合法权益，禁止私人高利贷。唐后期的立法中，进一步降低法定利率，并对违法取利者加重处罚，如唐文宗时敕有规定，私人出举“不得五分以上生利……其利止于一倍……如有违越，一任取钱人经府县陈论，追勘得实，其放钱人请决脊杖二十，枷项令众一月日”。

### 3、婚姻家庭与继承

关于婚姻的成立，尊长对卑幼的主婚权得到了法律的确认和强化，其法律责任也相应加大，“诸嫁娶违律，祖父母、父母主婚者，独坐主婚”。即使卑幼在外地，已自行订婚，只要尚未结婚，也须服从尊长安排。如违反尊长意志者，依律“杖一百”。婚书、聘财为婚姻成立的要件，“诸许嫁女，已报婚书及有私约而辄悔者，杖六十”。或者“虽无许婚之书”，但女家已接受男家的聘财，亦不得悔婚，否则亦处杖六十。男家自悔者，不坐。唐朝对婚姻缔结有诸多限制，如同姓不婚；非同姓但有血缘关系的尊卑间不得为婚，违者“以奸论”；严禁与逃亡女子为婚；**监临官不得与监临之女为婚**；良贱之间不得为婚等。

关于婚姻的解除，唐律规定以“七出”“三不去”和“义绝”为婚姻解除的要件。允许女方以“三不去”为由拒绝离婚，并补充规定：以无子休妻者，必须是妻年五十以上；妻若犯恶疾及奸罪者，虽有“三不去”之理由，仍可休之；妻无“七出”之状而休弃者，丈夫徒一年半；妻有“三不去”之由而休弃者，丈夫杖一百。不同于汉朝，“义绝”被规定为强制离婚的条件。所谓“义绝”是指夫妻情义已绝。据《户婚》：“（夫）殴妻之祖父母、父母及杀妻外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹。”“妻殴骂夫之祖父母、父母，杀伤夫外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹及与夫之缌麻以上亲若妻通奸及欲害夫者。”或者“夫妻祖父母、父母、外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹自相杀者”，均为“义绝”。“义绝”者须强制离婚，“违者，徒一年”。因为“夫妻义合，义绝则离”。除此以外，唐还有“和离”的规定，即承认夫妻双方自愿离婚的效力：“若夫妻不相安谐而和离者，不坐”。唐律解释“和离”为“夫妻不相安谐，谓彼此情不相得，两愿离者”。

关于家庭制度，唐律注重维护家长的统治地位与权威。《户婚》规定，“凡是同居之内，必有尊长”，家长成为家庭的代表，子孙须无条件服从其权威，否则就是“不孝”。财产也由家长统一支配和控制。《户婚》规定：“诸祖父母、父母在，而子孙别籍异财者，徒三年。”子孙私自动用家庭财物，处以笞十至杖一百的刑罚。此外，子孙“违犯教令”“供养有缺”以及自主婚姻者，均要受罚。

关于继承制度，分为宗祧继承和财产继承，前者是对祖宗血脉的延续，因而更为重要，采取嫡长子继承的方式。据《户婚》：“诸立嫡违法者，徒一年。”若无子孙者，“听养同宗于昭穆合者”，即在同宗子辈中收纳养子。《户令》和《丧葬令》对于财产继承有详细规定。财产继承实行诸子均分制，兄弟中先亡者，其子继父分，即代位继承。但生前立有遗嘱者，则不按法定顺序继承，采用遗嘱优先的原则。一般情况下，女子出嫁后，不享有本家财产的继承权，但在室女可分得相当于未婚兄弟聘财的一半之财，作为置办妆奁之用。但在户绝之家，女儿的继承权则很大。

应该注意的是，中国传统意义上的继承与近代西方法律上的继承有着显著的不同：其一，所谓的“继承”，其直接的语义是延续宗祧，也就是身份上的或人身的继承，财产的继承只是附带性的。其二，继承是有一定指向的，只有长辈向晚辈的传递或晚辈对长辈的承受才能称作“继承”，反之则不能称为继承。

## 四、行政立法

### 1、三省六部制

唐朝中央政府的体制沿用隋朝的三省六部制。三省是指中央政府的中枢机构中书省、门下省与尚书省。中书省传承皇帝的命令，草拟诏书；经门下省审核驳正后，交皇帝批准；尚书省负责执行皇帝的诏敕和经皇帝批准的各项政令。三省的长官集体出任宰相，在政事堂议事，其职权明确划分，互相制约。尚书省下设六部，即吏、户、礼、兵、刑、工六个中央行政部门。吏部掌职官的任命、考课、管理等，户部掌户籍与财政收入管理等，礼部掌祭祀、礼仪、教育、科举等，兵部掌六品以下武官的选授、考课、武举、军事行政等，刑部掌大理寺审理案件的复核以及京师百官的案件会审等，工部掌土木、水利工程及农、林、牧（军马除外）、渔业等。六部各有四司，分掌有关行政事务。三省六部制的确立和完善，表明古代行政体制走向成熟化与定型化。

### 2、御史台

监察制度在继承前代的基础上有较大发展。中央仍设御史台，以御史大夫为长官，御史中丞二人为副，“掌持邦国刑宪典章，以肃正朝廷”。其下设台院、殿院、察院，分别由侍御史、

殿中侍御史、监察御史若干人组成。台院的侍御史在诸御史中地位较高，其职掌是纠察百官，弹劾违法失职者，并负责或参与皇帝交审的案件。殿院的殿中侍御史掌纠察朝仪和其他朝会，也参与案件审理。察院的监察御史品级较低，但职掌广泛，主要是监察地方官吏。玄宗时令监察御史六人分别对尚书省六部实行监察，称“大察官”，明朝“六科给事中”即源于此。

### 3、官吏管理：科举制度，考课，致仕

唐朝的开明盛世与其健全的行政法制和注重整顿吏治有着直接关系。职官制度涉及对各级官吏的选拔、任用、考课、奖惩、监督和休致制度等方面。官吏的主要来源有两种：科举和门荫，以前者为正途。唐朝将隋朝开创的科举选官制度进一步系统化、完备化。参加科举的考生是各级官学考试选拔的生徒和经地方州县审核身份并初试合格的乡贡。科举考试的科目主要有秀才、明经、进士、明法、明字、明算等，以明经、进士二科最受重视。科举考试中第者即取得做官的身份，并不即时“释褐”（脱去布衣换着官服），真正入仕还须通过吏部的考试，称“释褐试”，通过后才得正式任命为官。吏部择人之法有四：身、言、书、判。

考课制度是按一定标准考核官员的品质、才能、勤劳、功过，分别等第据以升降赏罚。唐朝职官的考课从内容到程序皆已制度化和法律化：每年一小考，由本司或州县长官主持；每四年一大考，四品以下官皆由吏部考功司负责，三品以上官报皇帝裁决。考课的标准是“四善二十七最”。“四善”是国家对各级官吏的品行操守提出的四项共同要求：德义有闻，清慎明著，公平可称，恪勤匪懈。有一项合格者为一善，四项全合格者为四善，皆不合格则无善。“二十七最”，则是根据不同的部门职掌、不同的业务性质，分别提出的 27 条具体专业要求。综合被考课者的善、最，定上、中、下三等九级。小考优者，赏之以加禄，劣者罚以夺禄；大考优者，赏以晋升，劣者罚以降职，甚劣者免官或依律惩治。

关于职官致仕，据《选举令》：“诸职事官，年七十以上，听致仕。五品以上上表，六品以下申省奏闻。”可见，唐朝官员的致仕年龄为 70 岁，并依照官品级别分别报皇帝批准或吏部备案。但实践中官员致仕，除年龄外，身体状况也是决定性因素。退休以后，五品以上官仍给半禄，其他官也有永业田可养老。若过 70 岁仍不主动申请致仕，则将为时议所讥。为提倡惜贤敬老的社会风尚，唐朝对致仕官员往往给予一些特殊的政治礼遇和经济待遇。

## 五、经济立法

### 1、土地立法

均田法施行，唐朝形成国家所有和私人所有两种土地所有制形式。国有土地主要有口分田、职分田和公廨田，私有土地主要有永业田和部分宅地。永业田由被授者永远执业，子孙可继承，经特别批准可买卖交易。口分田在被授者死亡后，由政府收回。由于土地的大规模赏赐和兼并，

农民受田普遍不足。

唐律严格限制口分田的买卖，违者一亩笞十，二十亩加一等，罪止杖一百，并追回土地归还本主。职分田是为官吏提供俸禄的用地，按职官品级分得。公廨田则是为各级国家机关提供办公经费的用地，也严禁私自买卖。为控制土地占有的两极分化，“占田过限”也为唐律所禁止，最重可处徒一年。**“王者制法，农田百亩，其官人永业准品，及老、小、寡妻受田各有等级，非宽闲之乡不得限外更占。若占田过限者，一亩笞十，十亩加一等；过杖六十，二十亩加一等，一顷五十一亩罪止徒一年。”**即君王制法规定，农田每丁百亩，其中官员之永业田依品级受田，以及老、小、寡妇家庭受田都有规定的限额，不是土地宽闲之地区不得在限额之外再占有田地。如占田超过限额的，一亩处笞十，每增占十亩加重一等；超过杖六十之刑罚的，每增二十亩加重一等，至一顷五十一亩处此刑之最高限徒刑一年。【24 新增】

但人少地多的“宽乡”除外，目的是鼓励开垦荒地。不过“仍须申牒立案”，防止隐瞒不报者脱逃赋税。

## 2、赋役立法

唐朝前期沿用隋制，以均田制为基础，实行租庸调法。租是田赋，每丁每年纳粟二斛或稻二斛；调随乡土所产，蚕乡每丁每年纳绫或絹二丈，绵三两，非蚕乡纳布二丈五尺，麻三斤；庸是按人丁摊派的徭役，每丁每年服役二十天，逢闰月加二日，不服役者可“输庸代役”，每丁每日折绢三尺或布三尺七寸五分。国家有事加役，可视加役时间予以减免租调。

均田制与租庸调法相互依存。唐中期以后，均田制被破坏殆尽，租庸调法亦难以实施。唐德宗建中元年（780 年），采纳宰相杨炎的建议，实行两税法。两税法的基本原则是量出制人，即以贞观十四年（779 年）之垦田数为准，总计当时各种开支总数以定两税总数。按每户的土地面积征收地税，按财产多寡确定的户等征收户税，每年分夏秋两季征收。过去的租庸调以及杂税一律废除，所有主户客户，不论定居行商，均须纳税，税额由资产和田亩数确定。两税法的推行，既增加了国家赋税收入，又削弱了大户的特权。它将当时各种捐税加以合并，简化了税制，以现居为定籍的办法，既有利于户籍整理，也有利于社会的安定。

## 3、禁榷制度

唐朝前期对盐业放任不税，不实行专卖。中期财政开支日繁，于开元九年（721 年）开始征取盐税。“安史之乱”起，军费支出益巨，肃宗至德元年（756 年）实行盐的专卖。之后又改革榷盐法，实行民制、官收、商运、商销。官府以控制盐的生产为主，在全国主要产盐地设四场、十监，负责盐的生产和统购。商人可向官府场监批发官盐，自由运销各地。除须向沿江河诸道交纳榷盐钱外，不再征税。为防止偏远地区盐商牟取暴利，设“常平盐”，即以必要的官

运官销控制盐价。同时禁私盐运销，设置十三巡院厉行缉私。盐业税收大大增加了国家的财政收入，最多时竟占全国财政收入的一半。

隋唐时期，饮茶普及，茶业经营获利甚厚。唐德宗建中年间令征茶税，之后茶税法全面推行。官府在产茶州县山林以及茶叶贩运要道设关卡征茶税，税率为茶价的十分之一，每年可获四十万缗，其利相当丰厚。国家严禁私茶贩运，罪重至死。

隋和唐初放任酿酒，不予干预。安史之乱中开始实行榷酤制度，此后或禁或弛，多有反复。禁榷之时，为保证酒利，政府严刑处罚私酿私卖酒者，违者没其家产，而且往往实行责任上的株连，“一人违犯，连累数家”。

#### 4、对外贸易制度

唐朝对外贸易发展迅速，相应的法律制度逐渐成熟。法律对陆上贸易限制相当严格，只允许在官府监督下的互市，即在边境定点设置若干互市监，监控中外商人以物易物的互市贸易，而禁止其他形式的贸易。国境多置关塞，严禁化内人绕道关卡，越度交易，亦禁止外商私自入境，违者同等治罪。政府往来之使者，均不得顺带进行贸易，违者“各计赃准盗论，罪止流三千里”。

唐朝对海路贸易颇为开放，允许外商来华自由贸易，并在海路通商城市划定特定区域，名为“蕃坊”，供外商居住和营业。唐创建了市舶制度，贞观十七年（643年）诏令，对外国商船贩至中国的龙香、沉香、丁香、白豆蔻四种货物，政府抽取 1/10 的实物税，这是中国历史上第一项外贸征税法令。武则天统治时期，在广州设置市舶使，是为国家首置外贸专职官署。对外贸易活跃地区的地方官也有一定管理外贸的权力。

唐朝法定的市舶税有三种：一是“舶脚”，即船舶入口税；二是“抽分”，即抽取上述龙香等四宗货物的 1/10 税，上贡朝廷，故又称“进奉”；三是“收市”，即蕃货在市场上与中国商人贸易时征收的市税。除此三税外，唐朝规定海商贸易，“任其往来，自为交易，不得重加率税”，无疑对促进外贸发展具有积极意义。但是法律也严格限制某些商品的出口，“诸赍禁物私度关者，坐赃论；赃轻者，从私造私有法”，“若已度关及越度被人纠获，三分其物，二分赏捉人，一分入官”。

### 六、司法制度

#### 1、中央司法机关：大理寺，刑部，御史台

唐朝中央设置大理寺、刑部、御史台三大司法机构。大理寺以正卿和少卿为正副长官，下设正、丞、司直等，职掌中央司法审判权，审理中央百官与京师徒刑以上案件，对刑部移送的地方死刑案件有重审权；对徒、流重罪的判决，须送刑部复核；死刑案件须奏请皇帝批准。刑

部是中央司法行政机关，其正副长官为尚书和侍郎，职掌案件复核权，即负责复核大理寺判决的徒、流刑案件，以及州县判决的徒刑以上案件。在审核中如有可疑，可驳令原机关重审，也可直接改判；死刑案件移交大理寺重审。御史台作为监察机关，也是中央法律监督机构，其正副长官为御史大夫和御史中丞。御史台掌纠察弹劾百官违法之事，同时负责监督大理寺和刑部的司法审判活动，也参与对重大案件的审判。

## 2、“三司推事”

中央或地方发生重大疑难案件时，皇帝特诏大理寺、刑部、御史台的长官会同审理，称“三司推事”。必要时皇帝还命令刑部会同中书、门下二省集议，以示慎重。次要的案件或地方上的大案不便解送京城，则派遣大理寺评事、刑部员外郎、监察御史组成“三司使”，前往审理。

## 3、告诉的限制

“告诉”有严格的程序规定，须由下而上从县、州至中央告诉，一般禁止越诉。对越级告诉和受理者，处以笞刑。但在特殊情况下允许越诉，甚至可以通过“邀车驾”、击“登闻鼓”、上表等形式向皇帝告诉，但由此而冲撞皇帝仪仗和控告不实者，皆要受到处罚。唐律关于告诉的限制甚多，如除谋反、谋大逆、谋叛等罪外，卑幼不得控告尊长；卑贱不得控告尊贵；在押犯人只准告狱官虐待事；八十岁以上、十岁以下以及笃疾者只准告子孙不孝或同居之内受人侵害事；禁止投匿名信控告。提起诉讼时，告诉人应向官府提交“辞牒”，即诉状，要求“诸告入罪皆须注明年月，指陈实事，不得称疑”。当事人自己不能作辞牒者，可由官吏代为书写，也可由当事人雇请他人书写。

## 4、回避制度

为防止司法官吏因亲属或仇嫌关系而故意出入人罪，唐律规定了司法官的审判回避制度，即“换推制”。凡主审官员与当事人系五服内的亲属或其大功以上亲之间有婚姻关系，或师生关系，或曾为本部都督、刺史、县令者以及此前有仇嫌者，皆应换推。此外，同署连判官员如属大功以上亲属，也应回避。

## 5、死刑三复奏、五复奏制度

“凡决死刑，虽令则杀，乃三复奏”。即死刑的执行必须经过三复奏程序，死囚执行前一日复奏两次，执行当日仍可复奏一次，提请皇帝审慎考虑是否立即执行。贞观初年，唐太宗以“人命至重，一死不可再生”为由，曾一度将京城死刑改为五复奏，即决前一天两复奏，决日三复奏。但各州死刑案件仍行三复奏。如果“不待复奏报下而决者，流两千里”。至于犯有恶逆以上罪以及部曲、奴婢犯杀主入罪者，则一复奏后，就可执行死刑。

另外，死刑的执行，在时间上也有一定的限制。唐律规定：每年的立春以后、秋分以前，

不得奏决死刑；在每月的朔、望日，上下弦，二十四节气等，均不得奏决死刑。但谋反、谋大逆、谋叛等重大犯罪，不受此限。

## 6、法官责任制度

为保证司法审判的公正、合法，唐朝严格规定了法官的责任制度。首先要求法官必须严格依据律、令、格、式正文定罪。《断狱》明确规定：“诸断罪皆须具引律令格式正文，违者笞三十。”还规定，对于皇帝针对一时一事所发布的敕令，如果没有经过立法程序上升为“永格”者，不得引用以为“后比”。如果任意引用而致断罪有出入者，属故意，以故意出入人罪论处，即采取反坐原则；属过失，以过失出入人罪论，即减故意者三至五等处罚。并建立了**同职连署制度**，要求有关官员共同审案判决，共同承担错判的责任，以利于互相监督，避免错判。大理寺卿、少卿、丞、府、史等均在同职连署的范围内。若因公错判案件，承办人承担主要责任，其他人则逐级降等处罚；因私错判，其他人也有失察之责。

# 第三节 宋朝法律制度

## 一、立法概况

### 1、《宋刑统》

宋朝建立后不久，太祖即制定颁布了《宋建隆重详定刑统》，简称《宋刑统》，共 12 篇，502 条，“模印颁行”天下，成为中国历史上第一部刊版印行的法典。《宋刑统》内容上沿袭《唐律疏议》，体例上取法于唐末五代的《大中刑律统类》和《大周刊统》，律下分 213 门，每篇少则有 5 门，多则有 26 门。律后附有唐中期以后至宋初的敕、令、格、式。**《宋刑统》新增“臣等起请”32 条和“余条准此”44 条**，前者是修律者为适应当时形势发展的需要，对前朝行用的敕令格式经过审核详虑后，向朝廷提出的变动建议，实际上是新增条款；后者是指具有类推适用性质的条文。宋朝后期法律形式和内容虽有变化，但《宋刑统》作为国家的基本法典，“终宋之世，用之不改”。

### 2、编敕

敕是皇帝对特定的人和事或特定的区域颁发的诏令，为一时之权制，不具有普遍和长久的效力。但把众多的散敕整理后加以分类汇编，经皇帝批准颁行后，便具有普遍的法律效力，即所谓编敕。编敕是宋朝最重要的、经常的立法活动。自太祖颁行《建隆新编敕》后，各代皇帝都有频繁的编敕活动，而且设有专门的编敕机构。宋朝主要的编敕有太宗时的《太平兴国编敕》、真宗时的《咸平编敕》等。律、敕并行，既保持了法律的稳定性，又发挥了法律的灵活性。但由于编敕的地位高于《宋刑统》，造成以敕代律，导致法令不一、相互矛盾。



### 3、编例

编例也是宋朝主要的立法活动。宋朝的例有三种形式：一是“条例”，即皇帝发布的特旨；二是“断例”，即中央司法机关或者皇帝审判的案例，被相继沿用，即审判案件的成例；三是“指挥”，即中央官署对下级官署下达的命令。编例活动始于北宋中期，盛于南宋。神宗时首颁《熙宁法寺断例》，哲宗时有《元符刑名断例》，高宗时有《绍兴刑名断例》等。宋朝颁例之多前所未有，至南宋宁宗庆元年间（1195—1200年），仅条例（指挥）前后已达数万件，其地位也日趋重要，甚至“引例破法”，造成司法的混乱。编例对明清立法影响甚大。

### 4、条法事类

南宋孝宗淳熙年间（1174—1189年），为了适应司法实践的需要，把相关的敕、令、格式及指挥、申明（法律解释）等，依事分门别类加以汇编，名之为《淳熙条法事类》。“条法事类”的出现是宋朝法典编纂体例上的又一创新。但至今仅保留下宁宗朝编订的《庆元条法事类》残本。

## 二、刑事立法

### 1、刑罚制度：折杖法，刺配，凌迟

折杖法为宋太祖建隆四年（963年）创立，此法将笞刑、杖刑折为臀杖；徒刑折为脊杖，杖后释放；流刑折为脊杖，并于本地配役一年；加役流，脊杖后就地配役三年。但死刑及反逆、强盗等重罪不适用此法。徽宗时又对徒以下罪的折杖刑数重作调整。实行笞杖徒流刑的折杖法，使“流罪得免远徙，徒罪得免役年，笞杖得减决数”，是宋初慎刑思想在刑罚制度上的体现。

刺配是将杖刑、配役、刺面三刑同时施于一人的复合刑罚，“既杖其脊，又配其人，而且刺面，是一人之身，一事之犯而兼受三刑”。宋初设此刑之初衷，原为宽贷死刑之意，之后逐渐被滥加施用，神宗时有关刺配的编敕已达二百条，南宋孝宗时更增至五百条。刺配既复活肉刑，又没有配地远近之限，成为影响恶劣的酷刑。实际上，随着治安形势的恶化，凡是犯贼盗罪被流放的罪犯，都要决杖、刺面、流配，刺配成为一种加重惩治盗贼的刑罚。

凌迟，也作陵迟，俗称“千刀万剐”，是以利刃零割碎剐残损肢体，使受刑人在极端痛苦中缓慢死去的酷刑，这是古代死刑中最为残酷的行刑方式。凌迟首用于五代，至宋（一说辽）立为法定刑。北宋仁宗时在绞、斩之外，增施凌迟，用以惩治荆湖之地以妖术杀人祭鬼的犯罪。南宋时凌迟的适用越来越广。至清末法制改革时凌迟才被废除。

### 2、重法地法

重法地法，是指对某些特定地区的特定犯罪判处重刑的法律制度，该特定地区称“重法地”。北宋中期，面对盗贼纵横治安混乱的局面，宋仁宗首立《窝藏重法》，严惩窝藏贼盗的犯罪，

清除贼盗的社会基础。英宗继承了重法政策，重制重法，既强调法的追溯力，又株连罪犯亲属并籍没其家产，以反逆罪惩治盗贼。神宗熙宁四年（1071 年）颁行《重法地法》，也称《盗贼重法》，扩大了重法的适用地区，由京畿地区发展到全国三分之二以上的地区。重法地制度于哲宗元符三年（1100 年）被废除。

### 三、民事立法

#### 1、不动产买卖契约

宋朝法律对于买卖契约，尤其是不动产买卖契约有详细规定。由于典当盛行，法律往往对典当与买卖连同作出规定，合称“典卖”，民间也因此往往将两者混用，为将典当与买卖区别开来，一般称典当为“活卖”，称买卖为“绝卖”“永卖”“断卖”等。不动产买卖契约的成立要件有如下几项：

**首先，“先问亲邻”**，即业主欲出卖不动产时，须先询问房亲和邻人有无购买意愿。换言之，房亲和邻人对不动产有优先购买权。法律还规定了亲邻的顺序：“凡典卖物业，先问房亲；不买，次问四邻。其邻以东南为上，西北次之，上邻不买，递问次邻。四邻俱不买，乃外召钱主。”

**其次，“输钱印契”**，即不动产买卖必须缴纳契税（输钱），并由官府在契约上加盖官印（印契）。加盖了官印的契约称“赤契”“红契”，具有一定的公证意义；未缴纳契税、加盖官印的契约称“白契”。

**再次，“过割赋税”**，即在买卖田宅的同时，必须将附着其上的赋税义务转移给新业主。

**最后，“原主离业”**，即转移标的实际占有，卖方须脱离产业，不动产买卖契约才最终成立。以上四个要件成为后世不动产买卖契约的基本内容。

#### 2、典卖契约

典卖契约是一种附有回赎条件的特殊类型的买卖契约，称为“**质卷**”“**解贴**”。典卖行为须采用加画骑缝记号的复书面契约形式，其成立要件与买卖契约一样，即“先问亲邻”“输钱印契”“过割赋税”“原主离业”。除了上述要件中所包含的权利外，业主的权利还有：得到钱主给付的典价；在约定的回赎期限内，或没有约定回赎期限及约定不清的，在 30 年内可以原价赎回标的物。钱主的权利则包括：契约期限内标的物的使用收益权；对于标的物的优先购买权；待赎期中的转典权；待赎期中业主不行使回赎权时，取得标的物的所有权。钱主以上权利统称“**典权**”。《宋刑统·户婚律》规定：“经三十年后，不在论理收赎之限。”为了保护典权人的权利，严禁“一物两典”，如有重复典卖者，业主、中人、邻人并契上署名人，“各计所欺人已钱数准盗论”，并须将钱退还典主。此外，凡典买卖产业，须家长和买主“当面署押契帖”，卑幼不得擅擅典卖，或伪署尊长姓名，否则依法重断。

### 3、财产继承

宋朝沿用唐朝的继承规定，由于商品经济和私有财产权观念的发展，财产继承的规定也更加完备，形成了一般财产继承、遗嘱继承、户绝财产继承、死亡客商财产继承等比较复杂的继承制度。宋朝除沿袭家产的兄弟均分制外，允许在室女享受兄弟继承财产权的一半，同时承认遗腹子与亲生子享有同样的继承权。南宋又规定了户绝财产继承的办法。户绝指家无男性承继人，户绝立嗣有两种方式：凡夫亡而妻在，立继从妻，称“立继”；凡夫妻俱亡，立继从其尊长，称“命继”。继子与户绝之女同享继承权。

### 四、行政立法

#### 1、国家政权机构的调整

宋初政治制度的侧重点在于厉行中央集权，尤其是通过机构间的分权和牵制，强化皇帝对政权机构的操控权和对国家事务的决定权。宋初虽保留隋唐以来的三省制，但不使之有实任，而以“**两府三司**”共治国事。“二府”，是指中书门下与枢密院。中书门下是宋朝的最高行政机关，其长官中书门下平章事通常由两三人担任，实际行使宰相的权力。为防范相权过重，又设副相“参知政事”。枢密院为最高军事行政机关，其长官枢密使与宰相同品级，故与中书门下并称“二府”。军政移于枢密院，削弱了宰相的权柄，又使枢密院和宰相互相牵制。“三司”是指中央理财机关：盐铁司掌工商收入、兵器制造，度支司掌财政收支、粮食漕运，户部司掌户口、赋税和榷酒。宋朝不使地方留税，全国财赋尽出三司。故三司长官权任甚重，又称“计相”。神宗元丰年间（1078—1085年）官制改革，裁汰三司归并户部，恢复了三省原有的权力，行政管理体系趋于统一，但并未从根本上解决机构重叠、职权分散、冗官充斥、效率低下的痼疾。

宋朝地方机构新设路一级政权，实际上是中央派出机构，并使其权一分为四，其长官为经略安抚使（帅司）、转运使（漕司）、提点刑狱使（宪司）、提举常平使（仓司），称之为“四司”，分别监管地方军政、财赋、司法、盐铁专卖等事。四司互不统属而互相监督，皆听命于皇帝。路下设府、州、军、监为直属中央的同级行政机关。州级长官由朝廷任命文官担任，职衔冠以“权知”字样，以示权且而非久任之意，实行三年一换和籍贯回避制，并另置通判，与之联署公文，以分知州之权。州以下仍为县，由皇帝任命文官为知县。

宋朝地方行政权力之高度集中于中央，为前代所未曾有。“收乡长、镇将之权悉归于县，收县之权悉归于州，收州之权悉归于监司，收监司之权悉归于朝廷。”其结果是唐末以来形成的藩镇割据消灭殆尽，但是地方上独立处置和应付事变的能力也随之削弱，以致“州郡遂日就困弱，靖康之祸，虏骑所过，莫不溃散”。

#### 2、官员选任与考课制度

科举取士是宋朝选官的主要途径，与唐朝相比有显著的发展：其一，录取和任用的范围较宽。不仅录用人数比唐朝大增，而且一经录用便可任官；并大大放宽了应试者的资格限制，僧道也可参加考试。其二，殿试成为常制，由此考生一律成为天子门生，避免了考生和主考官之间以师生之名结为同党。其三，创造了“糊名”（弥封）、“誊录”和回避等方法以防科场舞弊。其四，考试内容虽仍侧重诗赋、经义，但切近国家实际治理的策论受到重视。

宋官制区分官、职、遣：官只代表其品级和俸禄高低，职是文官的荣誉虚衔，差遣才是其实际的职事。差遣制的要旨在于使官职名称与实际职务相脱离，官员担任的实际职务，由皇帝灵活授予，同其“正官”名称不符，故称“差遣”，又称“职事”。职事官所担任的职务之前通常有“判”“知”“权”“管勾”“提举”“提点”之类的限制词，以示其临时性，可随时撤换。除非有特旨，三省六部等机构的“正官”，并不管理本机关的事务，而由皇帝派遣他官管理，形成此官任彼事，彼官任此事的局面。如果未获差遣，正官就是只领俸禄不理实务的闲官。这种“官与职殊”“名与实分”的差遣制着眼于巩固君主中央集权，但也酿成了有宋一代的冗官之弊。

宋朝官员的考课，京朝官由审官院掌考，州县官由考课院掌考。对地方州县官以“四善三最”的标准考核，四善是：德义有闻，清谨明著，公平可称，恪勤非懈；三最是治事之最、劝课之最、抚养之最。考课每年一次，三年为一任，并根据考课的治绩来定赏罚。考课方法主要有二：一是磨勘制，是指定期勘验官员的政绩以定其升迁，实际上是凭资历升官。二是历纸制，类似于现代的考勤登记，规定官员按日自计功过，并上交给主官官吏，或由长官平时记录其属下官员的善恶，作为考核的依据。

### 3、监察制度

宋设立的中央监察机关御史台，以御史中丞为长官，仍分三院即台院、殿院、察院。察院的监察御史职责尤为重要。监察御史从曾两任知县的官员中选任，宰相不得荐举御史人选，宰相的亲故也不得担任御史职事。御史的任命须经由皇帝批准。御史每月必须奏事一次，是为“月课”，可以“风闻弹人”，不必皆有实据。上任百日内无所纠弹者，贬为外官。在御史台之外，将分属中书、门下两省的谏官（如谏议大夫、司谏、正言等）组成谏院，负责对中枢决策、行政措施和官员任免等事提出意见。与御史台合称“台谏”，旨在牵制宰相的权力。**宋以前谏官专门负责监督皇帝，向皇帝规谏讽谏；而宋朝谏官和台官职能趋于一致，《宋史·职官志一》载：“凡朝政阙失，大臣至百官任非其人，三省至百司事有违失，皆得谏正”。谏官由代天下谏议君主，转变为代君主监察百官，这无疑使君主的权力更无羁绊。同时，宋朝台谏官在政治斗争中起到了重要作用，往往成为皇帝独裁或权臣排斥异己的工具。【24 新增】**

设于各路监司（转运使和提点刑狱使等）负有对地方官员的监察职责，负责巡按州县。州级政权的通判官号称“监州”，职责是监察州县官员。

## 五、司法制度

### 1、中央司法机关

宋承唐制，中央仍设大理寺掌管中央司法审判大权，负责审理地方上报的刑事案件以及京师与中央百官犯罪的案件，并参与审判皇帝直接交办的重大刑事案件。刑部掌管全国的刑狱政令，复核大理寺详断的全国死刑案件，以及官员犯罪除免、经赦叙用、定夺昭雪等事。御史台也有部分司法审判职能，主要参与处理命官犯罪大案、司法官受贿案、地方官府不能决断的疑难案件以及地方重大案件等。

**宋朝的皇帝经常亲自审理案件，即御笔断罪。**宋初为强化对中央司法机关的控制，另立审刑院。凡须奏报皇帝的各种案件，经大理寺断讞后，报审刑院复核，由知院事和详议官拟出定案文稿，经中书省奏报皇帝论决。审刑院是宋初加强中央集权的产物，创设于太宗淳化二年（991年），神宗元丰三年（1080年）裁撤后，职权复归大理寺与刑部。此外，宋初还增设制勘院和推勘院等临时性机构，负责审理皇帝交办的案件。宋朝司法机构的多元化倾向，有利于分散司法权力，形成各机构间的相互监督，便于皇权操控审判权力。但机构重叠，职权重复，权责不明，严重影响了国家正常司法职能的发挥。

### 2、鞫讞分司制

宋朝从州到大理寺，都实行鞫讞分司制，即“审”与“判”分为两事，分别由不同的官员担当，二者相互牵制。审问案情的官员无权量刑，检法量刑之事别由其他官员负责。前者称“鞫司”（又称“推司”“狱司”），后者称“讞司”（又称“法司”）。鞫讞分司制是宋朝审判制度的特色，在一定程度上有利于防止司法官因缘为奸，保证审判质量。

### 3、翻异别推制

翻异别推制，又称翻异别勘制，是为防止冤假错案而建立的复审制度，即在发生犯人推翻原有口供，而且“所翻情节，实碍重罪”时，案件须重新审理，应将该案交由其他司法官或司法机构重新审理。改换法官审理称之为“别推”，改换司法机关审理，称为“别移”。法律规定，犯人翻异次数不得过三，但实际执行中较宽，有多达七八次者。若故意诬告、称冤，经查证属实，罪加一等。

### 4、务限法

务限法即规定在农务繁忙季节中停止民事诉讼审判的法律制度。“务”指农务，《宋刑统》有“婚田入务”专条，规定每年农历二月初一“入务”，即开始进入农忙季节，直到九月三十

日止。在“务限”期内，州县官停止受理有关田宅、婚姻、债负、地租等民事案件，限满之日即十月初一日称“务开”，方可受理上述案件，直至次年入务日为止。但若原已受理的民事诉讼尚未结案，可以延长至三月底结案。务限法体现了以农为本的传统立法的价值取向。

### 5、《洗冤集录》

《洗冤集录》是宋慈（1186-1249年）所著的一部法医学专著。南宋理宗时期，湖南提点刑狱宋慈总结历代法医检验技术，结合自己的办案实践，编著了这本世界上第一部比较系统的法医学专著，并获准颁行全国，成为司法检验活动的指南。《洗冤集录》选定官府历年颁定的条例格目，吸取民间医学药学知识，编成检复总说、验尸、四季尸体变化、自缢、溺死、杀伤、服毒等53项内容，对世界各国产生了重大影响。数百年来，该书被译成朝鲜、日本、英、法、德等国文字，被奉为中外法医学经典。

### 6、《名公书判清明集》

《名公书判清明集》（简称《清明集》）是一部“名公”所作的诉讼判词和官府公文分类汇编，其中绝大部分为民事诉讼判词，包括官吏、赋役、文事、户婚、人伦、人品、惩恶计七门。《清明集》辑录了南宋宁宗、理宗时期包括朱熹、真德秀、胡石壁等28位“名公”任官期间所作的部分判词，集中反映了当时的法律实践以及理学思想对立法和司法审判的渗透。

## 六、辽西夏金法律制度

### 1、辽朝法律制度

与宋朝并立的辽、夏、金是三个少数民族建立的政权。在与汉民族融合的过程中，特别是在汉民族法律文化的影响下，这些少数民族政权结合自身文化传统和统治需要，推进了法制进程，取得了富有特色的成就。辽夏金的法制是中华法制文明史的重要组成部分。

契丹族建立的辽朝（916-1125年），历9帝210年。辽因袭唐政治法律制度，但又保持民族特色。辽兴宗重熙五年（1036年）编成《新定条例》547条，是辽朝第一部比较完整的法典，史称《重熙条例》。道宗咸雍年间又增补成789条，称为《咸雍条例》。

辽朝法制注重“因俗而治”，“官分南北，以国制治契丹，以汉制待汉人”。对汉人、渤海人“断以律令”，即依唐朝律令治理；对契丹及其他游牧民族则依“治契丹及诸夷之法”，即契丹习惯法治理。各族“衣服言语，各从其俗；四姓相犯，皆用汉法；本类自相犯者，用本国法。故别立契丹司以掌其狱”。这种因族而异的法制，常致民族歧视：“辽之世，同罪异论者盖多”。

### 2、西夏法律制度

西夏（1038—1225年）是党项族（原属羌族一支）在西北地区建立的政权，历10帝190年。西夏政制借鉴唐宋制度，又保留党项习惯，兼有佛教特色。建国初期，开始模仿唐宋律令

制定成文法。崇宗贞观年间（1101\_1113 年）即有综合性“律令”行用，并有军法典《贞观玉镜统》。至仁宗天盛年间（1149—1169 年），正式制定《天盛改旧新定律令》20 卷，150 门，1461 条。该法典无注释、附例，仅律令条文达 20 余万言，其详细程度为中古法令之最。内容涵盖刑事法、行政法、经济法、民事法、诉讼法、军事法等。至神宗光定年间（1211—1223 年），又编订《亥年新法》。

### 3、金朝法律制度

金朝（1114-1234 年）是以女真族为主体建立的政权，历 9 帝 120 年。金朝保持女真旧制，兼采宋辽制度。熙宗皇统三年（1143 年），“以本朝旧制，兼采隋唐之制，参辽宋之法”，制定了金朝第一部成文法典《皇统制》。其后，法制的汉化进一步加深，至章宗泰和二年（1202 年）颁行《泰和律令敕条格式》，包括《泰和律义》12 篇，《律令》20 卷，《新定敕条》3 卷及《六部格式》30 卷。至此，金朝形成了如宋朝一样的律、令、格、式、编敕体系，从形式到内容实现了全面汉化。

金朝法制采取因地因族制宜方针，坚持多制并存。对原女真部族“一依本朝制度”即习惯法；对新征服契丹地区及燕云十六州，仍行杂糅契丹习惯的辽朝旧制；对原北宋地区则沿用宋法制。其法制汉化程度远超辽和西夏。尤其是《泰和律义》12 篇名目与唐宋雷同，后人称其“实唐律也”。

## 第五章 元明清法律制度

### 第一节 元朝法律制度

#### 一、立法概况

##### 1、立法指导思想

元朝的立法指导思想缺乏系统性，但是从其法制的实践和有关文献典籍的记载中，仍可概述其要者如下：

一是“祖述变通”“附会汉法”。即一方面考稽成吉思汗以来蒙古汗国的制度，另一方面参用汉法对法律制度进行变通。因此而形成的元代法律是蒙古旧制与汉法的混合物，即“以国朝之成法，援唐宋之典故，参辽金之遗制”。成吉思汗时期，下令郭宝玉制定新令，批准颁布《条画五章》，这是蒙古政权第一次汉化的立法。元世祖继位后，采用金朝的《泰和律》。至元元年（1264年）颁行《新立条格》，内容涉及官制及官吏待遇、赋役科敛、军纪、诉讼刑狱等方面。至元八年（1271年），禁行《泰和律义》。

二是“因俗而治”，蒙汉异制。元代仿照辽代“因俗而治”的办法，在婚姻立法等方面明确规定蒙古人不适用汉法规范，在政治法律上贯彻“分而治之”的国策。元初在法律上把境内居民分为四等：蒙古人、色目人、汉人、南人。蒙汉异制有利于保护蒙古人的各项特权。

由于元朝立国之始便排斥汉族原有的法律体系，因而没有沿袭唐宋时期传统的立法形式，只是以符合蒙古习惯的令、条格、制、敕、断例等庞杂的法律形式，替代国家统一律典的编纂。在法律内容上“暗用而明不用，名废而实不废”，将唐宋之律文大量化为条格、断例等形式，使条格和断例成为法律的主要形式。

##### 2、《大札撒》

“札撒”，蒙语“大法令”之意，是古代蒙古部落首领对部众发布的命令，是蒙古人早期初创性的法律规范和生活习惯。大蒙古国建立之后，成吉思汗于1225年下令编纂札撒和训令，史称《大札撒》或《札撒大全》。札撒内容庞杂，包括刑事、民事、军事、宗教、审判、治安等各个方面，旨在保护蒙古人的游牧经济和社会秩序，也是当时蒙古民族生活习惯和迷信禁忌的反映。《大札撒》以原始性和刑罚残酷性而著称，对元朝立法产生了很大影响。

##### 3、《至元新格》

元世祖于至元二十八年（1291年）令中书右丞相何荣祖等“以公规、治民、御盗、理财等十事辑为一书，名曰《至元新格》，令刻版颁行，使百司遵守”。《至元新格》侧重行政、财政、



民事等方面，是元朝统一中国后颁布的第一部比较系统的成文法典。

#### 4、《大元通制》

《大元通制》颁行于元英宗至治三年（1323年），共2539条，分诏制、条格、断例、别类四部分，其篇目仿唐、宋旧律，分为名例、卫禁、职制、祭令、学规、军律、户婚、食货、大恶、奸非、贼盗、诈伪、诉讼、斗殴、杀伤、禁令、杂犯、捕亡、恤刑、平反等二十篇，较为全面地反映了元朝法制的基本状况。《大元通制》是一部由法规和判例组成的汇编，是成文法与判例法的结合。它的编成标志着元建立以来法典编纂已基本完成，元代法典至此定型。元顺帝至正六年（1346年）又颁布《至正条格》，是对《大元通制》的修订补充。

#### 5、《元典章》

全称为《大元圣政国朝典章》，是地方官员对世祖以来约五十年间有关政治、经济、军事、法律等方面的圣旨条例的汇编，共60卷，分诏令、圣政、朝纲、台纲、吏部、户部、礼部、兵部、刑部、工部共十类。《元典章》以六部划分法规体例，是《大明律》以六部分篇之滥觞。《大明律》附载五服图的做法，在《元典章》中也已有先例。《元典章》虽非中央政府所颁法典，但它系统保存了元朝法律的内容，成为研究元朝社会及法律的珍贵材料。

元朝的法律文献还包括元文宗至顺二年（1331年）编成的《经世大典》，这是一部仿效《唐六典》而编订的典章汇编，共880卷。

### 二、刑事立法

#### 1、罪名体系与量刑原则的变化

**元朝罪名体系最为显著的变化，是强奸幼女罪的确立。**《唐律疏议》和《宋刑统》规定的奸类罪中，未特别列出强奸幼女罪。元朝法律则规定：“诸强奸人幼女者，处死；虽和同强，女不坐。”处罚比一般强奸罪（杖107）要重得多。元朝将“幼女”的年龄界定为10岁以下。而且，犯强奸幼女罪，一般不适用赎法。此外，元朝沿袭唐宋律中“十恶”的基本内容，但改“十恶”为“诸恶”，尤以谋反罪为打击之重点。

元朝在量刑原则上也有显著变化，总的趋势是处罚减轻，形成有元一代崇尚轻刑的风习。譬如，元朝对于谋反，规定“诸父谋反，子异籍不坐”。而其他各朝对谋反罪都贯彻亲属连坐的原则。婚姻家庭犯罪也是如此，对于居父母丧而忘哀拜灵成婚者，唐律规定强制离婚，徒三年；而元朝只是离婚加杖八十七。但元朝由于吏治败坏，法外酷刑比较普遍。

元朝为贯彻民族分治和民族歧视政策，在刑罚的适用上实行蒙汉异法、同罪异罚的原则。蒙古人毆死汉人，只需断罚出征，全征烧埋银；但汉人打死蒙古人，则要处死，且烧埋银照付。汉人犯盗窃罪，附加刺字，蒙古人则不受刺字之刑。蒙古犯人在监可以享有诸多汉人不能享有

的待遇。僧侣亦享有法律上的诸多特权，除犯奸盗、诈伪、杀伤人命等重罪案件外，僧侣不受法律的制裁。此外，元朝法律还禁止汉人藏有兵器盔甲甚至弹弓等，不许养马，以防汉人反抗。

元朝对于贼盗犯罪处罚明显加重。至元年间甚至有诏令规定：“强盗皆死。盗牛马者剿。盗驴骡者黥额，再犯剿。盗羊豕者墨项，再犯黥，三犯剿，剿后再犯者死。”可见为惩治窃盗犯罪，元朝广泛恢复肉刑。

## 2、刑罚制度的变化

元朝的刑名基本上沿袭唐宋五刑制度，但也有所变化，明显地带有蒙古民族的旧俗。在成吉思汗时，斩决、流放和用柳条责打是主要的刑罚方式。忽必烈即位后，刑罚制度逐步向汉法的笞、杖、徒、流、死五刑体系转变。死刑分为凌迟和斩两种。五刑之外又有刺字、剿刑、黥刑等肉刑和醢刑、剥皮等酷刑。隋唐以来以十为尾数的笞杖刑改为以七为尾数，共十一等：笞刑从七至五十七，分为六等，杖刑从六十七至一百零七，分为五等。元初还仿效宋朝施行“折杖法”，杖折为笞，徒折为杖，但折杖法并未维持很久，徒刑恢复后，并附加杖刑，以至“本减而变为加矣”。元朝还公开允许私刑的合法存在。还规定强盗、窃盗罪犯在服刑完毕后，发付原籍充“警迹人”。即“充警迹人，红泥粉壁”制度，通过昭示盗贼犯人之劣迹，以彰其过，达到“自警亦警人”目的，也有些类似于现代的社区矫正制度。【五年内不犯，除去；再犯，终身拘籍。】

## 三、民事立法

### 1、财产法律制度：契约关系；损害赔偿。

元代法律中有许多关于“阑遗物”的规定。“阑遗物”是蒙语中的牲口和奴婢，因为长期游牧，牲口对于征战、运输、生存具有重要意义。阑遗的牲口和奴婢如果公告十天仍无人领取，官府应收管，有主人前来认领的，仍要归还本主。

元代的契约关系主要规定了买卖契约、典当契约、借贷契约、租佃契约。不动产买卖和典当必须经过“经官给据”“先问亲邻”“签押文契”“印契税契”“过割赋税”五个程序才能生效。

元代关于损害赔偿的规定，较多体现在人身伤害上。如造成对他人的人身伤害，加害人除承担相应的刑事责任外，还要承担民事赔偿责任，包括“养济之资”“养贍之资”和“医药之资”。烧埋银主要适用于杀人或伤人致死的犯罪。对于各种杀人罪，向罪犯家属征“烧埋银”白银 50 两给“苦主”（受害人家属）。烧埋银具有一定的损害赔偿性质，但蒙古人往往以此逃避刑事追究。

### 2、婚姻与继承制度的特点

元朝统一中国以后，虽然受到儒家礼教纲常的影响，但仍保持某些蒙古族原有的传统，特

别在婚姻方面，允许依照不同民族的风俗和习惯行事，而不强求划一。至元八年定制：“诸色人同类自相婚姻者，各从本俗法。”汉族禁止“有妻更娶”，但蒙古习惯法“札撒”却允许蒙古人一夫多妻。此外，蒙古人还实行“收继婚”，即未婚男子收娶家族中的寡妇为妻，子可收父妾，弟可收兄妻，兄可收弟妻，“父死则妻其母，兄弟死则收其妻”。但汉人除弟收亡兄妻外，上述亲属乱伦或重婚均为法律所严禁。

建立婚姻关系必须订立婚书（或称“嫁娶礼书”），婚书上写明议定的聘财数额，如果是招赘女婿，须写明养老或出舍的年限，主婚人、保亲人，媒人须在婚书上签字画押，然后依礼成亲，婚姻关系方才有效。明、清时虽然一般也要求有婚书，但已不再是必备形式要件。元朝还对媒妁进行规范化管理，只有经基层官员、地方长老等保举推荐的“信实妇人”才能充任媒妁，并由官府登记在册，媒妁职业化倾向明显。关于婚姻的限制和解除，元基本沿用唐宋旧法，但不似唐宋那样严格。

在继承方面，蒙古人和色目人各依其本俗法。蒙古习惯法由幼子继承父业，后因接受汉法影响实行诸子均分制，但实际份额仍不相同。户绝之家的女儿和寡妇享有继承权或有条件的继承权。元朝以前，法律允许改嫁寡妇带走原有妆奁，不准寡妇带走的限于亡夫的遗产（或应得份额）。但元朝规定，离婚妇女或寡妇如果再婚，丧失原先从父母处得来的妆奁物及其他继承得来的财产，夫家财产更是不得带走。明清受元朝影响，皆有“（寡妇）改嫁者，夫家财产及原有妆奁，并听前夫之家为主”的规定。

## 四、行政立法

### 1、中枢和地方行政机构

元朝以中书省取代隋唐的三省。中书省以中书令为长官，由皇太子兼领。皇太子一般不到职视事，由左右丞相及其他副职实际负责政务，统称宰相。中书省下仍设吏、户、礼、兵、刑、工六部，掌管国家各方面行政事务。

元朝中央政府另设有枢密院和宣政院。枢密院掌理军事，地位低于中书省，皇太子兼领枢密使。宣政院掌理全国佛教及吐蕃地区军民政教事务，以国师（帝师）总领，机构庞大，职官僧俗并用，遇重大军事，须会同枢密院商定。由于蒙古贵族崇信喇嘛教，并且以国师或帝师教旨和皇帝敕令并行于西部藏族地区，因此，宣政院的权力很大。

地方行政机构大体仿宋、金旧制。元世祖时置行中书省，以为中书省的临时派出机构，不久因其有利于加强中央集权，即以行省作为地方固定的行政区域，大体形成行省、路、府（州）、县四级制。行省和路分别以丞相和总管为长官，府、州、县则设尹为长官。地方各级行政机构皆设蒙古管事官达鲁花赤一人，掌握实权。

## 2、科举制度的变化

元朝建立以后，科举考试制度长期停废，直至元仁宗延佑元年（1314 年）才恢复。元朝的科举每三年举行一次，分为乡试、会试和殿试三级。元朝结束了以诗赋取士的历史，首创以程朱理学为内容的经义取士制度，对明清科举制度影响很大。

## 3、监察制度的发展

元朝政权很重视监察制度的建设，目的在于通过对官员尤其是汉族官员的监督，来防止他们拥权自重。通过总结和吸取历史经验教训，元朝建立和发展了颇具特色的监察制度。

**首先，加强监察立法，使监察有法可依，有章可循。**元世祖时曾颁布了一系列监察法规，以指导和规范监察机关的工作，如《宪台格例》《察司体察等例》《行台体察等例》《禁治察司等例》《察司合察事例》《廉访司合行条例》等。仁宗时期编纂的《风宪宏纲》，更是元朝监察法律的集大成者。这些法律详尽地规定了各级监察机关的机构设置、职责范围、监察官员的选任、考纠等，表明元朝监察立法已初具规模并日臻完备。

**其次，监察体制设置严密，并且赋予其较大的权限。**在机构设置上，中央一级为御史台（中台），它与中书省互不隶属，地位相同。在地方则设立两个行御史台（行台）——江南（南台）和陕西（西台），作为中央的派出机构。南台负责监临东南诸省，西台负责监临陕西诸道。在中台和行台之下，分二十二道监察区，每道设肃政廉访司。肃政廉访使常驻地方，主要是纠察地方官员的政绩得失，巡复、按复各路已结案件。中台、行台与肃政廉访司相衔接，构成了全国范围的垂直监察系统。

**其三，重视加强对监察官本身的监督。**元政府重视加强对肃政廉访使的领导，对监察官员实行严格监督，规定了详密的行为规范和奖惩措施。肃政廉访使对所辖各地的冤滞如果“举劾失当”，则“并坐之”。对监察官员的犯赃行为加等治罪，即使并未枉法，也予以除名的处罚。行御史台虽为区域性监察机构，但设官品秩与职权皆与御史台相同。

**其四，体现民族歧视政策。**为便于对汉族官员进行监察，监察制度中也贯彻了民族歧视政策。终元一世，御史大夫一职“非国姓不以授”，只能由蒙古贵族担任。一般情况下，汉族官吏连充任地方监察机关书吏的资格都不具备。

## 五、司法制度

### 1、中央司法机关：大宗正府，刑部，宣政院

在民族、宗教和社会矛盾等交相作用下，元朝逐渐形成了复杂多元而又不相统摄的司法体制，导致司法权的分散和审判中随意擅断的种种弊端。大宗正府从蒙古国初期掌刑政的札鲁忽赤（断事官）演变而来。《元史·刑法志》载“诸四怯薛及诸王、驸马、蒙古、色目之人犯奸

盗、诈伪，从大宗正府治之”，指的是其常职。大宗正府专门负责审理蒙古、色目人和宗室的案件，它既是管理蒙古贵族事务的机构，又是具有独立管辖范围的中央司法机关，职掌比较混乱。

刑部属中书省，掌司法行政与审判。据《元史·百官志一》载，凡“大辟之按覆，系囚之详讞，孥收产没之籍，捕获功赏之式，冤讼疑罪之辨，狱具之制度，法令之拟议，悉以任之”。原属大理寺的职能，部分地归于刑部，但在实践中，其审判权常常被大宗正府、诸王和驸马侵夺。

宣政院是主持全国佛教事务和统领吐蕃地区军、民之政的中央机构，同时也是全国最高宗教审判机关，负责审理重大的僧侣案件和僧俗纠纷案件。由于职掌的特殊性，自成系统。有时在江南设行宣政院，在诸路、府、州、县则设僧录司，管理各地僧侣狱讼。**僧人除犯奸盗、诈伪、殴伤人命等罪归司法机关审问外，其自相争告及其他一般案件，都由寺院主持审理。由地方官审理的涉及僧侣的案件，须上报宣政院。【23 新增】**

## 2、诉讼审判制度

元朝的诉讼制度有所发展，突出表现为“诉讼”在法典中开始独立成篇。《元史·刑法志》《元典章》中，“诉讼”已经独立出现，对诉讼的程序、步骤、诉状的格式等，都做了详细规定，反映出实体法与程序法开始逐步分离。

元代开始出现了诉讼代理，《元史·刑法志·诉讼》载：“诸老废笃疾，事须争诉，止令同居亲属深知本末者代之。”即考虑到年老、残疾行动不便者，自诉能力有限，允许其亲属中了解情况者代理诉讼。在实际诉讼中，元朝的代理只适用于两种人，一种是年老和疾病、行动不便者，另一类是退休或暂时离任的官员。

元朝的诉讼管辖中有一种“约会”制度，即当遇到不同户籍、不同民族及僧侣之间发生刑名诉讼时，政府要出面将相关户籍的直属上司请来共同审理。

## 第二节 明朝法律制度

### 一、立法概况

#### 1、立法指导思想：“刑乱国用重典”“明刑弼教”

明太祖朱元璋在总结元亡历史教训的基础上，确立了“刑乱国用重典”的立法指导思想。“出五刑酷法以治之，欲民畏而不犯。”目的在于最大限度地发挥刑罚的威慑力，表现在“重典治吏”和“重典治民”两个方面上。

“明刑弼教”最早出自《尚书·大禹谟》“明于五刑，以弼五教”。宋代以降，朱熹首先对

“明刑弼教”作了新的阐释，有意提高了礼、刑关系中刑的地位，这意味着法制指导原则沿着德主刑辅——礼法合一——明刑弼教的发展轨道，进入了一个新的阶段。

经朱熹阐发的“明刑弼教”思想，实质上是借“弼教”之口实，为推行重典治国政策提供理论依据。明初统治者正是如此认识“刑”与“教”及其相互关系的。朱元璋明确提出“明礼以导民，定律以绳顽”，将伦理道德的预防犯罪职能与法律的镇压犯罪职能相结合，以实现明王朝的长治久安。

## 2、《大明律》与“六部分篇”体例

《大明律》从起草到最后颁布，前后历经 30 年。“刊布中外，令天下知所遵守。”要求官吏讲读律令。《大明律》改变了唐、宋旧律的传统体例，以名例冠于篇首，下按六部官制分吏、户、礼、兵、刑、工六律，共 7 篇，30 卷，460 条。《大明律》在编制体例上以名例及六部分篇，为古代法典体例的一大变化。这一变化，是与明朝取消宰相制度、强化六部职能的体制变革相适应的。门类划分较细，便于寻检条文。文字浅显简明，通俗易懂。另外，律首附有《服制图》《六赃图》等图表，使援引者一目了然。《大明律》条文简于唐律，精神严于宋律，无论形式还是内容都有所发展，是终明之世通行不改的基本大法。

洪武元年（1368 年）还颁行《大明令》，按六部分篇，条文简略，只有 145 条。这是帝制中国最后一部令典。

## 3、明《大诰》的制定及其特点

为贯彻“刑乱国用重典”的方针，防止“法外遗奸”，朱元璋御制《大诰》，作为明初的刑事特别法。《大诰》分为四篇：《御制大诰》《大诰续编》《大诰三编》《大诰武臣》。《大诰》之名来自周公东征殷遗民时对臣民训诫的记录《尚书·大诰》。《大诰》内容包括朱元璋亲自审理的案例，朱元璋对臣民的训导以及新颁布的重刑法令。《大诰》的效力在律之上，对于律中原有的罪名，一般都加重处罚。其打击锋芒主要指向贪官污吏。

《大诰》大行法外之刑，滥用酷刑，诸如“墨面文身挑筋去指”“墨面文身挑筋去膝盖”“剁指”“断手”“刖足”“阉割为奴”等。《大诰》也是中国历史上空前普及的法规：“一切官民诸色人等，户户有此一本，若犯笞、杖、徒、流罪名，每减一等。无者，每加一等。”《大诰》还成为各级学校的必修科目，科举考试中也列入《大诰》的内容。但在朱元璋死后，《大诰》便被束之高阁。

## 4、《问刑条例》

条例是明律以外的单行法规，简称为“例”。通常由司法机关根据典型案例拟定条文，经皇帝批准颁布，成为可以普遍适用的法律形式。例与律的关系，“律者万世之常法，例者一时

之旨意”，例比律更具灵活性。《大明律》编成以后，明太祖曾令子孙守之，大臣不得稍议更改。然而随着时代的发展和社会的变迁，《大明律》已远远不能满足统治者的要求，条例于是被广泛地运用于司法实践。明初之例还仅是律文的补充，成化以后用例之风日盛。明孝宗弘治十三年（1500年），刑部删定《问刑条例》，与律并行，并且“通行天下永为常法”。之后嘉靖、万历年间多次修订，条文不断增加。万历年间还将重新辑修的《问刑条例》附于《大明律》，律为正文，例为附注，称《大明律集解附例》，从而开律例合编的先例并影响了清朝。

## 5、《大明会典》

《大明会典》是明朝官修的一部行政法规汇编。修纂始于英宗朝，至孝宗弘治十五年（1502年）成书，其后，武宗、世宗、神宗三朝重加校刊增补，其中《正德会典》和《万历会典》曾颁行天下，并流传至今。《大明会典》仿照《唐六典》而作，体例以六部官制为纲，分述各行政机关的职掌、建制、沿革、管理制度以及礼仪、礼制等。在每一官职之下，先载律令，次载事例。明会典内容丰富，记述详备，汇集了明朝的典章制度和行政法令，对调整国家行政法律关系具有重要作用，为清五朝会典的制定奠定了基础。

## 二、刑事立法

### 1、定罪量刑的主要原则

“断罪无正条”。明律规定：“若断罪无正条，引律比附。应加、应减，定拟罪名，转达刑部议定奏闻”，确立了“比附”类推的原则。与唐律的“举重以明轻，举轻以明重”的原则相比，使法官的自由裁量权更大，助长了司法擅断的弊端。

涉外案件。明律规定：“凡化外人犯罪者，并依律拟断。”采取类似近代“属地法主义”的原则。

### 2、奸党罪

鉴于历代臣下结党造成皇权削弱，统治集团内部矛盾导致国亡民乱的教训，明朝严禁臣下结党，在《大明律》中增设“奸党”罪，并罗列了该罪的种种表现：在朝官员交结朋党紊乱朝政者；大小官员巧言进谏，请求宽免死罪之人，暗中邀买人心者；司法官不执行法律，而听从上级命令出入人罪者；“奸邪进谗言，左使杀人者”；甚至“上言宰执大臣美政才德者”，均构成奸党罪，一律处以斩刑。**明朝对于奸党罪处罚严厉，决不宽贷。《大明律》特设“奸党罪”这一政治罪名，目的是打击臣下“朋比结党”的行为，消除对皇权的威胁。**仅洪武年间，以奸党罪被诛杀的文武官吏就达几万人，反映了皇权专制的极端发展。

### 3、充军

充军刑在宋元时已经存在，明朝广泛适用，是强迫罪犯至边远地区充当军户的刑罚。明初

由于边境卫所需要充实士兵，于是将罪人发配充军，后来逐渐成为经常适用的刑罚。**极边、烟瘴、边远、沿海、口外、近卫和附近七种不同的里程等级。**【24 新增】充军适用的对象从犯罪的军人扩大到普通百姓，贩卖私盐、搅扰商税者，甚至放牧牲畜践踏庄田者，也以充军发落。充军期限分为“终身”（即本人身死为止），以及“永远”（即罪犯本人死亡后子孙亲属仍须继续充军，直到“勾补尽绝”方能“开豁”）。充军远比一般流刑为重。

#### 4、廷杖

廷杖是皇帝处罚大臣的非常之刑。明律中并无廷杖的刑罚，但从朱元璋开始，经常于殿廷之上，由司礼监监刑，锦衣卫施刑，杖责冒犯皇帝的大臣。被杖者轻者血肉模糊，重者立毙杖下。洪武十四年（1381 年）朱元璋将工部尚书薛祥杖杀于朝堂之上，后廷杖遂成定制，成为常刑。正德十四年（1519 年）武宗廷杖谏止南巡的群臣 146 人，死 11 人；嘉靖三年（1524 年）世宗廷杖谏争大礼的大臣 134 人，死 16 人。以如此残忍的手段刑责羞辱朝臣，在中国历史上前所未闻。

#### 5、犯罪与刑罚的主要特点

清人薛允升比较唐、明律后指出，明律多承袭唐律的内容，但“轻其所轻，重其所重”，突出刑法的打击对象，加大刑罚的力度。

一方面，明朝加重了对一些重点犯罪的镇压。薛允升在《唐明律合编》中说：“贼盗及有关帑项钱粮等事，明律则又较唐律为重。”“重其所重”反映出明律重刑主义的特点。唐律对谋反大逆者处以斩刑，连坐处绞只限父与子（十六岁以上），其他都处以流刑或没为官奴。而明律对犯谋反大逆者，凌迟处死，连坐处斩并扩大到祖父、父、子、孙及伯叔父等。除了政治性犯罪外，对于强盗、窃盗、抢夺等侵害财产以及官吏贪赃受贿等犯罪的处罚，明律都比唐律明显加重。

另一方面，明律对一些轻微触犯礼教、典礼的罪名，比唐律处罚有所减轻，即“轻其所轻”。《唐明律合编》认为“大抵事关典礼及风俗教化等事，唐律均较明律为重”。如列入“不孝”的父母在子孙别籍异财者，唐律处徒刑三年，明律仅杖八十。子孙违反教令，唐律处徒刑二年，明律杖一百。对某些危害不大的“轻罪”从轻处罚，使刑事制裁具有更强的针对性。

### 三、民事立法

#### 1、财产所有权

为发展农业，鼓励开垦荒地，对无主土地，明初强调先占原则，规定凡逃弃荒田一律归先占开垦者所有，旧主即使回归也丧失土地所有权，只可请求返还房屋坟墓。另外，先占原则还体现在对遗失物、埋藏物所有权归属的规定上。明律规定遗失物在 30 日公告期内即使被主人



领回时，拾得人仍可获得一半；公告期满无人认领，则由拾得者获得遗失物的全部所有权。在埋藏物的归属问题上，明律规定“若于官私地内掘得埋藏物者，并听收用。”埋藏物完全归发现人所有，只是“古器、钟鼎、符印、异常之物”必须送官。违者，杖八十，其物入官。

## 2、婚姻家庭与继承制度的变化

明朝关于婚姻的规定基本沿袭唐宋旧律。譬如，主婚权属于祖父母、父母；婚姻缔结要有婚书和聘礼；同姓、同宗无服亲及良贱不得为婚；婚姻的解除以七出、义绝为条件等。但也增添了一些新的内容，如强调婚姻礼俗；“男女婚姻，各有其时”，即适龄者方许结婚；双方家长的意愿是婚姻订立的首要前提。明律从大量的婚姻纠纷中总结出符合情理避免争讼的规定，如“定婚之初，若有疾残、老幼、庶出、过房、乞养者，务要两家明白通知，各从所愿”，然后再写立婚书，依礼聘娶。明律对义绝作出了新的解释：“义绝之状，谓如身在远方，妻父母将妻改嫁，或赶逐出外，重别招婿，及容止外人通奸。又如本身殴妻至折伤，抑妻通奸，有妻诈称无妻，欺妄更娶妻，以妻为妾，受财将妻妾典雇，妄作姊妹嫁人之类。”这种认定侧重于婚姻关系本身的状况，与唐律义绝条件中注意夫对妻族、妻对夫族的殴杀罪、奸非罪，以及妻对夫的谋害罪有所不同。

家长的权力进一步明确与扩大，主要包括教令权和主婚权。家长对违反教令的子孙有权直接进行肉体惩罚。明律明确规定，若子孙违犯教令，祖父母、父母可以“依法决罚”。家长还可将违法的家庭成员送交官府请求予以惩罚。子孙违犯祖父母、父母教令，如果祖父母、父母将之亲告送惩，则遂其意而将其子孙杖一百。家长的主婚权亦有明定，“嫁娶皆由祖父母、父母主婚”。但是家长的责任也更大，“凡嫁娶违律，若由祖父母、父母……主婚者，独坐主婚”。家长的主婚权实际上就是父母的包办婚姻权。

明朝仍坚持身份继承的嫡长子继承制和财产继承的诸子均分制。户绝财产由所有亲女继承，无女者入官。奸生子继承地位上升，是明朝继承法的发展。

《大明令·户令》规定：“凡嫡庶子男，除有官荫袭，先尽嫡长子孙，其分析家财田产，不问妻、妾、婢生，止依子数均分；奸生之子，依子数量与半分；如别无子，立应继之人为嗣，与奸生子均分；无应继之人，方许承继全分。”可见，明代继承法律重在保护直系亲属的继承优先地位，排除旁系亲属的财产继承权。【23 新增】

## 四、经济立法

### 1、赋役制度：一条鞭法

明中期起，各地进行各种赋役制度改革的尝试，嘉靖十年至崇祯十年约一百年间，朝廷向各地推行“一条鞭法”的赋役改革方案。“一条鞭法”是将各种类型的赋役并为统一的货币予

以征收的赋税制度。主要内容：将各州县的田赋、杂税和差役合并，统一征收；各项杂税和差役等统一折算成白银，平摊入土地，按照土地和人丁的多少征收；征收赋税实行“官收官解制”，即由官府自行负责征收和解运。“一条鞭法”是中国赋役制度史上的重大变革，结束了历代以征收实物为主的国家税收方式，从实物税转向货币税；废除了古老的直接役使农民人身的徭役制度，传统的人身依附、强制关系得以松弛；税收制度开始转向以资产（土地）计征，将过去的对人税改为以对物税为主，有利于赋税负担的合理化。

## 2、海外贸易制度

明朝海外贸易立法主要有两方面：其一，制定“海禁”法规，朱元璋时期推行“片板不许下海”的海禁政策，严禁一般商民私自与外国通商往来，《大明律》专设“私出外境及违禁下海”条，严禁私自出境及下海贩卖。隆庆年间私人海外贸易变为合法，但须在官方控制下进行。其二，朝贡贸易立法，即海外诸国与明贸易必须以朝贡为先决条件，并设“市舶提举司”主管朝贡贸易事务。

## 五、行政立法

### 1、中枢与地方行政机构

明初极度强化了君主集权制度。洪武十三年（1380年）明太祖废除传统的丞相制度，由皇帝直接控制中央六部，使六部对皇帝直接负责。明朝的军事指挥权分由前、后、左、右、中五军都督府掌握；监察机构御史台扩大为都察院；特设通政使司统一收发各部门与皇帝之间的奏章文件。六部尚书与通政使、左都御史、大理卿合称“九卿”。洪武十五年（1382年），鉴于“人主以一身统御天下，不可无辅臣”，朱元璋从翰林院等机构中选调官员加殿阁大学士衔，负责草拟诏谕，并充当皇帝的顾问，但是“不得平章国事”。成祖时命翰林院侍读、编修、检讨等文学侍从官员入值文渊阁，正式称为内阁，并参与机要。内阁大学士职权仅是遵命办事而已，不同于原来的中枢机关中书省。后来，由于六部尚书入阁兼领殿阁大学士衔，内阁的职权渐重，尤其是首席大学士称为“首辅”，实际上掌握了丞相的权力。但是明中后期的宦官专权和政治腐败，限制了内阁权力的发展，使其始终只是处于“辅臣”的地位。

**地方行政机构分为省、府、县三级。**各省设布政使司掌行政，按察使司掌司法和监察，指挥使司掌军事，合称“三司”，同为一省长官，均直属于中央，彼此地位平等，互不统属，又互相牵制。府设知府，县设知县，统掌所辖地方行政和司法。

### 2、官员选任制度

明朝建立了完整的科举选官制度。只有官学的学生才可参加科举考试。中央设国子监为最高学府，学生称“监生”，由各地官学选送。各府州县均设官学，学生称“生员”，俗称“秀才”。

士人考取生员就可享有免役特权，并可不受笞杖刑和刑讯。生员可参加每三年一次的省级乡试，考取即为“举人”，也可经考试推荐为监生。举人经六年一次的“大挑”可直接任官，监生也可被选为官，但一般只能担任教官或辅助性官职。举人可参加每三年一次的全国性会试，考中再经殿试合格，即为“进士”。进士可以直接出任正七品的知县，前几名还会被选入翰林院任职。

明太祖采纳刘基的意见，规定各级考试专用四书五经命题，考生只能按照程朱理学的注解答题，不得言及时事，自由发挥。明宪宗时更创立了“八股”的格式，使考生文章完全脱离社会实际。这种变化更适应了加强思想专制统治的需要。

明朝任官基本上每三年轮换一次，地方官严格实行“北人官南、南人官北”的籍贯回避制度。为使官员转官公平，明中期开始吏部采用抽签方式决定官员的任职地方。官员年满六十岁致仕，回乡官员称为“乡宦”，仍享有免役和司法特权。

### 3、监察制度

明朝建立了空前庞大的监察机构。中央监察机关都察院由御史台改名而来，长官为左都御史，右都御史辅之。都察院号称“风宪衙门”，为天子之耳目，所有御史必须科举出身，职权颇重，对任何官员都可进行监督弹劾，并可对刑部的审判和大理寺的复核及地方审判进行监督。都察院设十三道监察御史，每年轮换出京至各省巡查，称为“巡按御史”，官阶不高，但拥有“大事奏裁，小事立断”的权力。御史犯罪加重二等处罚。

中央六部每部设都给事中、左右给事中各一人，负责监察六部日常政务活动，核查奏章和奉旨执行政务的情况。六科给事中合称“六科”，与都察院并列，直接向皇帝负责。

为加强对地方的控制，朝廷还时常派出部尚书、侍郎一级的官员“巡抚”各省，明中期以后渐成惯例，由巡抚统管一省行政，如遇战事，则派出总督统掌军政。后来巡抚和总督逐步发展成为地方长官。此外，地方的提刑按察使也享有监察权，被称为“行在都察院”“外台”。

## 六、司法制度

### 1、中央司法机关：刑部，大理寺，都察院

明朝中央司法机关的名称、职掌均与唐宋有所不同。大理寺、刑部、都察院组成明中央“三法司”。“刑部受天下刑名，都察院纠察，大理寺驳正。”刑部是中央司法行政机关，主司审判，下设十三清吏司，分掌各省上诉案件，审核地方上的重案和审理中央百官及京师地区的案件。刑部有权处决流刑以下的案件，但定罪以后须将人犯连同案卷送大理寺复核，死刑案件复核后须奏请皇帝批准。大理寺是复核机关，“掌审讞平反刑狱之政令”。对于判决不当的案件则驳令改判，判决得当者才允准具奏行刑。都察院的监察组织和职权有所扩大，负责纠举弹劾全国上

下官吏的违法行为，并且参与重大疑难案件的审判工作，监督法律的执行。都察院附设监狱，关押皇帝直接交办的重要案犯。都察院的监察御史还定期巡按地方，对地方司法审判进行监督。为加强司法审判，重大疑难案件实行三法司共同会审，称“三司会审”。

## 2、地方司法机关

明朝地方司法机构可分为省、府、县三级，其中省一级的提刑按察使司，可算是专职的司法机构，长官为按察使。按察使司主管全省司法审判及监察官吏事务。另外省行政机构承宣布政使司也设有理问所，负责以民事诉讼案件为主的审判事务。府、县仍实行行政司法合一的传统制度，由知府、知县统揽行政、司法权力。

明朝军事机构中也设专职司法官。各省军事机构都指挥使司均设“断事司”，负责审理本省驻军军人之间的诉讼。

## 3、厂卫

厂卫干预司法活动，是明朝一大弊政。“厂”是由太监组成、直属皇帝的特务机关，包括东厂、西厂、内行厂。“卫”是指皇帝亲军十二卫中的锦衣卫，主要职责是掌管皇帝出入仪仗和警卫事宜。从太祖开始，锦衣卫以兵兼刑，掌有缉捕、刑狱之权。所设南北镇抚司中，北镇抚司专管诏狱，又称锦衣卫狱。厂卫并非国家正式的司法机关，但在皇帝的纵容之下，由宦官操纵，凌驾于司法机关之上，享有侦察缉捕、监督审判、法外施刑等种种司法特权。厂卫滥施法外酷刑，“杀人至惨而不顾于法”。厂卫之制是皇权高度集中和恶性发展的产物。

## 4、申明亭

朱元璋说：“朕仿古为治，明礼以导民，定律以绳顽。”为“申明教化”“明刑弼教”，明初创建了申明亭，对百姓施行教化，并调处纠纷，以稳定统治秩序。洪武五年（1372年）始设申明亭于各州县乡间，由本里百姓推举正直乡里耆老、里长主持。亭内树立板榜，定期张贴榜文，公布本地有过错人的姓名和过错行为，“以示惩戒，而发其羞恶之心。能改过自新则去之”。并受理和调处有关婚姻、田土、斗殴等民事纠纷和轻微的刑事案件：“凡民间应有词状，许耆老里长准受于本亭剖理。”“命有司择高年人公正可任事者，理其乡之词讼，若户婚、田宅、斗殴则令里胥决之。事涉重者，始白于官，若不由里老处分而径诉县官，谓之越诉。”若经申明亭调解仍不愿和息，始可向官府起诉。可见申明亭具有地方基层司法组织的性质。洪武三十一年（1398年）颁行《教民榜文》，巩固和扩大了里老的司法审判权，力图普及政教法令于民间。《教民榜文》规定：“民间户婚、田土、斗殴相争，一切小事，不许辄便告官，务要经由本管里甲、老人理断。若不经由者，不问虚实，先将告人杖断六十，仍发回里甲、老人理断。”榜文是太祖、成祖时期一种文告形式的单行法规，即把皇帝的谕旨或经皇帝批准的官府告示、法

令、案例等在榜上公示，悬挂于各衙门门前和申明亭内。统治者希望通过榜文宣传，大行教化，安定秩序。但是，成祖以后，榜文逐渐流于形式直至消亡。

### 5、明朝诉讼制度的特点

第一，严厉制裁诬告行为。历朝的法律都视诬告为严重犯罪，诬告者反坐。明律进一步加重处罚，规定诬告加等反坐。

第二，严禁越诉。明律规定：“凡军民词讼，皆须自下而上陈告。若越本管官司辄赴上司称诉者，笞五十。”

第三，军官、军人诉讼一般不受普通司法机构管辖。

第四，明确地域管辖的原则。对于被告不在同一州县，或被告分居数州县诉讼案件的管辖，明律规定了“原告就被告”“轻囚就重囚”“少囚就多囚”“后发就先发”的原则。

第五，强调以民间半官方组织调解“息讼”。

### 6、审判制度：会审制度

明朝审判制度较前朝有较大发展，表现在创设了一套对疑难、重大以及死刑复核案件进行会官审录的会审制度。明朝的会审主要包括以下几种：

第一，三司会审和九卿会审（又称“圆审”）。明继承唐“三司推事”制，遇有重大、疑难案件由三法司长官共同审理，称“三司会审”，最后由皇帝裁决。对于特别重大的案件或已判决但囚犯仍翻供不服之案，则由皇帝令六部尚书及通政使司的通政使、都察院左都御史、大理寺卿会审，称为“圆审”，但判决仍须奏请皇帝批准。

第二，朝审。朝审是对已决在押囚犯的会官审理，是古代录囚制度的延续和发展。洪武年间令五军都督府、六部、都察院、六科给事中、通政司、詹事府以及驸马都尉等共同审理大狱，死罪及冤案奏闻皇帝，其他依律判决。英宗时命每年霜降之后，三法司会同公、侯、伯，在吏部或户部尚书主持下会审重案囚犯，从此形成制度。清代秋审、朝审即渊源于此。

第三，大审。大审是一种定期由皇帝委派宦官会同三法司官员审录囚徒的制度，始于英宗正统年间，至宪宗成化十七年（1481年）成为定例，每五年举行一次。在京师由大理寺主持，在地方则由布政使和巡按御史主持。审录范围很广，凡监押囚犯及诉冤者均在大审之列，是一次全面的狱案清理工作。此制为明朝独有。

第四，热审。即每年暑天小满后十余天，由宦官、锦衣卫会同三法司会审囚犯，一般轻罪决罚后立即释放，徒流罪减等发落，重囚可疑及枷号者则请旨定夺。热审始于成祖永乐二年（1404年），是在暑热天气来临前决遣和清理在押未决犯及对现监囚犯减等发落的制度。

会审制度是慎刑思想的反映，有利于皇帝控制和监督司法活动，纠正冤假错案。但是明朝

的会审往往由宦官操控，不免流于形式。

### 第三节 清朝法律制度

#### 一、立法概况

##### 1、立法指导思想：“详译明律，参以国制”

清政权入关以前，处于由习惯法向成文法过渡的过程中。皇太极统治时期，奉行“参汉酌金”的基本国策。入关后采取“以汉治汉”的策略，在原有的“参汉酌金”基础上，提出了“详译明律，参以国制”的立法指导思想。即一方面以代表着汉族法制的明朝法律为蓝本，另一方面又根据时代需要，斟酌吸收满族固有的习惯法，开创一代法制。以《大明律》为模范制定的《大清律例》和仿照《大明会典》制定的《大清会典》、各部院则例，都体现了“详译明律，参以国制”的思想。

##### 2、《大清律例》

《大清律例》于乾隆五年（1740年）正式颁行天下。此前，顺治朝曾颁布过《大清律集解附例》，雍正朝颁布过《大清律集解》。清朝律典由清初简单地袭用明律，经过近百年的修订，终至完备成熟。

《大清律例》的结构形式、体例、篇目与《大明律》基本相同，共分名例律、吏律、户律、礼律、兵律、刑律、工律七篇，律文436条，附例一千余条。自乾隆年间修订完成后，《大清律例》成为清朝的基本法典，律文部分基本定型，极少修订，后世各朝只是对律文之后的“附例”予以增修。

##### 3、《大清会典》

为了规范国家机关的组织活动，加强行政管理，提高统治效能，清政府仿效明朝，先后编制了《康熙会典》《雍正会典》《乾隆会典》《嘉庆会典》《光绪会典》，合称“五朝会典”，统称《大清会典》。在内容上，《大清会典》详细记载清朝各级国家机关的职掌、事例、活动规则与有关的制度，在编纂上遵循“以典为纲，以则例为目”的原则。典、例分别编辑遂成固定体例。“会典”所载，一般为国家基本制度，少有变动；具体的变更，则在增修则例中完成。最后一部《光绪会典》增设了总理各国事务衙门的机构和权限，体现了近代行政体制的变化。《大清会典》是清朝行政立法的总汇，反映了清朝立法上的重要成就，也是中国古代行政立法的完备形态。

##### 4、则例

则例是清朝针对中央各部门的职责、办事规程而制定的基本规则，是规范各部院政务活动、

保障其正常运转的行政规则。则例为数众多，可视为清政府的行政法规，是法律体系的重要组成部分。则例自康熙朝开始制定，主要分为两类：一般则例和特别则例。一般则例针对部院一般行政事项而定，清朝几乎每个中央主要行政机关都编有则例，如《刑部现行则例》《钦定吏部则例》《钦定户部则例》《钦定礼部则例》《理藩院则例》《钦定台规》等。特别则例指就各部所管辖的特定事项制订的行政规章，如《钦定八旗则例》《兵部督捕则例》等。此外，有些机关内部还有关于办事、规程及官员违制如何处罚的专门则例，如《六部处分则例》《吏部处分则例》等。则例作为重要法律形式之一，是清朝的一项创造，在国家行政管理方面起着重要作用。

## 5、适用于少数民族聚居区的法规

清政府是一个统一的多民族国家，为了巩固辽阔的疆域，以理藩院作为少数民族事务的管理机构，加强对少数民族聚居区的管辖。清政府除制定全国统一的基本法典外，还制定了一系列适用于各少数民族聚居区的专门法规，如《蒙古律例》《理藩院则例》《回疆则例》《苗汉杂居章程》《湘苗事宜》《西宁青海番夷成例》《钦定西藏章程》《西藏禁约十二事》《台湾善后事宜》，等等。这些法律体现了少数民族的风俗民情，具有因族、因俗、因地制宜的特点，有些法律开始带有临时性质，在实行中因其有利于清朝统治，遂成定律。

## 二、刑事立法

### 1、充军、发遣、刺字

清代的刑种，首先是“五刑”正刑体系，即笞、杖、徒、流、死，与唐宋律的规定并无二致。其次是律例有文但未列“五刑”的派生刑和附加刑，包括死刑类的凌迟、梟首、戮尸；流徙类的充军、发遣；附加刑类的枷号、刺字。清朝律例将明条例的“充军”定为重于流刑的刑罚种类，**分为附近充军（二千里外）、近边充军（二千五百里）、边远充军（三千里）、极边充军（四千里）、烟瘴充军（五千里）五等，号为“五军”。【24 新增】**清朝为各府编制了“五军道里表”，详细规定该府罪犯应充军的地方。

发遣是清朝特别创立的一种仅次于死刑的重刑，即将罪犯发配到边疆地区给驻防八旗官兵当差为奴的刑罚，比充军重。清代发遣的对象主要是犯徒罪以上的文武官员，一般只限本人，情节轻微的，还有机会放还。《大清律例》规定的发遣罪名有 134 项之多。

在刺字刑的适用方面，清朝律例扩充了其适用范围，发冢（盗墓）、逃囚等罪也附加刺字。受刺字的罪犯刑满释放后必须充当“巡警之役”三年。

### 2、死刑制度

清朝的死刑分为立决和监候两类。立决分为斩立决与绞立决，即宣判后立即执行斩、绞，

以示对社会危害性极大的犯罪的惩罚决不待时。监候分为斩监候和绞监候，是对那些构成死罪，但并非罪大恶极，可以先行拘押，待秋审复核之后再决定是否执行死刑，罪犯可有免死减刑的机会。清代死刑有残酷化的趋势，凌迟、枭首、戮尸等酷刑被运用于罪大恶极的犯罪，在适用范围上较明代有所发展。明朝适用凌迟刑的律和例共计 13 条，清朝除全部继承外，又增加了劫囚、发冢、谋杀人等 9 条 13 罪，行刑方式也更加残酷。枭首在清朝最初只适用于凌迟重犯，后来广泛施用于江洋大盗、爬城行劫、粮船水手行劫等犯罪。戮尸是对凌迟和枭首的一种补充，凡被判处凌迟和枭首的罪犯在执行之前已经死亡的，对罪犯的尸体施以此刑。

### 3、维护满族特权的内容

**首先，确保满洲贵族在政权中的优越地位。**清官制标榜满汉一体，中央六部长官设满汉复职，但实权操于满官之手。汉官“相随画诺，不复可否”。为保证满洲贵族控制要害部门，清在任官制度上创制了分族“官缺”制度，不同的官缺只能由不同民族的人出任或补授。凡满官缺不许汉人补任，汉官缺却允许满官补任。

**其次，旗人犯罪享有特权和优待。**旗人犯罪受到法律的特殊优待，成为清律的特色。法律规定：旗人犯罪有“以枷号代刑”的特权，流、徒刑之罪，旗人可免于发配、劳役和坐牢；次死一等的充军，旗人可仅以带重枷示众几十天来替代；即使杂犯死罪者，亦可以折易枷号（仅真犯死罪不能折枷）。此外，还有一些适用于旗人的特殊规定，如当斩立决者，旗人可减为斩监候；当刺字者，旗人只刺臂而不刺面。旗人案件由特定机关审理。一般旗人由步军统领衙门和内务府慎刑司审理，宗室贵族由宗人府审理，民事案由户部现审处审理。满人在地方涉讼，虽可以由州县审理，但州县无权对满人作出判决，只能将证据和审判意见转送满人审判机关处理。满人如需监禁，也不入普通监所。贵族宗室入宗人府空房，一般旗人入内务府监所。

**最后，法律保护旗地旗产，禁止“旗民交产”。**清入关之初，曾放任满洲贵族及八旗兵丁圈占汉人土地作为私产。为防止旗地旗产散失，清政府多次申令禁止汉人典买旗地。仅乾隆时期就三次定例禁止典买旗地，并对有无典买旗地之事进行清查。在清查中自首者，由官府给价回赎；隐匿不首者，一旦查出，业主售主均照隐匿官田律治罪，失察长官也严加议处。对于旗人房产也是如此。嘉庆十九年（1814 年）定例，“旗地旗房概不准民人典买”，违者治罪。

### 4、文字狱

为了扑灭汉族士大夫的反清意识和压制明末以来萌发的反专制主义思潮，清朝大力加强思想文化领域的专制统治，突出的表现就是大兴文字狱。以语言文字定罪，前代已有之，但似清朝大规模、有计划、有步骤兴造文字狱的，则为历史上所仅见。清朝虽然未曾制定一条文字语言犯罪的条例，绝大多数文字狱都比照“谋大逆”判罪，一案构成，往往全家遭诛甚至灭族。



总括顺、康、雍、乾四朝，迭兴文字狱百余起，往往一字一语锻炼成狱，在“告讦频起，士民畏惧”的恐怖气氛中，知识分子只得埋首书斋，清初一度颇具生气的学风，逐渐为繁琐的考据之学所代替。文字狱是古代以言罪人传统的恶性发展，也是君主专制主义膨胀的结果，遏制了思想文化学术的发展。

### 三、民事立法

#### 1、民事主体的变化

随着经济的发展以及农民的反抗，清朝的人身依附关系有所削弱，具体表现为：

第一，废除匠籍制度。明将手工业工人列为“匠籍”，子孙相继强制服役，匠户没有人身自由，脱籍者将受严惩。清初废除了这种制度，以雇募工匠代之，手工业工人的人身权利得到了一定保障。

第二，雇工人的地位有所改善。清律中规定的雇工人不列贱籍，但对雇主有很强的人身依附关系，法律地位与雇主显著不平等。雇工人侵犯雇主及其期亲要加等处罚，而雇主侵犯雇工人则比照“凡人相犯”减罪三等。清朝因此多次修订条例。乾隆五十三年（1788年）定例：“若农民佃户雇请工作之人，并店铺小郎之类，平日共坐共食，彼此平等相称，不为使唤服役，素无‘主仆名分’者，亦无论其有无文契、年限，俱依‘凡人’利断。”可见自乾隆末叶后，雇工人的人身隶属关系也获得了解放。

第三，部分贱籍豁免为良。雍正元年下令，将名列贱籍的陕西、山西的“乐户”，河南的“丐户”，浙江的“惰户”，广东的“疍户”，豁免贱籍，除贱为良，一同编入甲户，不得借端欺凌。此外，还陆续将江南的“丐户”，徽州的“伴当”，宁国府的“世仆”等，开豁为良，三代以后子孙准许应试科考。

第四，奴婢可以开户为民。康熙五十三年（1714年）规定，“凡于康熙四十三年以后所买奴婢，若给原价，仍准赎出为民”。乾隆二十四年（1759年）制定的《八旗家人赎身律》规定：凡八旗户下家人，不分年代，只要本主情愿放出为民，即可呈明本旗，经过官府，而后收入民籍。但本人不准应考出仕，其子孙则无所限制。

此外，清代还禁止将佃户“欺压为奴”“随田买卖”，并禁止债权人强迫债务人“役身折酬”。

#### 2、债权制度的发展

宋元以来，不动产的典当与买卖适用同样的制度，只是典当可以原价取赎。至清中期此制有了较大改变，主要包括：

第一，明确典、卖两种契约的区别。**根据大清律例，“以价易出，约限回赎者，曰典。”【23 新增】**乾隆十八年（1753年）的条例规定：“嗣后民间置买产业，如系典契，务于契内注明回赎字

样；如系卖契，亦于契内注明永不回赎字样。”并规定乾隆十八年以前的旧有契约，如果没有明确注明是否可以回赎，三十年内的可以回赎，或由典权人再向原业主支付一次“找价”，**即将典价与典物的实际差价找回，该典契即为卖契，典物的所有权随之转移给典权人；**三十年以上的，尽管没有写明是“绝卖”或注明回赎，仍不得再请求找价或回赎，从而确定以是否允许回赎为典当与买卖契约的重要区别标准。在契约成立的程序上，规定“凡民间活契典当田房，一概免其纳税”，即典当契约无须经过官府加盖官印和缴纳契税，也无须到官府过割赋税。

第二，明确典当回赎权的年限。明律对此没有规定。清《户部则例》规定：“民人典当田房，契载统以十年为率，限满听赎。”若约定年限超过十年，即认定为买卖契约，必须缴纳契税。若十年后出典人无力回赎，“听典主执业转典”。

第三，明确房屋出典后的风险责任。关于房屋出典后的风险责任，宋元以来的法律均无规定，清乾隆十二年（1747年）定例对此作了详细规定。

总体而言，清代债权立法虽简单实用，但与民间惯例常有冲突，因而有时并未得到很好实施。

### 3、继承制度

**清朝的继承仍分为身份继承和财产继承。**宗祧继承沿袭唐以来的规定，通常以嫡长子为法定第一顺序继承人，无嫡长子者立嫡长孙，以下依照嫡次子、嫡次孙、庶长子、庶长孙、庶次子、庶次孙的顺序继承。若立嫡违反法定顺序，杖八十，以示宗法继承的严肃性。对于绝户之家，法律规定：“无子者许令同宗昭穆相当之侄承继，先尽同父同宗，次及大功、小功、缌麻；如俱无，方许择立远房及同姓为嗣。”所谓“昭穆相当”，即指辈分相同。

由于继承重血缘，法律禁止乞养异姓义子，以免乱宗族，否则杖八十。八旗无嗣之人虽可过继异姓亲属，但须双方生父、族长以及该管参佐领出甘结，送户部备案。立继人须昭穆相当，不得尊卑失序。独子兼祧是清朝的独创，民间俗称“两房合一子”，即一人可以继承两房的香火和财产。乾隆四十三年（1778年）定例列入《大清律例·户律·户役》“立嫡子违法”门：“如可继之人亦系独子，而情属同父周亲，两相情愿者，取具阖族甘结，亦准其承继两房宗祧。”即独子出继的两房应该为同父兄弟，而且须双方同意，并有全族的书面见证，才可一人承两房宗祧。

## 四、经济立法

### 1、海禁政策与对外贸易立法

清朝实行海禁政策，起初是出于政治和军事目的，即为镇压沿海抗清力量。顺治时便颁布“禁海令”，规定“寸板不得下海”。随后又三度颁行“迁海令”，强制闽、粤、苏、浙沿海居

民内迁五十里，致使四千里海岸线人烟绝迹。收复台湾后，海禁一度有所放宽，沿海对外贸易也一度蓬勃兴盛起来。但在康熙五十六年（1717年），再度严申海禁，一直延续到鸦片战争前。

清朝廷陆续在《大清律例》中增订了三十余条条例，对海上各种贸易实施严厉的监控。譬如，凡将金银、车马、牛只、军需、铁器、绸缎、铜钱等物品私自下海货卖者，均杖一百。将船只卖与外国，造船与卖船之人皆立斩。甚至规定，船只出洋，须十船编为一甲，取具连环保结。一船为非，余船并坐。

海禁措施使沿海对外贸易被完全禁绝，沉重打击了刚刚兴起的对外贸易和沿海工商业。

## 2、专卖制度

为贯彻“重农抑商”政策，清朝政府广设钞关，重征商税，以严刑峻罚推行禁榷制度。规定对盐、茶、矾等高利润的民生物资实行官府垄断经营。商匠入关门，必先取官置号单，备开货物，凭其吊引，照货起税。**入门不吊引者，同匿税法。**《户部则例》甚至规定“关税短缺令现任官赔缴”。除正常的关税以外，还有诸如牙税、落地税、盐税、矿税、茶税、酒税等名目繁多的商税、附加税，一层一层地加码征收。商税的加重，加上贪官胥役的无度勒索，使得许多民众视经商为畏途，纷纷将商业资本转而经营土地。《大清律例》还规定有“盐法”“阻坏盐法”“私茶”“私矾”等专门条款，推行严厉的禁榷制度，极大地限制了民间工商业的发展。

## 五、司法制度

### 1、中央司法机关

**清沿明制，以刑部、大理寺、都察院为“三法司”，**是既相互分工又相互制约的中央司法机关。

刑部是最高司法审判机关，有“刑名总汇”之称，下设十七省清吏司分掌各省审判事务，另设有追捕逃人的督捕司、办理秋审的秋审处、专掌律例修订的修订法律馆。刑部是清朝最重要的中央机构，在处理全国司法事务方面起着主导作用。其主要职权包括：审理中央百官的犯罪案件，批结全国军流遣案件，审理发生在京师的笞杖刑以上案件，处理地方上诉案及秋审事宜，主持司法行政与律例修订。

大理寺是负责案件复核的“慎刑”机构，主要职责是复核死刑案件，平反冤狱，同时参与秋审热审等会审。如发现刑部定罪量刑有误，可提出封驳。

都察院是全国最高监察机关，负责督察百官风纪、纠弹不法，同时负有监督刑部、大理寺之责，可对其错误提出纠弹，亦可参与重大案件的会审。

“三法司”之外，清朝还特设专门审理旗人案件的司法机构。如内务府所管辖的满人诉讼，由内务府慎刑司审理，徒罪以上移送刑部，有时也承审奉旨交办的案件。皇族宗室诉讼则归宗

人府管辖。步军统领衙门也是京师地区的满族司法机构。此外，清朝中央管辖少数民族事务的理藩院，也是内外蒙古、青海、回疆地区的上诉审机关。**理藩院设理刑司，专掌司法审判。但如罪至发遣，须报理藩院会同刑部裁决，死罪也须经“三法司”会审定案。【23 新增】**

## 2、诉讼程序与审判制度

对于告诉权的限制，清律例的规定更为严格。凡依律应属容隐之人，一律不得赴官陈控，包括奴婢、雇工等，均不得控告家长。另外，狱中罪犯不得告举他事。地方司法由州县至督抚共分四个审级，禁止越诉行为。诉讼当事人若不服判决，可逐级上诉申控，不得越过本管机关径赴上司申诉，违者即使所控属实亦应笞五十，或将本人并同代书诉状之人一体按“光棍”例治罪。**同时，禁止诬告和匿名告人罪。【24 新增】**

按照清朝的刑事审判程序，笞杖刑案件由州县自行审结。凡应拟徒刑的案件，由州县初审，依次经府、按察司、督抚逐级审核，最后由督抚作出判决。流刑、充军等案，由各省督抚审结后咨报刑部，由刑部有关清吏司核拟批复，交各省执行。死刑重案，由州县初审然后逐级审转复核，经督抚向皇帝具题，最终由“三法司”核拟具奏。发生在京师的死刑案件则由刑部直接审理，题奏于皇帝，再经三法司拟核。所有死刑案件最终须经皇帝勾决，才能执行。

对于民事案件，一般均由州县或同级机关自行审理和作出判决，无须逐级审转。**农忙期间（四月初一至七月三十）不得诉告民事和轻微刑事案件，其他季节也只能在放告日（每月逢三、六、九或三、五等）起诉。【24 新增】**

清承明制，实行审判回避，凡主审官吏若与诉讼当事人有亲属、仇嫌关系，均应移交回避，违者笞四十。官府审判案件时应依所告本状推问，不得于状外别求他事定入罪。

## 3、秋审制度

秋审是清朝最重要的死刑复审制度，发源于明朝审制度，因在每年秋天举行而得名。秋审审理的对象是各省上报的斩监候、绞监候案件，每年秋八月在天安门金水桥西由九卿、詹事、科道以及军机大臣、内阁大学士等重要官员会同审理。秋审被视为“国家大典”，专门制定了《秋审条款》，作为进行秋谳大典的法律依据。

秋审案件经过复审程序后，分五种情况处理：第一，情实：指罪情属实、罪名恰当者，奏请执行死刑。第二，缓决：案情虽属实，但危害性不大者，可再押监候办，留待下年秋审。凡三经秋审定为缓决，可免死减为流三千里，或减发烟瘴极边充军。第三，可矜：指案情属实，但情有可原，予以免死减等发落。第四，可疑：指案情尚未完全明了的，则驳回原省再审。第五，留养承祀：指案情属实，罪名恰当，但罪犯为独子而祖父母、父母年老无人奉养，或符合“孀妇独子”等条件的，则经皇帝批准，可改判重杖，枷号示众三个月。**在实践中情实和缓决**

为最常见的处分方式，其他情况较少。秋审的判决虽然依据法律，但亦参考犯罪时间及地区的实际情况，灵活适用。

秋审是刑事审判制度臻于完备的重要标志，既保证了皇帝对最高司法权的控制，又宣扬了统治者的仁政德治。

#### 4、幕友胥吏的作用

在清朝司法实践中，幕友和胥吏起着重要作用。幕友是由官员私人聘请的政法顾问，俗称“师爷”。明清时规定一切地方司法行政事务必须由州县长官亲自处理，而官员大多是科举出身的士子，平时所学、科举所考与任官事务毫不相干，尤其不熟悉复杂多变的律例，只能聘请一些有政治法律知识的读书人为顾问，幕友以专办司法审判事务的“刑名幕友”地位为最高。刑名幕友帮助官员对民间诉状作出批词，确定审理的时间及审理方法，草拟判词。清初官员倚仗幕友办案已成惯例，各级地方官及中央司法部门长官都有幕友帮助。胥吏是各级政府衙门中从事文书工作的人员，他们熟悉本地情况及当地审判惯例。幕友、胥吏往往勾结作弊，敲诈勒索，贪赃枉法，使法制受到很大破坏，使清朝司法实践状况更为黑暗。

## 第六章 清末民初的法律制度

### 第一节 清末法律制度

#### 一、“预备立宪”

##### 1、“预备立宪”的背景与“大权统于朝廷，庶政公诸舆论”的指导原则

鸦片战争以后，随着西方列强对中国侵略的加剧，清政府面临的各种矛盾逐渐尖锐化。就国内而言，突出的民族矛盾、当权者与资产阶级改良派、革命派的对立更加激烈。从国际上看，列强为了进一步控制中国，不断对清朝政府施加各种压力，要求其改革体制，以适应西方国家各方面的需要。20 世纪伊始，处在内外交困之际的清政府，企图以实行“新政”为名，缓和各种矛盾，挽救危局。1904 年日俄战争爆发，沙俄败于蕞尔 zui ěr 岛国日本，舆论普遍认为日本以立宪而胜，沙俄因专制而败，朝野上下要求清政府实行宪政的呼声日益高涨。

为应对舆论，清政府于 1905 年正式打出“仿行宪政”的旗号，并派遣五大臣赴日本等国考察宪政。五大臣回国后，上书建议进行“立宪之预备”，认为立宪有三大利：一曰皇位永固，二曰外患渐轻，三曰内乱可弭。1906 年 9 月 1 日，清政府发布《宣示预备立宪先行厘定官制谕》，确定了“大权统于朝廷，庶政公诸舆论”的立宪指导原则。1908 年 8 月 27 日，《钦定逐年筹备事宜清单》颁布，规定预备立宪期为九年，至 1916 年正式实行君主立宪。清政府实行预备立宪的目的，在于敷衍和拉拢要求改革的立宪派，抵制势不可挡的革命运动，并进一步取得帝国主义的支持，巩固清朝的政权。

在筹备期内，先要改革官制，以扩大和完善国家职能，为立宪奠定基础。但官制改革强化了满洲亲贵的中央集权，使督抚对清政府的离心力加大，满汉矛盾趋于尖锐，从而加速了清政府的灭亡。

##### 2、《钦定宪法大纲》

《钦定宪法大纲》是清政府于 1908 年颁布的宪法性文件。它由宪政编查馆编订，是清政府“预备立宪”的一个步骤，也是中国历史上的第一个宪法性文件。《钦定宪法大纲》共 23 条，分为正文“君上大权”和附录“臣民权利义务”两部分，基本上以 1889 年《大日本帝国宪法》的前两章为蓝本。第一部分共 14 条。规定了皇帝至高无上的地位，“大清皇帝统治大清帝国，万世一系永永遵戴”“君上神圣尊严，不可侵犯”。君主在立法、行政、司法、统率军队、宣布战争与媾和、宣布戒严等方面拥有绝对权力，并在许多条文之后加上“议院不得干预”“皆非议院所得干预”等词语，以保障皇权、限制议会的权力。第二部分有 9 条。规定了臣民纳税、

服兵役、遵守法律诸项义务以及抄自日本宪法中的一些臣民权利。但对于每项臣民权利，均以“在法律范围内”作为限制语，并规定“皇帝得以诏令限制臣民之自由”。

《钦定宪法大纲》无论在结构形式上还是条文内容上，都体现了“大权统于朝廷”的精神。但《钦定宪法大纲》对于皇权的“法定”和关于臣民权利与义务的第一次明确规定，对于启发民智，培养近代法律意识具有一定的意义。

### 3、咨（谘）议局与资政院

咨（谘）议局是“预备立宪”时期清政府设立的地方咨询机关，于 1909 年开始在各省设立。咨议局的筹建始于 1907 年，其后由宪政编查馆草拟了《咨议局章程》及《咨议局议员选举章程》，经奏准于 1908 年 7 月颁布。依照这两个章程的规定，咨议局活动的宗旨在于“指陈通省利病，筹计地方治安”，其权限是讨论本省兴革事宜、决算预算、税收、公债以及选举资政院议员、申复资政院或本省督抚的咨询等。但其所议定事项，可决权全在本省督抚，督抚对于咨议局，不仅有监督、裁夺之权，而且有令其停会及奏请解散之权。咨议局议员的选举条件也极为苛刻。咨议局具有地方议会的性质。

作为中央咨询机关，资政院于 1910 年正式设立。其筹建也始于 1907 年。照《资政院院章》的规定，该院可以“议决”国家的年度预决算，税法与公债，法典的修订、修改以及其余奉“特旨”交议事项。但是，资政院的一切决议均须报请皇帝定夺，皇帝还有权谕令资政院停会或解散。资政院议员分钦选与民选两部分，钦选议员由皇帝指定，多为宗室贵族和高官显贵；民选议员由各省咨议局议员互选产生，但须各省督抚圈定。**资政院形式上具有近现代国家议会的性质。**

咨议局和资政院是中国历史上亘古未有的机构，它们的设立，是君主专制政权对资产阶级作出的让步和妥协，也是民主宪政迈开的第一步。

### 4、《十九信条》

《十九信条》全称《宪法重大信条十九条》，是清政府于辛亥革命爆发后制定的又一个宪法性文件。1911 年 10 月，武昌起义爆发，风暴很快席卷大半个中国，南方各省纷纷宣布独立，清政府的统治处于土崩瓦解之中。资政院仅用三天时间即拟定《宪法重大信条十九条》，11 月 3 日由清政府公布。《十九信条》是一部临时宪法，采行君主立宪政体，规定皇帝权力限于宪法所规定；宪法由资政院起草议决，由皇帝颁布之；内阁对国会负责；总理大臣由国会公举，皇帝任命，其他国务大臣由总理大臣推荐、皇帝任命；皇族不得为总理大臣及其他国务大臣并各省行政长官；军队对内使用时应依国会议决之特别条件；不得以命令代法律；预决算由国会审核批准等。《十九信条》仍然强调“大清帝国皇统万世不易”“皇帝神圣不可侵犯”，但对于人

民的权利只字未提。《十九信条》作为一种应急的政治策略，显然并不可能挽回清政府大厦将倾的败局。

## 二、修律活动

### 1、修律的指导思想：“中外通行，有裨治理”

进入 20 世纪以后，面对国内革命运动的“心腹之患”和西方列强侵略的“肘腋之忧”，以及官僚士大夫阶层以收回领事裁判权为所谓“变法自强之枢纽”的呼声，清政府不得不进行立法修律活动。1901 年，两江总督刘坤一、湖广总督张之洞联合上奏《江楚会奏变法三折》，系统地提出了兴学校、练新军、奖励工商业和裁减冗员等改革措施，成为清政府实施新政的蓝图。1902 年，清政府在修订法律的上谕中提出：“将一切现行律例，按照交涉情形，参酌各国法律，悉心考订，妥为拟议，务期中外通行，有裨治理。”“中外通行，有裨治理”这一修律的指导思想和原则强调，修律既要吸收引进西方近现代法律形式和法律制度，又不能违背中国传统的伦理纲常，即“折中世界各国大同之良规，兼采近世最新之学说”，同时更“不戾乎中国数千年相传之礼教民情”。

### 2、修订法律馆

修订法律馆是清末负责修订法律的专门机关。1902 年清政府任命沈家本、伍廷芳为修订法律大臣后，开始了修订法律馆的筹建，1904 年修订法律馆正式办公。修订法律馆的主要职掌是：拟订奉旨交议的各项法律，拟订各项法典草案，删订旧有律例及编纂各项章程。此后直至清政府覆亡，修订法律馆在沈家本等人的主持下，进行了大量的删定旧律、制定新法的活动，开启了中国传统法律近代化的道路。

### 3、《大清现行刑律》

《大清现行刑律》是清政府于 1910 年 5 月 15 日颁行的一部过渡性法典，它在《大清律例》的基础上作局部调整删改而成，共 36 卷，389 条，另有附例 1327 条，并附《禁烟条例》12 条和《秋审条例》165 条。与《大清律例》相比，《大清现行刑律》的变化主要是：取消了《大清律例》中按吏、户、礼、兵、刑、工六部名称而分的六律总目，将法典各条按其性质分隶 30 门；关于继承、分产、婚姻、田宅、钱债等纯属民事性质的条款不再科刑；设置了新的刑罚体系，删除了凌迟、枭首、戮尸、刺字等残酷刑罚和缘坐制度，将主体刑罚确定为死刑（斩、绞）、遣刑、流刑、徒刑、罚金等五种；增加了一些新罪名，如妨害国交罪、妨害选举罪、私铸银元罪以及破坏交通、电讯的犯罪等。对于律例合编的模式以及“十恶”重罪等内容未作更改。可见《大清现行刑律》只是在局部和形式上对《大清律例》进行修改，无论在表现形式、法典结构以及具体内容上都仍是一部传统性质的法典。



#### 4、《大清新刑律》

《大清新刑律》（原称《钦定大清刑律》）是清政府于 1911 年 1 月公布的中国历史上第一部近代意义上的专门刑法典。《大清新刑律》分为总则和分则两编，共 53 章，411 条，另附有《暂行章程》5 条。同《大清律例》和《大清现行刑律》相比较，《大清新刑律》在形式和内容上都有比较大的改动：

第一，在体例上抛弃了以往旧律“诸法合体”的编纂形式，采用近代西方刑法典的体例，将法典分为总则与分则两部分。总则 17 章，规定了犯罪和刑罚的一般原则及法的适用范围；分则 36 章，以罪名为章名，规定了犯罪的构成和法定量刑幅度。

第二，采用近代刑罚体系，规定刑罚分为主刑和从刑两种。主刑包括死刑（仅绞刑一种）、无期徒刑、有期徒刑、拘役、罚金，从刑包括褫夺公权和没收两种。

第三，引入了西方的刑法原则和刑法学的通用术语。如罪刑法定主义原则，“法律面前人人平等”原则，取消了十恶、八议、官当以及按官秩、良贱、服制等刑律适用原则；采用西方国家通用的既遂、未遂、缓刑、假释、时效、正当防卫等制度和术语。在各省设感化院，对少年犯改用惩治教育。

第四，调整了部分罪名。如将谋反罪改为内乱罪，新增有关国交、外患、电讯、交通、卫生等罪名。

《大清新刑律》是近现代意义上的专门刑法典，是清末修律的代表作。其后，因“礼法之争”而作出妥协，附录《暂行章程》5 条，具有浓厚礼教色彩。《大清新刑律》公布后不久清政府即告覆亡，该律并未正式施行。

#### 5、《大清民律草案》

清末在民商法的立法体例上采取民商分立的原则，《大清民律草案》的制定由修订法律馆与礼学馆共同承担：修订法律馆委托日本法学家松冈义正起草民律草案前三编总则、债权、物权，后两编亲属与继承由修订法律馆会同礼学馆制订。于 1911 年 10 月完成。草案全文共 36 章，1569 条。因武昌起义爆发，该草案未及正式颁布。

《大清民律草案》遵循的立法原则主要有以下三个方面：采纳各国通行的民法原则；以最新最合理的法律理论为指导；充分考虑中国特定的国情民风，确定最适合中国风俗习惯的法则，并适应社会演进的需要。其特点如下：

第一，民律前三编以“模范列强”为主。在起草者松冈义正的影响下，以日、德、瑞士民法典为参照，体例结构取自德国民法典。在总则编中，采取了私有财产所有权不可侵犯、契约自由、过失致人损害应予赔偿等基本原则。债权编规定了债权的标的、效力、让与、承认、消

灭以及各种形式债的意义和有关当事人的权利义务等。物权编主要规定了对各种形式的财产权的法律保护及财产使用内容等。

**第二，民律后两编以“固守国粹”为主。**根据民律草案的起草原则，所有涉及亲属关系以及与亲属关系相关联的财产关系，均以中国传统为主。这两编主要参照现行法律、经义和道德，虽也采纳了一些资产阶级的法律规定，但更注重吸收中国传统社会历代相沿的礼教民俗。亲属编对亲属关系的种类和范围、家庭制度、婚姻制度、未成年人和成年人的监护、亲属间的抚养等作了规定。继承编规定了自然继承的范围及顺位、遗嘱继承的办法和效力以及对债权人和受遗人利益的法律保护。

《大清民律草案》不仅前三编与后两编风格迥异，而且亦与当时中国实际严重脱节。《大清民律草案》虽然不太成熟，但作为中国历史上第一部民法典草案，对以后的民事立法产生了重要影响。

## 6、商事立法及其特点

清末的商事立法，大致可分为两个阶段：

第一阶段（1903—1907 年）。1903 年，清政府派载振、伍廷芳和袁世凯拟订商律，后由同年成立的商部制定颁布了一些应急性的法律法规。主要有 1904 年制定的《钦定大清商律》《公司注册试办章程》《商标注册试办章程》及《商标注册试办章程细目》、1905 年制定的《破产律》。由于时间仓促，这一时期所订商法大都比较简单，而且门类不全，不能满足实际需要。

第二阶段（1907—1911 年）。官制改革后，商事立法主要由修订法律馆主持起草，各单行法规仍由有关部门拟订。这一时期所订商事法律渐趋成熟。主要有《大清商律草案》《破产律草案》《保险规则草案》《改订大清商律草案》《银行则例》《银行注册章程》《大小轮船公司注册给照章程》等。

**清末商事立法的主要特点可概括为：**

**第一，以“模范列强”“博稽中外”为立法原则。**商事法典的制定从体例到内容，皆模仿西方资本主义国家的商法，同时在内容上注意吸收和反映中国传统的商事习惯。

**第二，在法典编纂结构和立法技术上，充分体现了照顾商事活动简便性及敏捷性的要求，以宽为主。**在吸收各国商法和中国商事习惯的基础上，采取了与商为便的一系列规定，在客观上有利于鼓励私人投资近代企业。

**第三，带有半殖民地法律的烙印。**清政府企图利用法律发展买办经济，把民族工商业纳入官办或半官办的轨道。

清末商法虽有种种不足之处，但客观上基本适应了当时社会经济发展的要求，是中国近代

商事立法的开端。

## 7、礼法之争

礼法之争，是指在清末变法修律过程中，以张之洞、劳乃宣为代表的“礼教派”与以修订法律大臣沈家本为代表的“法理派”，围绕《大清新刑律》等新式法典的修订原则产生的论争。沈家本、杨度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。而以张之洞、劳乃宣为代表，包括地方督抚在内的清政府上层官僚、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”。

法理派与礼教派争论的焦点主要集中在：

**其一，关于“干名犯义”条存废。**“干名犯义”专指子孙控告祖父母、父母的行为。法理派从西方国家通行的法理出发，提出“干名犯义”属“告诉之事，应于编纂判决录时，于诬告罪中详叙办法……不必另立专条”。而礼教派则认为“中国素重纲常，故于干名犯义之条，立法特为严重”，不能在新刑律中没有反映。

**其二，关于“存留养亲”。**沈家本等人认为，“古无罪人留养之法”“存留养亲”不编入新刑律草案，“似尚无悖于礼教”。礼教派认为，“存留养亲”是宣扬“仁政”、鼓励孝道的重要方式，不能排除在新律之外。

**其三，关于“无夫奸”及“亲属相奸”等。**礼教派认为“奸非”严重违反传统道德，故传统刑律予以严厉处罚。“亲属相奸”更是“大犯礼教之事，故旧律定罪极重”。新律中也应有专门规定。法理派则认为，“无夫妇女犯奸，欧洲法律并无治罪之文”。“此事有关风化，当于教育上别筹办法，不必编入刑律之中”。至于亲属相奸，“此等行同禽兽，固大乖礼教，然究为个人之过恶，未害及社会，旧律重至立决，未免过严”。因此依“和奸有夫之妇”条款处以三等有期徒刑即可，“毋庸另立专条”。

**其四，关于“子孙违犯教令”。**礼教派认为，“子孙治罪之权，全在祖父母、父母，实为教孝之盛轨”。法理派则指出：“此全是教育上事，应别设感化院之类，以宏教育之方。此无关于刑事，不必规定于刑律中也。”

**其五，关于子孙卑幼能否对尊长行使正当防卫权。**礼教派认为，“天下无不是之父母”，子孙对父母祖父母的教训、惩治，最多像舜帝那样“大杖则走，小杖则受”，绝无“正当防卫”之说。法理派则认为，“国家刑法，是君主对于全国人民的一种限制。父杀其子，君主治以不慈之罪；子杀其父，则治以不孝之罪”，唯有如此“方为平允”。

“礼法之争”的结局是法理派的退让和妥协。清政府在新刑律后附加五条《暂行章程》，

规定了无夫妇女通奸罪；对尊亲属有犯不得适用正当防卫；加重卑幼对尊长、妻对夫杀伤害等罪的刑罚；减轻尊长对卑幼、夫对妻杀伤等罪的刑罚等。礼法之争在客观上对传播近代法律思想和理论起到了一定的积极作用。

## 8、法院组织法与诉讼法

清末仿行宪政从官制入手，是立宪考察大臣总结日本实施宪政经验的结果，而建立与行政分立的新司法体制，则成为官制改革的重心之一。1906年9月20日，清政府发布《裁定官制谕》：“刑部著改为法部，专任司法。大理寺著改为大理院，专掌审判。”【22新增】

为了尽快建立新审判机构，沈家本主持编成《大理院审判编制法》，共五节：总纲、大理院、京师高等审判厅、城内外地方审判厅、城隍局，45条。《大理院审判编制法》为中国近代意义之第一部法院编制法，明确了民刑分理的体制，确认司法独立原则，并规定了不同审级的审判方式，引进西方审判监督机制。《大理院审判编制法》确立四级三审制的审级与权限，对各级审判机构设置、内部组织、人员配备等均作了明确规定。高等审判厅设于京师及各省省会，内设刑事、民事审判庭，审判庭实行合议制。地方审判厅于京师、直隶府、直隶州各设一所。

《大理院审判编制法》的颁行，标志着晚清司法制度改革进入了一个重要阶段。

沈家本组织修订法律馆人员，在《大理院审判编制法》的基础上，以日本《裁判所构成法》为蓝本，于1906年9月编成《法院编制法》，经过宪政编查馆审核后，奏请颁行。1910年2月，清政府允准颁行。《法院编制法》包括16章，共164条。《法院编制法》引进了诸如审判独立、公开审判、民刑分理、审检分立、合议制等西方法制原则，对于传统司法体制和审判制度无疑是重大的改革。

沈家本等从西学和中外诉讼的案例中认识到，各国法制“大致以刑法为体，以诉讼法为用；体不全，无以标立法之宗旨；用不备，无以收行法之实功。二者相因，不容偏废”。必须“变通诉讼之法”，改革“诉讼断狱附见刑律”的旧律结构。提出在新刑律等相关新法尚未颁布的情况下，应先制定一个简明诉讼法规，与删修后的《大清律例》配套施行。这样既可以使裁判、诉讼咸得其宜，又有助于收回治外法权。遂于1906年4月起草完成《刑事民事诉讼法草案》，上奏朝廷。该法草案以区分民刑诉讼、建立陪审制度和实行律师制度为核心内容，共5章，260条。这部诉讼法草案吸收了诸多西方近代的诉讼原则，因而与中国传统的诉讼审判原则和制度格格不入，终因受到各地将军督抚的反对而被搁置。

后经过近三年的努力，至1909年，《大清刑事訴訟律草案》终告修竣。共6编14章515条。该草案以日本1890年刑诉法为蓝本，并经日本法学家冈田朝太郎的协助完成，引进了西方近代的诉讼原则和制度，如民刑分理、审判公开、陪审制度与辩护制度、废除刑讯逼供、采

取据众证定罪等。《大清刑事诉讼律草案》的制定是中国刑事诉讼法走向近代化的重要开端。

《大清刑事诉讼律草案》奏呈三天后,《大清民事诉讼律草案》告成,共4编21章800条,以1890年日本《民事诉讼法》为原型,采用了近代西方国家民事诉讼通用的“当事人主义”、法院不干涉辩论等原则,表现了对私权的重视。《大清民事诉讼律草案》确立了全新的民事诉讼审判制度模式,为中国历史上第一部法典化的民事诉讼法草案。

### 9、清末修律的主要特点和历史意义

清末修律的主要特点是:

第一,在立法指导思想上,借用西方近现代法律制度的形式,坚持中国固有的制度内容,即成为清朝统治者变法修律的基本宗旨。

第二,在内容上,一方面,清末修律坚持君主专制及伦理纲常“不可率行改变”;另一方面,又标榜“吸收世界各国大同之良规、兼采近世最新之学说”,使得保守的内容与先进的近代法律形式同时显现于新订法律法规之中。

第三,在法典编纂形式上,修律改变了中国传统的“诸法合体”的形式,形成了近代法律体系的雏形。

第四,在实质上,修律是在保持君主政体的前提下进行的,既不能反映人民群众的要求和愿望,也没有真正的民主形式。

**清末修律活动在客观上仍产生了显著的影响:**

首先,修律导致中华法系走向解体。

其次,修律为中国法律的近代化奠定了基础。

再次,修律在一定程度上引进和传播了西方近现代法律学说和法律制度。

最后,修律在客观上有助于推动中国资本主义的发展和法学教育的近代化。

### 三、司法制度的变化

#### 1、领事裁判权与会审公廨

领事裁判权,是指一国通过其驻外领事等对在另一国领土之内的本国国民按照本国法律行使司法管辖权,属于“治外法权”的一种。外国在华领事裁判权正式确立于1843年《中英五口通商章程》及随后签订的《虎门条约》中,并在其后签订的一系列不平等条约中得以扩充。外国在华领事裁判权的主要内容是:中国人与享有领事裁判权国家的侨民间的民事和刑事诉讼案件,均依被告主义原则适用法律和实行司法管辖;享有领事裁判权国家的侨民之间在中国发生的诉讼案件,由所属国领事法院或相应机关审理,中国官员一律不得过问;不同国家的侨民之间的争讼,一般均适用被告主义原则,由被告一方所属国的领事法院或相应机构审理,中国

官员亦不得过问；享有领事裁判权国家的侨民与非享有领事裁判权国家的侨民之间的争讼案件，如前者是被告，则适用被告主义原则，如后者是被告，则由中国地方官府或司法机关管辖。为了行使领事裁判权，西方列强在中国设置了司法审判系统。

会审公廨，又称会审公堂，是清政府在租界内设立的特殊审判机关，实际上是领事裁判权制度的延伸。1864年清政府与英、法、美三国驻上海领事协议在租界内设立专门审判机构，正式形成了会审公廨制度。按1868年《上海洋泾浜 yáng jīng bāng 设官会审章程》的规定，会审公廨名义上是中国官府派驻租界的基层法庭，对租界内中国人之间及中国人为被告的案件实施管辖，但凡诉讼牵涉外国人，若被告系有约国人，由其本国领事裁判；若被告是无约国人，仍须邀一名外国官员“陪审”。实际上所谓“会审”，只是空有其名，甚至租界内纯粹中国人之间的诉讼，最终也须外国领事观审并操纵判决。

领事裁判权的确立是帝国主义列强干涉中国内政、操纵中国司法的重要手段，它严重破坏了中国的司法主权，使中国出现“外人不受中国之刑章，而华人反就外国之裁判”的怪现象。

## 2、司法机关的调整

其一，改刑部为法部，掌管全国司法行政事务，以使行政与司法分立，并改省按察使司为提法使司，负责地方司法行政工作及司法监督。

其二，改大理寺为大理院，作为全国最高审判机关。在地方设立高级审判厅、地方审判厅和初级审判厅，形成新的司法系统。

其三，实行审检合署，在各级审判厅内设置相应的检察厅，对刑事案件进行侦查、提起公诉、实行审判监督，并可参与民事案件的审理，充当诉讼当事人或公益代表人。

## 3、诉讼审判制度的改革

第一，在诉讼程序上实行四级三审制度。

第二，规定了刑事案件的公诉制度、附带民事诉讼制度、民事案件的自诉及代理制度、证据制度、保释制度等，并承认律师辩护的合法性。

第三，在审判制度上，允许辩论，实行回避、审判公开等，明确了预审、合议、公判、复审等程序，并吸收了西方国家一系列司法原则，如司法独立、辩护制度等，但并未能真正实施。

第四，初步规定了法官及检察官考试任用制度。

第五，改良监狱及狱政管理制度。

# 第二节 南京临时政府法律制度

## 一、宪法性文件

## 1、《中华民国临时政府组织大纲》

《中华民国临时政府组织大纲》(以下简称《临时政府组织大纲》)是辛亥革命胜利后各省都督府代表会议通过的关于筹建中华民国临时政府的纲领性文件,于1911年12月3日通过,1912年1月2日修订,共4章21条。它第一次以法律形式宣告废除封建帝制,以美国的国家制度为蓝本,确立了中华民国的基本政治体制,实行三权分立原则:临时政府为总统制共和政体,临时大总统为国家元首和政府首脑,统率军队并行使行政权力;立法权由参议院行使,参议院由各省都督府委派3名参议员组成。在参议院成立以前,暂时由各省都督府代表会议代行其职权;临时中央审判所作为行使最高司法权的机关,由临时大总统取得参议院同意后设立。

《临时政府组织大纲》颁行的历史意义在于用法律的形式肯定了辛亥革命的成果,为以孙中山为首的中华民国南京临时政府的成立提供了法律依据。《临时政府组织大纲》虽然在形式上并不十分完备,但它第一次以法律的形式确认共和政体的诞生,宣告废除帝制,因而具有进步意义,并成为制定《中华民国临时约法》的基础。

## 2、《中华民国临时约法》的制定、主要内容、特点及其历史意义

《中华民国临时约法》(以下简称《临时约法》)是在辛亥革命后南北议和的过程中制定的。1912年1月下旬,各省都督府代表会议先后召开两次约法起草会议,议定关于中央政体均采用总统制。至2月上旬,南北议和即将告成,孙中山依前议要辞去临时大总统职位,由袁世凯接任。为了以法律手段防止袁世凯擅权,临时参议院在2月9日审议约法草案时,决定将原来的总统制改为责任内阁制。2月15日,参议院选举袁世凯为临时大总统,革命政权落入了军阀之手,革命党人更希望制定一部约法来制约袁世凯,因而在孙中山主持下加快了制定约法的步伐。3月8日,《临时约法》在参议院三读通过,并于袁世凯在北京就任临时大总统的次日——3月11日由孙中山正式公布,共7章,56条。

《临时约法》具有中华民国临时宪法的性质,在正式宪法实施前,具有与宪法相等的效力。作为一部资产阶级民主共和国性质的宪法文件,具有革命性和民主性。其主要内容包括:

其一,明确宣示中华民国为统一的民主共和国。“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”。

其二,确立了资产阶级民主共和国的政治体制和国家制度。实行三权分立的政府组织原则,采用责任内阁制,规定临时大总统、副总统和国务员行使行政权力,参议院是立法机关,法院是司法机关,并规定了其他相应的组织与制度。

其三,规定人民享有广泛的权利及应尽之义务。《临时约法》规定人民享有人身、财产、居住、迁徙、言论、出版、集会、结社、通信、信教等项自由和选举、被选举、考试、请愿、

诉讼等权利。

其四，确认保护私有财产的原则。以法律的形式破除清政府束缚私人资本主义发展的各种桎梏。

《临时约法》的主要特点就是对袁世凯加以限制和防范。主要表现在：

其一，改总统制为责任内阁制，以限制袁世凯的政治权力。

其二，扩大参议院的权力。《临时约法》规定参议院除了拥有立法权外，还有对总统决定重大事件的同意权和对总统、副总统的弹劾权。临时大总统对参议院议决事项复议时，如有 2/3 的参议员仍坚持原议，大总统必须公布施行。

其三，规定特别修改程序。《临时约法》规定，约法的增删修改，须由参议院议员 2/3 以上或临时大总统之提议，经参议员 4/5 以上之出席，出席议员 3/4 以上之赞成方可进行，以防止袁世凯擅自修改变更约法。

《临时约法》作为近代第一部资产阶级共和国性质的宪法文件，肯定了辛亥革命的成果，彻底否定了中国数千年来的君主专制制度，肯定了资产阶级民主共和制度和民主自由原则，在全国人民面前树立起“民主”“共和”的形象。它所反映的资产阶级的愿望和意志，在当时条件下是符合中国社会发展趋势的，也在一定程度上反映了人民群众的民主要求。但由于历史条件的限制，《临时约法》也存在明显的不足和严重的缺陷，其中既有立宪观念的问题，也有立法技术的问题。尤其是，《临时约法》带有因人立法的局限性，体现了资产阶级革命派的宪政理想主义和现实软弱性。

## 二、其他革命法令

**其一，保障民权的法令。**《保护人民财产令》是孙中山督责内务部发布的重要法令，共 5 条。该法令以保护人民财产为急务，确认财产权为基本民权之一，是人民赖以生存的基础。同时对清政府及其官吏的财产规定了不同的处理办法，体现了分化瓦解清朝官吏的政策和策略。孙中山还先后发布了《大总统令内务部禁止买卖人口文》《大总统令广东都督严行禁止贩卖猪仔文》《大总统通令开放置户惰民等许其一体享有公权私权文》《大总统令外交部妥筹禁绝贩卖猪仔及保护华侨办法》等，禁止买卖人口，废除各种贱民身份，切实保护海外华侨的利益。

**其二，发展经济的法令。**为适应民族资产阶级发展民族经济的迫切要求，颁布了一些保护人民营业权利和振兴实业、发展经济的法规和法令，鼓励兴办实业，奖励农垦，鼓励华侨在国内投资。如临时大总统发布的《令内务部通飭 chi 各省慎重农事文》，实业部曾拟定《商业注册章程》和《商业银行暂行则例》等法规。

**其三，文化教育方面的法令。**以“启文明而速进化”作为拟定教育方案、颁布教育法规的



指导方针，采取措施发展文化教育。颁布《普通教育暂行办法及课程标准》《禁用前清各书通告各省电文》等法令，规定奖励女学，实行男女同校，废止读经，禁用前清学部颁行的教科书，并要求各种教科书的内容“务合乎共和国宗旨”。高等学校虽可暂依旧章办理，但《大清会典》《大清律例》《皇朝掌故》《国朝事实》及其他有碍民国精神的书籍，一律废止，前清御批等书亦一律禁止使用。教育部通电各省，要求废除有碍民国精神的科目，还明令各省筹办“共和宣讲社”，宣传革新事实、共和国民之权利义务以及尚武、鼓励实业等新的社会风尚，注重公民道德。

**其四，社会改革方面的法令。**颁布了一系列社会改革法令，旨在革除社会陋习，移风易俗，振奋民族精神，提倡近代文明，改进社会风尚。法令主要内容涉及禁烟、禁赌、剪辫、劝禁缠足、改革称呼旧制等。

### 三、司法制度

#### 1、中央司法机关

南京临时政府分别设立了司法行政机关和审判机关。最高司法行政机关为司法部，设总长一人，次长一人，其职责是管理“关于民事刑事诉讼事件、户籍、监狱、保护出狱人事务，并其他一切司法行政事务，监督法官”。按《临时政府组织大纲》规定而设的**临时中央审判所**，为最高审判机关，但未正式成立。

#### 2、司法改革的主要措施

**第一，确立司法独立的原则。**《临时约法》第 51 条规定：“法官独立审判，不受上级官厅之干涉。”为保证法官独立行使审判权，第 52 条专门规定：“法官在任中不得减俸或转职，非依法律受刑罚宣告，或应免职之惩戒处分，不得解职。”

**第二，禁止刑讯。**临时大总统于 1912 年 3 月初发布“禁止刑讯令”，在历数刑讯制度的种种罪恶后，严令：“不论行政司法官署及何种案件，一概不准刑讯；鞫狱当视其证据之充实与否，不当偏重口供；其此前不法刑具，悉令焚毁。”

**第三，禁止体罚。**临时政府颁布“禁止体罚令”，规定：“不论司法行政各官署审理及判决刑民案件，不准再用笞杖、枷号及他项不法刑具，其罪当笞杖、枷号者，悉改科罚金、拘留。”并申明俟日后制定法典时再订详制。

**第四，试行公开审判及陪审制。**《临时约法》第 50 条规定：“法院之审判，须公开之；但有认为妨害安宁秩序者，得秘密之。”陪审员参与审判活动也开始出现。

**第五，试行律师制度。**辛亥革命之后，苏、沪、杭等地区纷纷成立律师组织，并向政府申请领证注册。1912 年 3 月《内务部警务局长孙润宇建议施行律师制度呈孙大总统文》，强调制

定律师法、实行辩护制的重要意义，并拟定《律师法草案》呈报临时大总统。孙中山在《大总统令法制局审核呈复律师法草案文》中肯定律师制度与司法独立相辅为用，为文明各国通行的制度。各地既已纷纷设立律师公会，就应及时制定法律，作为律师工作之依据。若非临时政府为政甚短，律师制度将几见成效。

### 第三节 北洋政府法律制度

#### 一、立法概况

##### 1、立法原则

北洋政府是袁世凯攫取辛亥革命成果后建立起来的政权，又称“中华民国北京政府”，统治的时间从1912年4月到1928年6月。北洋政府借助近代民主共和政体的运作方式，一方面确立了自己的合法性，另一方面，加快法律创制活动，以规范社会秩序、调整社会关系。北洋政府时期是中国法律近代化的重要阶段，其法律体系、法律制度及法律实施，延续了清末的法律改革，一方面深受西方资本主义国家法律的影响，另一方面又保留了许多中国旧法律的传统，反映了新旧交替时期的特点。北洋政府的法律制度就其本质来说，在于竭力维护军阀政权的专制统治；就其在近代法制史上的历史地位来看，却起着承上启下的作用，对后来中华民国南京政府的法律制度产生了很大影响。

**北洋政府采取“隆礼”与“重刑”并重的立法指导原则。**所谓“隆礼”，是通过倡导伦理纲常维护其政权。袁世凯于1913年6月和1914年9月先后两次通电全国各学校一律尊孔读经。后来北洋政府制定的宪法草案也规定，“国民教育，以孔子之道为修身之本”“中华民国人民有尊崇孔子及宗教信仰之自由，非依法律不受限制”。所谓“重刑”，即实行严刑峻法。袁世凯在1914年《惩治盗匪法施行法》的令文中说：“慨自改革以来，盗匪充斥，民不聊生，将欲除暴安民，非峻法不足以资惩艾，故刑乱不嫌用重，纵恶适以长奸。”在乱世用重典思想的指导下，北洋政府刑事立法总的趋势是从重、从快地打击和惩治各类违法犯罪。

##### 2、立法活动的特点

**第一，采用、删改清末新订之法律。**清末新订的法律具有近代意义，是中国法律的近代转型。1912年3月10日，袁世凯在就任临时大总统时即下令：“现在民国法律未经议定颁布，所有从前施行之法律及《（大清）新刑律》，除与民国国体抵触各条应失效外，余均暂行采用，以资遵守。”以后北洋政府制定法律，多以清末新订的法律为蓝本。

**注意：**北洋政府时期的民事制定法体系，即以《大清现行刑律》中有关民事规范——“现行民事有效部分”与各种单行民事法令构成。

**第二，采用西方资本主义国家的某些立法原则。**辛亥革命后，民主共和的思想日渐深入人心，而且不可抗拒和逆转。发展资本主义日益成为社会的潮流。北洋军阀统治者为了求得自身的生存与发展，不得不采取民主共和制形式与西方国家近代法律的某些原则和内容。

**第三，制定颁布众多单行法规。**在沿用清末法律的同时，北洋政府制定颁布了一系列单行法规。刑事、治安方面的，如《戒严法》《惩治盗匪法》《治安警察条例》《陆军刑事条例》《海军刑事条例》等；民事、商事方面的，如《公司条例》《矿业条例》《商人通例》等。在这些单行法规中，有大量属于立法程序简单、针对性强、便于补充修改的特别法，其效力高于普通法。北洋政府大理院的判例明确宣布：“特别法应先于普通法，必特别法无规定者，始运用普通法。”

**第四，判例和解释例成为重要的法律渊源。**所谓判例，就是大理院判决的典型案例；所谓解释例，是大理院对法律的解释，或者对各级法院提出的疑难问题的解释。北洋政府广泛运用判例与解释例，使之成为审判案件的重要依据，既补充了成文法的“未备”，又便于发挥成文法所不易发挥的作用。据不完全统计，1912—1927年，北洋政府大理院汇编的判例有3900多件，公布的法律解释例有2000多件。

## 二、制宪活动与宪法性文件

### 1、《中华民国宪法草案》（“天坛宪草”）

《中华民国宪法（草案）》是北洋政府时期的第一部宪法草案，于1913年10月31日由国会宪法起草委员会三读通过。由于该委员会主要是在北京天坛祈年殿进行起草活动，故称这部宪法草案为“天坛宪草”。“天坛宪草”共11章113条，采用资产阶级三权分立的宪法原则，确认了民主共和制度，体现了国民党等在野派势力通过制宪限制袁世凯权力的意图。

**首先**，在政权体制上，“天坛宪草”继续肯定责任内阁制，国务总理的任命须经众议院的同意，国务员对众议院负责，而不是对总统负责。行政权力实际由总理和各部部长行使，总统处于虚权国家元首的地位。

**其次**，“天坛宪草”规定了国会对总统行使诸如解散国会、任命总理等重大权力的牵制权，国会不仅有立法权，而且有弹劾权和对被弹劾的大总统、副总统及国务员的审判权。为防止总统利用紧急处分权实行独裁，增设国会的常设机关国会委员会。

**再次**，严格限制总统任期，规定大总统任期5年，只能连选连任一次。

**最后**，设立独立于行政机关的审计院，负责审核国家财政收入和支出的决算，核准国家岁出之支付命令。审计员由参议院选举产生，总统无权任免。

这部宪法草案，为一心独揽权力的袁世凯无法容忍，遂制造借口下令解散国民党，并最终于1914年1月解散国会，“天坛宪草”因此被废弃。

## 2、《中华民国约法》（“袁记约法”）

北洋政府于1914年5月1日公布的《中华民国约法》，因系袁世凯一手操纵和炮制，故又称“袁记约法”，共10章68条。它是军阀专制全面确立的标志。《中华民国约法》与《临时约法》有着根本性的差别，主要表现在：

**其一**，以根本法的形式彻底否定了《临时约法》所确立的民主共和制度，代之以袁世凯的个人独裁。它的出笼使辛亥革命的成果丧失殆尽，是对《临时约法》的全面反动。

**其二**，否定和取消了责任内阁制，实行总统制，赋予总统形同专制帝王一样至高无上的地位和权力。

**其三**，取消了国会制，设立有名无实的立法院。在立法院成立前，由纯属总统咨询机关的参议院代行立法院的职权。

**其四**，规定了人民的基本权利与义务，但无一例外地设定了“于法律范围内”或“依法律所定”等前提条件。

1914年12月，参议院公布了《修正大总统选举法》。规定大总统的任期为10年，可连选连任；现任大总统可以推荐继承人，不限制荐贤、荐子，实际上承认了总统可以世袭。这部法律的制定公布为袁世凯复辟帝制提供了跳板。

## 3、《中华民国宪法》（“贿选宪法”）

北洋政府于1923年10月1日公布的《中华民国宪法》，因系曹锟为掩盖“贿选总统”丑名而授意炮制，故又被称作“贿选宪法”，是中国近代宪政史上公布的第一部正式宪法。这部宪法共141条，分为13章：国体，主权，国土，国民，国权，国会，大总统，国务院，法院，法律，会计，地方制度，宪法之修正解释及效力。《中华民国宪法》的特点主要表现在：

**其一，条文完备，形式民主。**该宪法以1913年“天坛宪草”为底本，吸纳了宪法学者近十年以来的研讨成果，立法技术较为成熟。宪法规定“中华民国永远为统一民主国”“中华民国主权属于全体国民”。这是对复辟帝制和各种专制政体的彻底否定。该宪法还规定了人民广泛的民主权利，以及代议制、责任内阁制、司法独立、财政审计制度等。这些条文对民主制度的建构，形式上已颇为完备。

**其二，名义上实行地方自治，实则确认国内军阀的势力范围。**为了平衡各派军阀和大小军阀之间的关系，巩固曹锟、吴佩孚控制的中央大权，对“国权”和“地方制度”作了专门规定，实际上宪法成了大小军阀实现利益分配的账单。

## 三、刑事立法

### 1、《暂行新刑律》

北洋政府成立之初，即将《大清新刑律》略加修订，改称《中华民国暂行新刑律》，作为刑事基本法加以援用。北洋政府法部随即拟定了《删修新刑律与国体抵触各章条等并删除暂行章程文》，并附列删除各章条目，经呈袁世凯批准，并通令各司法衙门遵行，是为《暂行新刑律》。

《暂行新刑律》篇章体例一如《大清新刑律》，并无改变。就其内容而言，仅有两方面的变化：其一，将有关帝制与皇室特权等与民国体制相违的条款一并删除，如删除“侵犯皇帝”全章 12 条，删除“毁弃制书”“伪造御玺”等条款并取消《暂行章程》。其二，为适应民国以后的变化而作部分文字、词语改动，如改“帝国”为“中华民国”，改“臣民”为“人民”之类。

《暂行新刑律》实施以后，北洋政府于 1912 年 8 月和 1914 年 12 月先后颁行《暂行新刑律施行细则》和《暂行新刑律补充条例》，对《暂行新刑律》作了部分修正。1915 年 2 月，北洋政府以《暂行新刑律》为基础，完成刑法修正案，共 55 章，432 条，将《暂行新刑律补充条例》的内容正式纳入刑法草案正文。这一刑法草案未及议决公布，袁世凯即告垮台。1919 年，段祺瑞政府再度修订刑法草案，于次年草成《刑法第二次修正案》，对原刑法草案进行了较大的调整，成为 1928 年南京国民政府制定刑法的基础。

## 2、单行刑事法规

在北洋政府统治期间，还制定了一系列特别刑事法规，赋予优先适用的特别效力，计有《戒严法》《治安警察条例》《惩治盗匪法》《陆军刑事条例》《海军刑事条例》《徒刑改遣条例》《易笞条例》《乱党自首条例》《边界禁匪章程》《私盐治罪法》等十数种。这些单行刑事立法多是为了强化社会治安而颁布，内容在于严格限制人民的言论、行动自由，采取重刑方针，严厉镇压反抗军阀统治的活动，并恢复部分清朝旧刑罚如发遣刑和笞刑，加重了刑罚残酷的程度。

## 四、司法制度

### 1、司法机关的体系

北洋政府成立之初，对清末颁行的《法院编制法》略加删改，更名为《暂行法院编制法》，继续援用。1914 年 1 月又公布《平政院编制令》，从而形成了二元司法体制：普通法院负责民事、刑事案件的裁判，平政院则职掌行政诉讼的裁判。北洋政府后又公布《平政院处务规则》《行政诉讼法》和《诉愿法》等法律法规，建立了中国最早的行政诉讼制度。普通法院系统实行四级三审制：中央设大理院，是最高审判机关。下设民事庭和刑事庭，审判案件时，由推事五人组成合议庭。省设高等审判厅，下亦设民事庭和刑事庭，由推事三人组成合议庭。城市设地方审判厅，受理二审案件或重要的一审案件。属于第一审者，由推事一人独任审理；属于第

二审者，采用合议制。县一级设初级审判厅或县知事兼理司法。初级审判厅审理第一审轻微刑事案件及一般民事案件，实际上未及建立，仍由县知事兼理司法审判。

《暂行法院编制法》实行**审检分立**制度，总检察厅、高等检察厅、地方检察厅、初级检察厅分别对应大理院、高等审判厅、地方审判厅、初级审判厅而设，由检察长、检察官组成，独立行使职权。

## 2、诉讼审判制度的主要特点

北洋政府建立之初，于1912年5月核准暂行援用清末的民事刑事诉讼律草案的某些条文。1914年公布了《县知事审理诉讼暂行章程》，以后又修订了《民事诉讼条例》和《刑事诉讼条例》，分别规定了有关管辖制度以及第一审、上诉审和执行等各环节的具体程序。

诉讼制度原则上实行**四级三审终审制**，在形式上标榜所谓审判独立、公开审判、辩护原则、上诉制度以及检察官独立行使职权等。北洋政府普遍设立“兼理司法法院”，即由县知事兼领司法审判权，并公布了《县知事兼理司法事务暂行条例》，恢复了传统社会基层行政官员兼理审判的制度。以后虽略有调整，但在县一级所设司法公署中，县知事仍掌握检举、缉捕、勘验、递解、刑事执行等权，地位举足轻重。

**司法的专横**是北洋政府司法制度的一大弊病，滥施军事审判，利用军法审判干预司法，成为其诉讼审判制度的突出特点。

## 第七章 南京国民政府及中国共产党领导下的革命根据地法律制度

### 第一节 南京国民政府法律制度

#### 一、立法概况

##### 1、指导思想

孙中山的三民主义是南京国民政府立法指导思想的核心，以蒋介石为首的南京国民政府在形式上依照“权能分治”“五权宪法”“建国三时期”等政治设想建立政治体制和法律制度。

孙中山参照西方宪政理论和中国传统历史国情建构起其宪政思想体系。他认为西方代议制的症结在于人民权利和政府权力的矛盾，为解决这一矛盾，他提出了权能分治理论：“权”即政权，是人民管理政府的力量，包括选举、罢免、创制、复决四项权力；“能”即治权，是政府管理国家事务的权能，包括行政、立法、司法、考试、监察五项权能。权能分治，就是要实现人民有权、政府有能的宪政体制，国家一切重要事项由人民来决断，然后由政府人民的监督下执行。

根据权能分治理论，孙中山设计出五权宪法的政府组织方案：人民选举的国民大会是全国最高政权机关，统一行使国家四项政权，组成并监督政府。政府则由行政、立法、司法、考试、监察五院组成，各院依照宪法行使不同的权能，互相制衡。出于对革命形势和人民智识水平的判断，孙中山认为确立宪政体制，实现全民政治，要经由一个渐进的过程，为此他提出“建国三时期”说：第一阶段是军政时期，以革命武装力量扫荡反革命势力，实行军法之治；第二阶段是训政时期，以国民党训练人民行使政权，并制定自治之法；第三阶段是宪政时期，按照五权宪法的方案组织政府，行使国家各项权力。1928年胡汉民依照“建国三时期”说又提出“训政保姆论”，将处于训政时期的人民比拟为婴儿，而国民党则是人民的保姆。训政时期，不成立国民大会，由国民党全国代表大会代替国民大会行使政权，由国民党中央督导五院政府。这也成为日后国民党长期实行训政的主要理论支撑。

##### 2、主要立法原则与立法阶段

南京国民政府立法活动的主要原则是坚持“党治”，即由国民党垄断立法权。由于南京国民政府延续了大革命时期广州、武汉国民政府确立的执政党指导与监督政府的原则，所以其立法机关首推国民党全国代表大会及其中央执行委员会。作为“全国实行训政之最高指导机关”的中央政治会议更是具体指导国家立法的重要机关。中央政治会议即中央政治委员会（后改称

国防最高委员会)，是国民党中央执行委员会特设的政治指导机关，其主要职权是：讨论、决议建国纲领，决定训政的根本大计；讨论、决议立法原则、施政方针、财政计划、政府重要官吏人选等。中央政治会议实际上是国民党实行“以党治国”“以党训政”的重要工具，1928年的《训政纲领》、1931年的《中华民国训政时期约法》和《国防最高委员会组织大纲》等重要法律，均由该机构制定颁行。

在国民政府的五院中，立法院是“国家最高立法机关”“有议决法律案、预算案、戒严案、大赦案、宣战案、媾和案、条约案及国家其他重要事项之权”。但是，立法院在行使立法权时，须遵循国民党中央政治会议所确定的立法原则。行政院作为国民政府最高行政机关，有权向立法院提出法律案及其他议案，行政院及所属各部、委有权依据法律发布命令。此外，司法院、考试院和监察院均可在自己的职权范围内向立法院提出法律案，也可依据法律发布命令；司法院还行使统一解释法令及变更判例之权。国民政府各地方政权的立法权也为国民党所掌握。

### 南京国民政府的立法经历了三个阶段：

**第一阶段**（1927—1936年），是国民党政权“法统”的形成时期。国民政府集中进行频繁的立法，确立“法统”。这一时期的立法主要有两方面：其一，建立起以基本法典为核心的“六法”体系，形成了国民政府法律制度的基本框架；其二，制定了一系列单行法规等。

**第二阶段**（1937—1945年），是国民党政权“法统”的发展时期。这一阶段的立法以制定颁布单行法规和法令为主，表现出抗日战争时期特殊条件下立法活动的两面性：一方面国民政府公开颁布了若干关于开展抗日斗争，惩治汉奸，保护抗属等单行法规，如《国家总动员法》《惩治汉奸条例》《妨害兵役治罪条例》等；另一方面又秘密发布了一些旨在“防共、限共、溶共”的法令，包括《共产党问题处置办法》《防止异党活动办法》等。

**第三阶段**（1946—1949年），是国民党政权“法统”的完善和崩溃时期。国民党力图用法律手段推行其内战时期的基本政策，除《中华民国宪法》外，还颁布了大量的法律和特别法规，如《兵役法》《戡乱总动员令》《戒严法》《戡乱时期危害国家紧急治罪法》《特种刑事法庭组织条例》《改革币值令》等。

### 3、法律体系与《六法全书》

南京国民政府建立之初即开始仿照大陆法系国家建构中国的以法典为核心的法律体系。1928—1937年期间，国民政府先后公布实施了六个门类的法律法规：宪法（《训政时期约法》）、民法、民事诉讼法、刑法、刑事诉讼法、行政法，建立起国民政府法律体系的基本框架。以这些大类法规中的基本法典（行政法除外）为中心，各有一整套的关系法规，即低位阶的法律、条例、通则、规程、规则、细则、办法、纲要、标准、准则以及判例、解释例等不同层次和性



质的法律，组成一个严密的、层次分明的法律系统。国民政府采取“以法典为纲、以相关法规为目”的方式，将法典及相关法规汇编成《六法全书》。《六法全书》的编纂标志着国民政府六法体系的建构完成，实现了法律形式上的近代化。长期以来，人们在习惯上把南京国民政府的法律制度简称为“六法全书”或“六法”。

六法体系包括以下几个层次：

**其一，基本法典。**构成六法体系核心的是宪法、民法、刑法和程序法等基本法典（行政法例外）。

**其二，相关法规。**即围绕基本法典而制定的低位阶法规，如条例、命令、细则、办法等。这些相关法规作为补充，与各部门的基本法典一起构成了完整的法律部门。

**其三，判例、解释例。**即最高法院依照法定程序作成的判例和司法院大法官会议作出的解释例和决议。把判例和解释例作为重要的法律渊源，是南京国民政府对北洋政府法律遗产的继承和发展，它们是成文法的重要补充，可以对成文法加以引申或进行实质意义上的修正。最高法院的判决例，经“采为判例，纳入判例要旨”，并报司法院核定者，具有法律效力。若最高法院各庭之间就某一判例有争议，则由司法院之变更判例会议作出决定。司法院大法官会议则拥有解释宪法、法律的权力，其作出的解释例或决议，具有与宪法或法律同等的效力。

#### 4、法律制度的主要特点

**第一，以孙中山的“遗教”为立法的根本原则。**《训政纲领》开宗明义地说，“实施总理三民主义，依照建国大纲”是纲领的制定宗旨。《中华民国训政时期约法》也标榜“国民政府本革命之三民主义、五权宪法，以建设中华民国”。《中华民国宪法》更声称“中华民国国民大会受全体国民之付托，依据孙中山先生创立中华民国之遗教，为巩固国权，保障民权，奠定社会安宁，增进入民福利，制定本宪法，颁行全国永矢咸遵”。

**第二，特别法多于普通法，其效力往往也高于普通法。**国民政府鉴于制定特别法简单方便，因而大量颁行特别法，尤其是刑事特别法。这些特别法破坏了国民党在普通成文法典立法中所树立的建设民主、法制国家的形象，使国家法律在实质和形式意义上产生强烈的反差与冲突。

**第三，形成了以《六法全书》为标志的国家成文法律体系。**国民政府的立法是清末政府和北洋政府立法的继续和发展，它采用大陆法系以成文法为主的法律体系，同时也是中国法律文化在继受外来法和保留固有法道路上寻求妥协和调和的进一步探索。六法体系的建立，标志着中国法律近代化在形式上达到了顶点。

**第四，不成文法在法律体系中占据重要地位。**国民政府最高法院的判例、司法院的解释例、司法机关认可的习惯以及法理，都可作为司法机关行使审判权的依据。

总之，南京国民政府延续了清末以来的法律改革，进一步把西方资本主义国家的部分法律原则、法律体系和法律制度引入中国，并结合中国的实际情况加以吸收、发展，形成了以六法全书为代表的法律体系，从而把近代中国半殖民地半封建法律制度的建设推向顶峰。

## 二、宪法性文件与宪法

### 1、《训政纲领》

《训政纲领》是《中国国民党训政纲领》的简称，于1928年10月由国民党中央常务会议通过，是国民党政权“训政”时期的纲领性文件。

《训政纲领》确立了训政时期国民党“一党治国，以党训政”的施政方针，共6条。规定在训政时期由中国国民党全国代表大会代表国民大会领导国民行使政权。在其闭会期间，则由国民党中央执行委员会行使政权。国民政府从属于国民党中央机关。在国民党与人民的关系上，体现了“训政保姆论”的精神，即国民党是人民的政治保姆，训练幼稚的国民行使政权。《训政纲领》确认国民党为最高训政者，把国民党全国代表大会及中央执行委员会规定为国家最高权力机关，把中央政治会议变为政府的直接领导机关，从而建立了国民党一党专政的政治制度。

### 2、《中华民国训政时期约法》

《中华民国训政时期约法》于1931年5月5日由“国民会议”制定，同年6月1日由南京国民政府公布施行，共8章，89条。

主要内容是：

以根本法的形式确认《训政纲领》的“党治”原则，建立国民党一党专政的国家制度；规定五院制的政府组织形式；罗列一系列公民权利与自由，但又多加限制；利用国家的名义，发展官僚资本。

### 3、“五五宪草”

1932年年底，迫于各方面的压力，国民党四届三中全会宣布准备“制宪”。次年1月，由国民政府立法院组成宪法起草委员会负责宪法的起草工作，完成后于1936年5月5日经国民党中央审查和蒋介石批准，由政府公布，故这部《中华民国宪法草案》又称“五五宪草”。该宪法草案共8章，148条，因时局变化未付诸议决，但却成为后来《中华民国宪法》的蓝本。

“五五宪草”继承了《训政时期约法》的精神，但也有变化，主要表现为确立总统制、国民大会制和五院制衡机制，实质上仍然集权于总统，无法真正实现“还政于民”，实行宪政。

### 4、《中华民国宪法》

1946年11月，内战全面爆发后，南京国民政府单方面召开国民大会，于12月25日通过《中华民国宪法》，定于1947年1月1日公布，12月25日施行。该法共14章，依次是总纲，

人民之权利义务，国民大会，总统，行政，立法，司法，考试，监察，中央与地方之权限，地方制度，选举、罢免、创制、复决，基本国策，宪法之施行及修改，共 175 条。基本精神与《训政时期约法》和“五五宪草”一脉相承，但基于政协通过的“宪法修改原则”12 条（即实行国会制、内阁制、省自治、司法独立、保护人民权利等）的重大影响，又不得不在具体条文上有所变动。

#### **《中华民国宪法》的主要内容包括：**

**第一**，依三民主义、五权宪法确定国体与政体。

**第二**，规定国民大会为全国最高政权机关，但对其职权加以限制。

**第三**，形式上采用总统制，但总统的权力受立法院、行政院、监察院的制约。

**第四**，规定人民各项民主自由权利及必要的宪法义务。

**第五**，采取中央与地方分权体制，形式上赋予省、县两级地方政府以自治权。

1947 年《中华民国宪法》的颁行，标志着国民政府训政时期之结束，宪政正式肇始。同时，又仿效美国的司法审查制度，赋予司法院以解释宪法和统一解释法律及命令之权。司法院设立大法官会议负责该项权力行使。

**《中华民国宪法》是中国近代立宪史上内容较为系统、完整的一部宪法，也是中国法制近代化的主要成果之一。**这与第二次世界大战后民主进步力量的发展是分不开的。1946 年政治协商会议对宪法修改的意见，在一定程度上也对宪法的制定起了促进作用。但是，由于这部宪法是在没有中国共产党和各民主党派参加的情况下制定的，因此在代表的广泛性和合法性方面存在着很大的问题。事实上，国民党之所以在这个时候颁布这部宪法，就是为了通过它改变其不良形象，证明其统治的合法性，1948 年 5 月 10 日，国民政府颁布《动员戡乱时期临时条款》，以“戡乱”为由，无限扩大总统的“紧急处分权”，将宪法规定的紧急处分和宣告戒严的总统权力不再置于立法院的限制之下。至于“戡乱”何时结束，须由总统宣告。

### **三、刑事立法**

#### **1、《中华民国刑法》**

1927 年，南京国民政府以北洋政府《暂行新刑律》和改定的第二次刑法草案为基础，于 1928 年 3 月公布了第一部《中华民国刑法》，通称“旧刑法”。1935 年 1 月 1 日公布修订第二部《中华民国刑法》，通称“新刑法”。与旧刑法相比，新刑法吸收了西方最新的刑法理论和立法经验，作了较大的修改：由“客观主义”改为“侧重于主观主义”，强调犯罪性质而非客观后果；由“报应主义”改为“侧重于防卫社会主义”，强调“保全与教育机能”，引进保安处分制度。

新刑法分总则、分则两编，共 357 条。总则 12 章，为法例、刑事责任、未遂犯、共犯、刑名、累犯、数罪并罚、刑之酌科及加減、缓刑、假释、时效、保安处分；分则 35 章，规定各种罪名及刑罚。新刑法的主要特点是：

**其一**，继受西方国家通行的刑事法律原则，注重采纳与传统宗法伦理原则相适应的法律制度。在立法原则方面，继受了罪刑法定、罪刑相适应以及刑罚人道主义等原则；在罪名体系和刑罚制度方面，一准西方国家通行良规。为继承传统的宗法伦理精神，刑法典保留了更多传统中国刑法的痕迹，如对侵害直系尊亲属的犯罪行为，采取加重处罚原则；同居相为隐原则得到一定的体现，如规定罪犯的配偶、五亲等内之血亲或姻亲犯便利犯人逃脱、藏匿犯人、湮灭证据等犯罪，可以减轻或免除处罚；亲族间犯盗可以免于处罚、适用亲告；纵容纳妾。刑法典设有重婚罪，但纳妾不属于重婚范围。最高法院在判例中明确指出：“所谓重婚及相婚，均指正式婚姻而言，如未正式结婚，纵令事实上有同居关系，仍难以成立该罪。”

**其二**，在时间效力上取“从新从轻主义”，但保安处分取“从新主义”和裁判后的“附条件从新主义”。在空间效力上以属地主义为主，属人主义为辅，兼取特定犯罪的保护主义和世界主义。

**其三**，采取社会防卫主义，增设保安处分。刑罚分主刑和从刑，分别为死刑、无期徒刑、有期徒刑、**拘役**、**罚金**和褫夺公权、没收。保安处分增设专门一章，是受西方国家社会防卫主义主流刑法思想和立法实践影响的体现。保安处分是用来补充或替代刑罚以预防犯罪、维护社会秩序的强制性措施，其适用对象是未成年的少年犯及有犯罪或妨碍社会秩序嫌疑之人，特别是那些有潜在犯罪危险，而不是已经构成犯罪的~~人员~~。有拘禁（拘于一定场所实施感化教育）和非拘禁（监视、限制活动自由）两种方式。作为刑罚的补充，保安处分有其合理性。

## 2、刑事特别法

在刑法典之外，南京国民政府根据不同时期的需要，制定了一系列刑事特别法，并赋予其高于刑法典的效力，打击对象广泛，涉及土豪乡绅、盗匪、烟毒、汉奸、妨害国币、妨害兵役、走私、叛乱等、犯罪，往往借以重点镇压共产党和民主进步人士。主要有 1927 年 11 月颁布的《惩治盗匪暂行条例》，1928 年 3 月公布的《暂行反革命治罪法》，1931 年 3 月施行的《危害民国紧急治罪法》；1939 年秘密发布的《共产党问题处置办法》以及 1947 年 12 月颁布、次年 4 月修正的《戡乱时期危害国家紧急治罪条例》等。刑事特别法不仅数量众多，而且采用重刑主义，其规定的量刑多重于刑法典，“内乱”“强盗”“外患”“妨害公务”等犯罪都是如此。

## 四、民商事立法

### 1、“民商合一”的立法体系

北洋政府成立后，民事法律主要是《大清现行刑律》中有关民事的规范，即“现行律民事有效部分”，但因其条文简略，不足以规范日益纷繁复杂的民事法律关系，不得不公布一些民事单行法令以解决社会生活中的具体问题。同时，北洋政府依照清末民商分立的原则，进行编纂民法典的尝试。1914 年法律编查会（后改称修订法律馆）以《大清民律草案》为基础，结合各省民商事习惯，参照各国最新法例，开始修订民律。1926 年完成民事总则、债、物权、亲属、继承五编草案，共计 1320 条，称《民律第二次草案》。不久，段祺瑞政府垮台，《民律第二次草案》未能正式通过。

南京国民政府成立后，继续推动民法典的编纂，1929 年国民党中央政治会议通过“民商合一”的制定原则，这是中国近代民商事立法首次采用这一模式。其根据是民法与商法间并无确定界限，两法并立既不便于立法，又有碍于适用。依此原则，凡适合编入民法典的商事法律规范，如通常属商法总则及商行为等均编入民法债编；凡公司、票据、海商、保险、商业登记等不宜编入民法者，实行单行立法。这与德国、法国、日本民商法体制及清末单独制定商法典的做法有显著区别。当时，采用民商合一立法模式也是为了紧随世界民法的立法潮流。时任立法院院长胡汉民和副院长林森认为：“现世各国，如美、英、瑞士等均无商法法典，而暹罗、苏俄等国新订法典，又均将民商二法合并。是统一民商二法，已成为现代立法之趋势矣。”

因此，在《六法全书》中，只有民法典，没有商法典，所有商事法律均排列在民法典分则以后。它们作为民法的特殊表现形式，仍适用民法典中总则的规定。

## 2、《中华民国民法》

《中华民国民法》是分编草拟分期公布的：总则编于 1929 年 5 月公布，债及物权两编于同年 11 月公布，亲属和继承两编于 1930 年 12 月公布。民法典沿袭《大清民律草案》和北洋政府的《民律草案》，采德国民法编制体例结构。第一编总则，分法例、人、物、法律行为、期日及期间、消灭时效、权利之行使 7 章；第二编债，分通则、各种之债 2 章；第三编物权，分通则、所有权、地上权、永佃权、地役权、抵押权、质权、典权、留置权、占有 10 章；第四编亲属，分通则、婚姻、父母子女、监护、扶养、家、亲属会议 7 章；第五编继承，分遗产继承人、遗产之继承、遗嘱 3 章。法典由 5 编 29 章 1225 条组成，是中国历史上第一部正式颁行的民法典。主要内容和特点包括：

**其一，采用社会本位的立法原则。**民法典采取社会本位，在民法的基本价值方面摒弃个人主义，转而注重社会公共利益，对私人所有权、契约自由、遗产继承加以一定的限制，强调只有个人利益不违背社会公益，始予保护。同时确立无过失损害赔偿责任制。这种做法是仿效西方资产阶级最新立法原则的表现。

其二，在具体制度上，将外国民法之最新学理、最新立法例加以吸纳、整合，萃成本国民法。民法典以旧民律草案为基础对其做了大量修正，着力参照苏联、德国、日本、瑞士等国民法，表现出新的历史条件下继受法与固有法结合的特点。

其三，肯定在无法可依的情况下，习惯及法理可作为审理民事案件的依据。《中华民国民法》第1条明确规定：“民事法律未规定者，依习惯，无习惯者，依法理。”审判官不得借口于法律无明文规定，而将法律关系之争论拒绝不为判断。但是，民事所使用之习惯，以不违背公共秩序或善良风俗者为限。这表明习惯和法理也构成南京国民政府民事法律的渊源，这实际上也是对北洋政府做法的继承。根据该条表达的逻辑，习惯的适用应优先于法理，习惯的适用应以法无明文为限。所谓“法理”，即法律原理，是自法律的根本精神演绎而来的法律的一般原则，这一概念类似于日本法中的“条理”。法理的含义更加不确定，但是为补充民法典或习惯法之不足，法理是必不可少的民法渊源。【24 新增】

其四，重在维护私有财产所有权及地主土地经营权。尤以物权编规定最详，占法典全部29章中的10章，即1/3强。对所有权的取得、保护，土地所有权及经营权均详细规定。

其五，婚姻家庭制度体现浓厚的固有法色彩。民法典肯定包办买卖婚姻及传统习惯，维护夫妻间的不平等和家长制。如夫妻财产由夫管理，子女从父姓，家置家长，双方合意的买卖婚姻有效等。

总而言之，民法典前三编引进了德国、日本、瑞士民法的大量条文，后两编带有较多的传统色彩。《中华民国民法》基本达到世界近代民法典的水准，是中国实现民事立法近代化的重要标志之一。但是，南京国民政府虽然制定了形式上先进的民法典，却并未真正解决民生问题。因为无论是民法典，还是各项民事单行法，皆以维护有产者的权利为主旨，从未切实推行过“耕者有其田”“节制大资本”的社会改革政策。

### 3、商事立法

南京国民政府立法院于1929年1月成立了商法起草委员会，在清末及北京政府进行商事立法的基础上，进一步采纳西方资本主义的商法原则。

国民政府制定颁布的单行商事立法主要有：

1. 银行法。包括1927年的《中央银行条例》《中国银行条例》《交通银行条例》、1931年的《银行法》、1934年的《储蓄银行法》、1935年的《中央银行法》等。
2. 交易所法。1929年10月3日公布《交易所法》，于次年6月5日施行。该法之立法目的是“尽其调剂供求，平准物价之功用”。
3. 票据法。1929年10月30日颁布施行的《票据法》，分为总则、汇票、本票、支票、附

则五章，共 139 条。它是国民政府以北洋政府的票据法草案和国民党中央政治会议议决的 19 条票据法立法原则为依据，并参酌德、日、英、美、法等国和我国的商业习惯制定的。

4. 公司法。1929 年 12 月 26 日颁布了第一部《公司法》，它参照德、法两国的公司法定制，分为通则、无限公司、两合公司、股份有限公司、股份两合公司、罚则 6 章，共 233 条。后于 1946 年经修正重新颁布，条文增至 361 条。

5. 海商法。1929 年和 1930 年先后颁布了《海商法》及其施行法。

6. 保险法。《保险法》公布于 1929 年 12 月 30 日，分为总则、损害保险、人身保险 3 章，共 82 条。

7. 破产法。1934 年国民政府公布了《商人债务清理暂行条例》，次年又颁布了《破产法》利 I《破产法施行法》取而代之，规定对破产之宣告，采取声请主义原则。

这些单行商事法规的颁布实施，对完善我国近代法律体系有积极意义，也是运用法律规范调整经济关系的进一步尝试。

## 五、司法制度

### 1、普通法院系统

南京国民政府成立初期，沿用北洋政府的法院组织体系，实行四级三审制。1932 年 10 月公布《法院组织法》（1935 年 7 月 1 日施行），改为三级三审制，第三审为“法律审”。普通法院分地方法院、高等法院、最高法院三级。一般县市设地方法院，审理民事、刑事第一审案件及非诉事件。但实际上直到 1947 年，国民政府设立的地方法院只占全国县市总数的五分之二左右，多数县市仍以设于县政府的县司法处兼理司法。省、特别区和直辖市设高等法院，审理一审上诉和抗告案件，以及“内乱”“外患”“妨害国交”等罪的第一审案件。最高法院设于首都，审理不服高等法院之判决、裁定的上诉、抗告案件。

国民政府时期司法体系的一个重要变化是，在法院之上增加了一个最高层次，即司法院。司法院设立于 1928 年。依照《训政时期约法》和《国民政府组织法》《司法院组织法》的规定，司法院为国家最高司法机关，总揽各项司法事务。其下设四个直属机关，其中司法行政部掌管司法行政事务（后曾改归行政院统辖），最高法院行使最高审判权，行政法院行使行政诉讼案件的审判权，官吏惩戒委员会掌管文官和法官的惩戒事宜。司法院院长综理全院事务，并经最高法院院长及各庭庭长会议决议，行使统一解释法令及变更判例之权。1947 年《中华民国宪法》颁布后，国民政府即依照宪法规定，制定新的《司法院组织法》。该法第 3 条规定：“司法院设大法官会议，以大法官十七人组织之。行使解释宪法及统一解释法律命令之职权。大法官会议以司法院院长为主席。”

## 2、特种刑事法庭

特种刑事法庭始设于 1927 年，是受理特种刑事审判程序案件的法庭。1948 年，国民政府先后颁布实施《特种刑事案件诉讼条例》《特种刑事法庭组织条例》《特种刑事法庭审判条例》，根据这些条例，设立中央特种刑事法庭和高等特种刑事法庭，分别设于南京和司法行政部指定的地方。特种刑事法庭依据特殊的程序审理案件，对其裁判不得上诉或抗告，为迫害共产党人和爱国进步人士提供了组织及程序保障。

## 3、诉讼审判制度

南京国民政府先后分别颁布了两部刑事訴訟法典和民事訴訟法典，两部刑事訴訟法典颁布的时间与刑法一样，初定于 1928 年，再定于 1935 年，与两部刑法典配套。第二部刑事訴訟法典增加了“保安处分”的实施办法，增为总则、第一审、上诉、抗告、再审、非常上诉、简易程序、执行、附带民事诉讼 9 编 516 条。其关系法规有 1946 年的《监狱行刑法》《行刑累进处遇条例》《羁押法》和 1948 年的《假释审查规则》等。第一部民事訴訟法典公布于 1930 年年底和 1931 年年初，第二部则颁布于 1935 年 2 月，并经 1945 年修正后，定为 636 条。

国民政府还制定颁布了一系列单行诉讼法规，如《各省高级军事机关代核军法案件暂行办法》《特种刑事案件诉讼条例》《特种刑事法庭审判条例》《县长及地方行政长官兼理军法暂行办法》《反革命案件陪审暂行法》。国民政府于 1932 年 10 月颁布《法院组织法》。另外又制定了一些单行司法组织法规，如 1927 年的《特种刑事临时法庭组织条例》、1944 年的《县司法处组织条例》、1946 年的《监狱组织法》和《看守所组织条例》、1948 年的《特种刑事法庭组织条例》和《军事法庭条例》等。

国民政府的诉讼法在一定程度上采纳了资产阶级的诉讼原则，如公开审判原则、律师辩护原则、合议审判原则等，具有进步意义。其诉讼审判制度还有如下之特点：

**1. 采取严密的侦查制度。**按照刑事訴訟法和有关法规的规定，国民政府中行使刑事侦查的机构很多，检察官、司法警察、宪兵、军士、特务等都有刑事侦查权力。特别是检察官，权力很大，几乎可以动用一切的人力物力，侦查或处分任何人或事。

**2. 实行“自由心证”的诉讼原则。**南京国民政府的《刑事訴訟法》和《民事訴訟法》都规定，在证据制度中采取“自由心证”的原则。也就是说，在诉讼过程中，证据的证明力及其是否被采用，由法官的内心信念，即依“心证”来自由判断和取舍。

**3. 实行秘密审判制度和陪审制度。**《法院组织法》规定，对于所谓“妨害公共秩序”的案件，即政治案件，实行秘密审判。对于违犯《戡乱时期危害国家紧急治罪条例》的刑事案件，经秘密审理后作出的裁判，当事人不得上诉或抗告。国民政府还于 1929 年 12 月颁布了《反革



命案件陪审暂行法》，规定在“反革命案件”的上诉过程中，可由国民党地方最高党部派出的国民党员所组成的陪审团陪审评议。这种名曰“陪审制”实际上是党内审判制度。

**4. 扩大并强化军事和军法机关的审判。**国民政府通过颁布刑事特别法，在诉讼制度方面不断扩大和强化军事和军法机关的审判。

**5. 维护帝国主义在华军队的特权。**国民政府在 1946 年 6 月 5 日下令延长适用在抗日战争时期颁行的《处理在华美军人员刑事案件条例》，规定在华美军人员在中国境内犯罪的刑事案件，归美军军事法庭及军事当局裁判。这就从诉讼程序上为开脱美在华军队所犯罪责提供了方便。

南京国民政府的民事诉讼法和刑事诉讼法，从程序上保证了民法和刑法的实施，补充了实体法的不足。但其诉讼审判实践中的武断专横与法律文本规定的民主法治精神明显矛盾，成为其突出的特点。

## 第二节 中国共产党领导下的革命根据地法律制度

### 一、工农民主政权法律制度

#### 1、《中华苏维埃共和国宪法大纲》

1931 年 11 月召开的第一次全国工农兵代表大会通过了《中华苏维埃共和国宪法大纲》（以下简称《宪法大纲》），1934 年 1 月召开的第二次代表大会对其作了某些修改，最重要的是增加了“同中农巩固的联合”这一条。《宪法大纲》包括序言和 17 条正文对人民民主专政的基本问题作出了明确规定：

**其一，规定苏维埃国家性质是工人和农民的民主专政国家。**政权属于以工人阶级为领导的劳苦大众，剥夺军阀、官僚、地主、资本家、豪绅、僧侣及一切剥削人的人和反革命分子的政治权利。

**其二，规定苏维埃国家政治制度是工农兵代表大会。**全国工农兵代表大会及其中央执行委员会为保证工农大众参加国家管理，便于工人阶级及其政党的领导，实行民主集中制和议行合一原则。

**其三，规定并保障苏维埃国家公民的权利和义务。**工农及一切劳苦民众享有广泛的民主权利及人身自由。各级政府采取切实有效的措施，提供力所能及的物质保障条件。

**其四，规定苏维埃国家的外交政策。**宣布中华民族完全自主与独立，不承认帝国主义在中国的一切特权，废除一切不平等条约。对受迫害的世界革命者给予保护，对居住在苏区从事劳动的外国人给予法定的政治权利。

《宪法大纲》是中国共产党领导人民反帝反封建的工农民主专政的纲领。但由于缺乏宪政经验和受到“左”倾思想的影响，《宪法大纲》也存在一定的缺陷，如混淆民主革命与社会主义的界限；阶级路线上搞“左”倾关门主义；在国家结构问题上照搬苏联经验等。

## 2、土地立法

1928年12月湘赣边界工农民主政府颁行的《井冈山土地法》，是工农民主政权的第一部土地立法。该法共9条，规定“没收一切土地归苏维埃所有”；以乡为单位，以人口或劳动力为标准，男女老幼平均分配土地。由于缺乏经验，该法的主要错误在于：没收一切土地而不是只没收地主土地；土地所有权属于政府，农民只有使用权；禁止土地买卖。

工农民主政权中期的土地立法以1929年4月《兴国土地法》为代表。该法纠正了《井冈山土地法》“没收一切土地”的错误，改为“没收一切公共土地及地主阶级的土地”，但在土地分配使用的问题上仍沿用《井冈山土地法》的规定。

《中华苏维埃共和国土地法》于1931年11月由中华工农兵苏维埃第一次全国代表大会通过，其主要内容包括：

**第一**，规定没收一切地主、富农、反革命分子及农村公共土地，没收一切地主豪绅、军阀的所有财产，宣布废除一切债务契约。

**第二**，规定对于没收来的土地财产的分配，按照最有利于贫雇农、中农利益的原则进行，具体方法是，以乡为单位，贫雇农、中农按人口平均分配，或按人口与劳动力的混合标准平均分配。富农如果不参加反革命活动，并且能够自食其力，可以分得较坏的田。

**第三**，规定了土地所有权问题，即现阶段不禁止土地的出租与买卖，同时规定在条件具备的时候实行土地国有制。

这部土地法仍有严重的“左”倾错误，如在土地分配上实行“地主不分田，富农分坏田”的政策。

## 3、《中华苏维埃共和国劳动法》

1928年7月，中国共产党第六次全国代表大会通过的“十大政纲”中，确定了八小时工作制，增加工资、失业救济和社会保险的劳动立法原则。此后各苏区按照这一原则进行过一些劳动立法。

1931年11月中央苏区工农兵第一次代表大会通过的《中华苏维埃共和国劳动法》，主要规定了有关集体合同、工时、工资福利、劳动保护、休假、社会保险以及劳资纠纷的解决等方面的制度，内容包括：废除包工制和工头、招工头；禁止私人开设失业劳动介绍所，取而代之的是苏维埃政府开设的劳动介绍所；工会享有宣布及领导罢工，有代表工人签订集体合同和成立

特别机构监督私人企业的生产等权利；雇主对于工会机关的活动不得有任何阻碍，并负有支付工资总额 3% 的工会办事经费和文化教育经费的义务；实行 8 小时工作制和工人的各种法定休假制度；工人享有各种法定的劳动保护和社会保险等。

《中华苏维埃共和国劳动法》改善了苏区工人阶级的社会地位和生活状况，保障了劳动者的基本权利。但是它也存在着极“左”的错误，脱离了国情和实际，片面地追求劳动者的福利目标，其结果不仅影响到根据地的生产供应，有碍红军的作战行动，也使工厂中的师徒关系紧张，影响到工农团结。该法 1933 年 10 月修订后重新公布，纠正了上述错误，但并不彻底。

#### 4、《中华苏维埃共和国婚姻法》

中华苏维埃共和国于 1931 年 12 月颁布了《中华苏维埃共和国婚姻条例》，该条例于 1934 年 4 月被《中华苏维埃共和国婚姻法》取代。

##### 主要内容如下：

- (1) 规定男女婚姻以自由为原则，废除一切包办、强迫和买卖婚姻制度，禁止童养媳，实行一夫一妻制，禁止一夫多妻或一妻多夫。
- (2) 关于结婚年龄，规定男子须满 20 岁，女子须满 18 岁。禁止三代以内的血亲通婚；禁止患传染病、神经病及疯瘫者结婚。男女结婚须到苏维埃进行登记，领取结婚证。
- (3) 确定离婚自由的原则，凡男女双方同意离婚，或男女一方坚决要求离婚的，即行离婚。规定离婚后孩子和财产的处理办法：私生子女得享受婚生子女的同等权利；红军战士之妻要求离婚的，须得其夫同意，在通信便利的地方经两年、通信困难地区经 4 年其夫无信回家者，其妻可以请求登记离婚。

**着重保护妇女和儿童的合法权益是工农民主政权婚姻立法的一个核心内容。**

#### 5、《中华苏维埃共和国惩治反革命条例》

1934 年 4 月颁行的《中华苏维埃共和国惩治反革命条例》，是土地革命时期最具代表性的惩治反革命的刑事法律。该条例共 41 条，规定，“凡一切图谋推翻或破坏苏维埃政府及工农民主革命所得到的权利、意图保持或恢复豪绅地主资产阶级的统治者，不论用何种方法都是反革命行为”，并列举了组织反革命武装侵犯苏维埃领土、组织反苏维埃暴动等 28 种反革命罪行。该条例的主要原则是：区分首犯、主犯和附和参与者，区别对待；对自首、自新者减免刑罚；罪行法定主义与类推原则相结合；废止肉刑，实行革命的人道主义；按阶级成分及功绩定罪量刑。

尽管《中华苏维埃共和国惩治反革命条例》存在着一些缺陷，诸如死刑适用面过宽、定罪量刑上有“唯成分论”的倾向等，但是它在同反革命犯罪的斗争中起到了重大作用，对于巩固

红色政权，保护工农权利具有重要的意义。该条例所规定的反革命罪的概念和犯罪构成，也为以后的刑事立法积累了经验。

## 6、司法制度

中华苏维埃临时中央政府成立后，陆续颁布了《裁判部暂行组织及裁判条例》《中华苏维埃共和国司法程序》等法令，形成了初具规模的司法机关。新的司法体制实行各级司法机构受同级政府领导的体制。

审判权和司法行政权在中央采分立制，在地方采“合一制”。中央设临时最高法院，受苏维埃共和国中央执行委员会的领导，负责受理不服省裁判部或高级军事裁判所一审的裁判，解释一般法律，监督各级裁判部裁判。地方省、县、区设各级裁判部，为地方各级法院建立之前的临时审判机关，负责管辖非军事人员的一切民事、刑事诉讼案件。在红军中设立各类军事裁判所。省、县裁判部各设检察员，实行“审检合一”制。各级检察员受同级裁判机关领导，其职责是进行预审、起诉等工作。

苏区的司法机关还包括实行集权的、独立系统垂直领导的国家政治保卫局，主要负责反革命案件的侦查、预审、提起公诉等工作。在肃反扩大化期间，该机构权力极大，凌驾于地方政府和各级裁判部之上。

工农民主政权在诉讼和审判中确立了一些基本制度和原则，如司法机关统一行使审判权、审级划分上实行四级二审终审制，审判公开、人民陪审、巡回审判、死刑复核、合议制度和辩护制度，以及废除肉刑、重视证据等。同时，设立劳动感化院，颁布《劳动感化院暂行章程》，规定狱政的指导思想及管理制度。但是在司法程序上仍强调所谓“阶级路线”。

## 二、抗日民主政权法律制度

### 1、《陕甘宁边区施政纲领》

1941年11月颁布的《陕甘宁边区施政纲领》，是抗日民主政权制定的最具代表性的宪法性文件。其主要内容包括：

**其一**，明确阐述抗日民主政权的主要任务，是《抗日救国十大纲领》确定的“抗日”“团结”“民主”：发扬民主，团结边区各社会阶层、各抗日党派，发动一切人力、物力、财力、智力，为保卫边区、保卫中国、驱逐日本帝国主义而战。

**其二**，加强政权民主建设，规定边区实行参议会制度和“三三制”政权组织原则。参议会制度是我国人民代表大会制度正在抗战时期的特定历史条件下加以变通的政权组织形式。边区各级参议会为边区各级人民代表机关，由其选举产生同级政府委员会。**【23 新增】**“三三制”政权组织原则，即规定根据地政权的人员构成实行“三三制”原则，即共产党员占 1/3，非党

左派进步人士占 1/3，中间派占 1/3。实行普遍、直接、平等、无记名投票的选举制度，保障一切抗日人民的选举权、被选举权及其他人权、财权及各项自由。

**其三**，改进司法制度，厉行廉洁政治。如坚决废除肉刑，重证据不重口供；明确公务人员是人民公仆，严惩贪污和假公济私行为，实行以俸养廉等。

**其四**，规定边区的基本文化经济政策。从“发展经济，保障供给”的总方针出发，发展农、林、牧、手工和工业，奖励扶助私人企业，保障经营自由。贯彻统筹统支的财政制度，征收统一累进税，维护法币，巩固边币。创办各类学校，普及免费义务教育。尊重知识分子，提高边区人民的政治文化水平。

《陕甘宁边区施政纲领》以反对日本帝国主义，保护抗日人民，调节各抗日阶级利益，改善工农生活，镇压汉奸反动派为基本出发点，全面、系统地反映了抗日民族统一战线的要求和抗战时期的宪政主张。

## 2、土地立法

1937 年 8 月颁布的《抗日救国十大纲领》确立了“减租减息”的原则，各根据地以此为任务制定本地区的土地法规，以陕甘宁边区的土地立法最有代表性。1940 年以前的立法重点在保护农民既得利益，确认农民分得地主土地的所有权。1939 年《陕甘宁边区土地条例》是这一时期的立法成果。1940 年 7 月以后，立法重点转为减租减息、保障佃权和低利借贷上。先后制定有 1942 年《陕甘宁边区土地租佃条例草案》和 1944 年《陕甘宁边区地权条例》。

以陕甘宁边区为代表，抗日民主政权土地立法的主要内容包括：

**第一，保护土地所有权。**明确宣布在已经过土改的地区，参加抗日的人员可以同等分配土地；在未经土改的地区，保护私有土地所有权人在法定范围内自由使用、收益、处分（买卖、典当、抵押、赠与、继承）的权利。

**第二，减租交租。**按照“二五减租”原则，在未经土改的地区，地主出租土地的地租必须比抗战以前原租额减轻 25%。收租人不得多收、预收、收取押租及欠租作息；承租人不得短少租额。

**第三，保障佃权。**除法定的收回租地的条件外，承认累世承租者有永佃权，出租人不得随意撤佃。

**第四，减轻债务利息。**现存债务付息过本一倍，停利还本；过本两倍，本利停付；规定借贷年利率不得超过 10%或 15%；禁止一切利息外剥削，以限制高利贷。

抗日民主政权土地立法激发了农民的抗日积极性，调整了农村阶级关系，加强了各革命阶级团结，为争取民族抗战的胜利奠定了基础。

### 3、劳动立法

1941年后，各边区政府陆续制定了一批劳动法，其中较典型的有《陕甘宁边区劳动保护条例（草案）》《晋冀鲁豫边区劳工保护暂行条例》等。这些立法主要是适应抗日战争民族统一战线的形势需要，采取了既保护工人利益，又强调团结资产阶级、开明绅士参加抗日、发展生产，在一定限制下鼓励资本主义发展的立法原则。

这些法规的主要内容包括：①工人具有自由组织工会的权利。工会有权调解劳资纠纷，代表工人签订集体合同和向政府提出要求。②实行10小时工作制（陕甘宁边区为8小时），雇主安排加班应征得工人的同意，并支付加班工资。③按照各地的具体经济条件实行最低工资标准。④实行安全生产防护。

### 4、婚姻立法

各边区的抗日民主政府分别制定了若干地区性的婚姻条例，比较有影响的有《陕甘宁边区婚姻条例》《晋察冀边区婚姻条例》《晋冀鲁豫边区婚姻暂行条例》《晋绥边区婚姻暂行条例》《山东省婚姻暂行条例》等。这些立法的主要内容是：

（1）规定了婚姻立法的基本原则，如男女平等、婚姻自由、一夫一妻制以及保护妇女儿童原则等。

（2）规定法定最低婚龄。基本上是男20周岁，女18周岁。

（3）增加了“订婚”“解除婚约”专章。订婚并非结婚的必经程序，订婚不得索取钱物，婚约不得强制履行，双方或任一方都可在订婚后解除婚约。

（4）列举离婚条件。规定男女双方愿意离婚者，只需向当地乡市政府登记即可解除婚约关系。

（5）规定离婚后的财产处理和子女抚养问题。一般都规定婚后共同经营所得财产为共同财产，所负债务为共同债务，应由双方共同处理，离婚时平均分割。

### 5、刑事立法

刑法原则的发展：运用刑罚手段惩治汉奸反动派是保卫边区和抗战成果的一项重要任务。陕甘宁边区制定的刑事法规主要有1939年《抗战时期惩治汉奸条例》《抗战时期惩治盗匪条例》《惩治贪污条例》《禁烟禁毒条例》，1941年《破坏金融法令惩罚条例》等。

这一时期创造性地发展了工农民主政权时期的刑法原则，主要有：

**第一，镇压与宽大相结合的原则。**对汉奸分子除不愿悔改者外，不问过去行为如何，一律实行宽大政策，给予政治上、生活上的出路。对不愿悔改者，依法严办，绝不放任。在实施中区分首要与胁从，惩办主要施于首要分子，宽大主要施于胁从分子。

**第二，贯彻平等保障人权的原则。**纠正了第二次国内革命战争时期在刑法适用上“唯成分论”的“左”倾错误，不再因被告人的本人成分或家庭出身而加重或减轻处罚。

**第三，反对威吓报复，实行感化教育。**

**各边区刑事立法确定的主要罪名有：**

**其一，汉奸罪。**凡以破坏抗战为目的的行为均构成汉奸罪，各边区立法中均有明确规定。

**其二，破坏坚壁财物罪。**敌后根据地在频繁进行反扫荡斗争的艰苦环境下，为防止日寇汉奸破坏与掠夺，曾将公私财物移藏于地窖、山沟等隐蔽场所，称为“坚壁财物”或“空室清野”。为保护坚壁财物，凡勾结敌寇挖索、盗毁坚壁财物，均构成该罪。

**其三，贪污罪。**各根据地都制定了单行条例，对于贪污行为规定了极其严厉的惩罚办法，这些法规所定的贪污罪往往是广义的，包括挪用公款、浪费公有财物供私人挥霍享乐、收受贿赂等行为。

## 6、司法制度

**司法组织体制：**边区的最高司法机关名义上是南京国民政府最高法院辖下的省级司法机构，因此名称为“高等法院”，实际上边区法院实行两审终审制，与国民政府的最高法院无实质联系。各边区高等法院在各专区设有分庭，其管辖区域与各该专员公署所辖之行政区域相同，主要受理不服所辖地方法院或司法处第一审判决之民、刑案件。边区基层司法机关是县、市的司法处，负责审理本行政区域内的第一审民、刑事案件。抗日战争后期各边区一般都改为自行终审的三级三审制。

各边区实行**审、检合一制**，检察机关设于审判机关内。高等法院设检察处，检察长和检察员独立行使检察权。检察官的主要职权是负责案件的侦查、提起公诉、协助担当自诉、代表当事人或公益以及监督判决的执行等。检察工作直接对边区参议会负责，并受边区政府领导，其行政事务由高等法院管理。但1942年1月实施简政以后，检察处被撤销，由公安及其他司法机关代行其职权。

**马锡五审判方式：**马锡五在担任陕甘宁边区陇东专署专员兼边区高等法院陇东分庭庭长期间，他在巡回审判中**贯彻群众路线**，深入农村，调查研究，实事求是地了解案情；依靠群众，教育群众，尊重群众意见；方便群众诉讼，手续简便，不拘形式。他依靠群众纠正错案，解决疑难案件，被人民群众誉为“马青天”。他的审判工作经验被总结为“马锡五审判方式”。戏剧《刘巧儿》的原型封芝琴（乳名捧儿）与张柏的婚姻案，就是马锡五审理的典型案例。马锡五审判方式是把中国共产党群众路线的工作方针创造性地运用到审判工作中去的司法民主的崭新形式。

**人民调解制度：**以人民调解制度作为司法审判工作的重要补充，是抗日民主政权司法工作的突出特点。各边区先后颁行了有关人民调解制度的单行法规，如 1941 年《山东省调解委员会暂行组织条例》，1942 年《晋察冀边区行政村调解工作条例》《晋西北乡村调解暂行办法》，1943 年《陕甘宁边区民刑事案件调解条例》等。这些法规规定的调解方式有民间调解、群众团体调解、政府调解、司法调解。调解的原则主要是：双方自愿；以法律为准绳，照顾善良风俗；调解不是诉讼必经程序。调解的范围主要是民事纠纷和轻微刑事案件。调解处理方式一般有赔礼道歉、认错、赔偿损失或抚慰金等。调解一般需制作和解书。调解过程中调解人须奉公守法，尊重当事人人权。人民调解是新民主主义司法的一大特色和补充，它促进了司法工作公正与高效的结合，对新中国的司法工作产生了重大影响。

### 三、人民民主政权法律制度

#### 1、宪法性文件

1946 年 4 月陕甘宁边区第三届参议会通过了《陕甘宁边区宪法原则》，分为政权组织、人民权利、司法、经济和文化五部分，共 24 条。其主要内容是：

**第一，采取人民代表会议制的政权组织形式，以保证人民管理政权机关。**规定边区、县、乡人民代表会议为人民管理政权机关，各级政权形式上开始由参议会过渡为人民代表会议制度，为新中国的基本政治制度奠定了基础。

**第二，保障人民享有广泛的民主权利。**边区人民不分民族一律平等，少数民族聚居区享有民族区域自治的权利。

**第三，确立边区的人民司法原则。**各级司法机关独立行使职权，不受任何干涉。除司法机关、公安机关依法执行职务外，任何机关、团体不得有逮捕审讯行为。人民有权以任何方式控告失职的公务员。

**第四，确立边区的经济文化政策。**经济上采取公营、合作、私营三种方式，组织一切人力、财力促进经济繁荣，为消灭贫穷而斗争。保障耕者有其田，劳动者有职业，企业者有发展机会。普及提高人民的文化水平。

《中国人民解放军宣言》是 1947 年 10 月 10 日中国人民解放军总部发布的政治宣言。该宣言宣布了中国共产党的八项基本政策，其中最基本的政治纲领就是组成民族统一战线，成立民主联合政府。此宣言确立的八项政策是后来召集新政治协商会议的基础。

1948 年 8 月华北临时人民代表大会通过了《华北人民政府施政方针》，规定了人民政府的基本任务及有关各项政策。其主要内容有：

**第一，确定华北人民政府的当前基本任务。**即继续以人力、物力、财力支援前线，争取人



民解放战争在全国的胜利；有计划、有步骤地进行建设，恢复和发展生产；建设民主政治，培养干部人才。

**第二**，规定了实现当前基本任务的方针政策。政治方面，要健全人民代表大会制度，保障人民民主权利及自由与安全，破除迷信，保护守法的外国人及合法的文化宗教活动。经济方面，要发展农业，颁发土地证确认地权，建立农民生产合作互助组织；促进城乡经济交流；发展工商业，贯彻公私兼顾、劳资两利的方针。文化教育方面，要建立正规教育制度，提高大众文化水平；建立广泛的文化统一战线，团结知识分子为建设事业服务。宣布对新解放区和新解放城市采取保护和建设的方针。

## 2、土地立法

《五四指示》为了充分发动人民群众，取得解放战争的胜利，满足农民对土地所有权的要求，中共中央于1946年5月4日发布了《关于土地问题的指示》（简称《五四指示》）。该指示决定改抗战时期的减租减息政策为没收地主土地分配给农民、实行土地改革的政策，从而揭开了解放区土地改革运动的序幕。

《中国土地法大纲》1947年10月10日，中共中央召开全国土地会议，制定公布了《中国土地法大纲》，共16条，其主要内容是：

**第一**，宣布废除封建、半封建性剥削的土地制度，实行耕者有其田。

**第二**，规定土地改革须遵守的原则是依靠贫雇农，团结中农，保护工商者，正确对待地主富农。

**第三**，确定以乡村为单位、按人口平均分配一切土地的分配办法。在土地数量上抽多补少，质量上抽肥补瘦。地主及其家属、国民党官兵家属也可分得与农民同样的土地和财产。

**第四**，确认人民对所分得土地的所有权。政府发放土地证，允许土地所有人自由经营、买卖及在特定情况下出租土地。

**第五**，确定土地改革的执行机关为乡村农民大会、贫农团大会、区县省级农民代表大会。对一切违抗或破坏土地改革的罪犯，组成人民法院予以审判。

**第六**，确认保护工商业的原则。

《中国土地法大纲》总结了中国共产党二十多年来土地革命的基本经验教训，修正了第二次国内革命战争以来土地立法的错误，调动了农民革命与生产的积极性，对保证解放战争的胜利起了决定性作用。

## 3、劳动立法

为了全面贯彻“发展生产、繁荣经济、公私兼顾、劳资两利”的指导方针，1948年8月在

哈尔滨召开了第六次全国劳动大会，通过了《关于中国职工运动当前任务的决议》和《中华总工会章程》。其基本内容是：确定解放区职工运动的任务，实行适合战时经济条件的劳动福利政策，确立劳动契约与劳动争议处理的原则，决定恢复中华全国总工会等。

#### 4、婚姻立法

解放战争初期，一些老解放区基本上沿用抗战时期制定的婚姻条例，如华北人民政府宣布，原晋察冀边区和晋冀鲁豫边区制定的婚姻条例继续有效。有些地区重新修订了婚姻法规，如1946年修正颁布了《陕甘宁边区婚姻条例》，1947年7月公布了《修正山东省婚姻暂行条例》。新解放区参照老区的规定制定了婚姻法规，如《辽北省关于婚姻问题暂行办法（草案）》《关东地区婚姻暂行条例（草案）》和《旅大市处理婚姻案件办法草案》等。这一时期的婚姻立法，突出强调依照婚姻自由、保障革命军人的婚姻以及干部离婚的处理原则等，处理具体婚姻家庭纠纷。

解放区处理离婚问题时，在强调感情因素的同时，注重政治条件，规定夫妻一方是恶霸、地主、富农，或有反革命活动者，他方可据此为理由提出离婚。同时，针对当时干部离婚问题比较突出的情况，专门规定了干部离婚的原则，即坚持以“夫妻感情意志根本不合”为标准；凡以威胁、利诱、欺骗等手段制造离婚条件的，原则上不准离婚；对不得不离，经调解无效的，应准予离婚，但在财产处理上照顾对方。

#### 5、刑事立法

刑法原则：解放战争时期各解放区的刑事立法在原则方面，将惩办与宽大相结合的原则进一步明确为“首恶必办，胁从不问，立功受奖”（《中国人民解放军宣言》），以集中打击各类反革命分子。

各解放区刑事立法的主要内容包括：

**第一，惩办战争罪犯。**《中国人民解放军宣言》宣布“逮捕、审判和惩办以蒋介石为首的内战罪犯”。1948年11月解放军总部发布的“惩处战争罪犯命令”进一步规定了构成战争罪的具体行为标准。

**第二，镇压地主恶霸与肃清政治土匪。**各解放区致力于镇压地主恶霸和肃清政治土匪，以维护解放区的社会安定和保障人民的生命财产安全。

**第三，取缔反动党团及特务组织。**各解放区的军管会和人民政府在成立之初即发布命令文告，强制取缔一切敌特组织，包括国民党、三青团、青年党、民主社会党等，查封其机关，没收全部财产档案，收缴其武器，勒令敌特分子在一定期限内向公安机关登记，接受管制。

**第四，解散一切反动会道门迷信组织。**1949年1月华北人民政府颁布《解散所有会道门

封建迷信组织的布告》，规定解散一切反动会道门迷信组织，停止其组织活动。会道门首要分子须向公安部门登记，如有与匪特勾结进行破坏活动的首要分子应予严惩。被胁迫、诱骗参加者，一经退出停止活动，一律不予追究。

**此外**，解放区刑事立法还对于惩治扰乱金融、贪污、盗窃、诈骗、吸毒贩毒等犯罪作了规定。

各解放区关于刑罚制度的规定基本上继承了抗日战争时期边区的制度，如都规定了死刑、有期徒刑、劳役、罚金及褫夺公权、没收财产。但是在某些刑罚及执行上有所发展和变化，其中最重要的变化，就是在刑罚种类上创设了“管制”刑，即将已登记的反动分子交给当地政府及群众监督，限制其自由，责令其每隔一定时间必须向指定机关报告行踪。这是解放区民主政权总结经验，适应处理、改造大批反革命分子的需要，发动群众对敌专政、改造罪犯的重要形式。此外还增加了无期徒刑。

## 6、司法制度

**人民法院体制的完善：**解放战争后期，为了与人民民主政权建设相适应，人民司法审判机构的体制逐步完善。各行政大区一般都建立了大区、省（行署）、县三级审判体制，审判机构一律改称人民法院，推事改称审判员。各级法院一般设有审判委员会。各级人民法院隶属于同级人民政府，但独立行使审判职能。

为保证土改的顺利进行，各解放区都组建了人民法庭。人民法庭是以贫雇农为骨干，并有政府代表参加的群众性临时审判机关，专门审判一切违抗、破坏土地法的案件。人民法庭可判决罪犯当众坦白、赔偿、罚款、劳役、褫夺公权、有期及无期监禁，死刑须经县级以上政府批准方可执行。

为了消除国民党政府法统的影响，确立新民主主义法律原则，中共中央于1949年2月发布了《关于废除国民党的〈六法全书〉与确定解放区的司法原则的指示》，基本精神是：其一，宣布废除国民党颁布的全部法律制度，即废除国民党政府的法统和《六法全书》。其二，确立解放区的司法原则：“目前在新民主主义法律不完备的条件下，司法机关的办事原则是：有纲领、法律、命令、条例、决议规定者，从纲领、法律、命令、条例、决议之规定；无纲领、法律、命令、条例、决议之规定者，从新民主主义政策。”其三，确定教育改造司法干部的指导思想，即要以批判蔑视旧法律，学习掌握新法律的运动，来提高司法干部的理论、政策、法律水平。