

中国法制史-专题强化讲义

@理论法学陈璐琼

专题一：中华法系（中国法文化）的内涵其特征

1.1 天人感通的法理论基础

1.1.1 法理思想层面——董仲舒

汉武之后，以儒家思想为主流，既吸收了夏商周的天道观念，又融入了法家的某些思想内容，从而形成了中国法思想史上“儒法合流”的主轴线索。

春夏秋冬，以类相应也，如合符。故曰王者配天，谓其道。天有四时，王有四政，四政若四时，通类也，天人所同有也。庆为春、赏为夏、罚为秋、刑为冬，庆赏罚刑之不可不具也，如春夏秋冬不可不备也。¹

1.1.2 立法与司法

1、《汉书·刑法志》说，圣人因天秩而制五礼，因天讨而作五刑。”

2、《唐律·断狱》“立春后秋分前不决死刑条”（总 497 条）明文规定：诸立春以后，秋分以前决死刑者，徒一年。其所犯虽不待时，若于断屠月及禁杀日而决者，各杖六十。待时而违者，加二等。

朝代	刑罚种类
传说时期	黄帝五刑：鞭扑、钻笮、刀锯、斧钺、甲兵 五虐之刑：劓、刵、桡、黥、杀
周迄南北朝	墨、劓、剕、宫、大辟
隋唐以迄清末	笞、杖、徒、流、死
晚清至民国	罚金、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑

1.2 以刑为主的规范混同编纂体例

	厩律	厩律	厩牧	牧产	厩牧	婚姻 厩牧	户婚 厩库	婚姻 田宅 厩牧 仓库 课程
--	----	----	----	----	----	----------	----------	----------------------------

法经	汉律	魏律	晋律	北魏律	北齐律	北周律	隋唐律	明清律
盗法 贼法	兴律	兴律	兴律	擅兴	擅兴	兴缮	擅兴	军政 营造
	盗律 贼律	盗律 贼律	盗律 贼律	盗劫 贼犯	贼盗	劫盗 贼叛	贼盗	贼盗
杂法	杂律	劫掠 系讯 告劾	系讯 告劾	系讯 斗律 告劾	斗讼	系讯 斗竞	斗讼	人命
		诈伪 杂律	诈伪 杂律	诈伪 杂律	诈伪 杂律	诈伪 杂犯 市廛 告言 逃亡	诈伪 杂律	斗殴 诉讼 骂詈 诈伪 杂犯 市廛 钱债 犯奸 河防 邮驿
捕法 囚法	捕律 囚律	捕律 毁亡 囚律 断狱 惊事	捕律 毁亡 断狱 水火 诸侯	捕亡 毁亡 断狱 水火	捕断 毁损	毁亡 断狱 水火 诸侯	捕亡 断狱	捕亡 断狱

1.2.2 关于民事法不发达的原因

其一，“治民之具”的政策思维对民法发展有所制约。

其二，长期的自然经济状态抑制民事法的发展。

其三，民事法律关系的发展受制于儒家的“王道文化”思想。

其四，“礼”的宗法原则影响民事法典的发展。

其五，传统中国社会的生活规范，主要体现在习惯与家规、族法，不是国法。【务限法】

1.2.3 采客观具体的立法技术【拓展】

盖为防止有司擅断，对罪刑采取绝对刑主义！

1.3 以家族伦理义务为本位的法律实质精神

1.3.1 关于家族本位

1、家人之间的“父父子子、兄兄弟弟、夫夫妇妇”的身份关系，遂成为人民生活准绳的依据，也为历代刑律所严密规定。具体地说，父尊子卑、夫尊妻卑，礼所谓“尊尊也，亲亲也，男女有别”，在历代法律中表现得淋漓尽致。

2、“礼”的精神是**区别贵贱亲疏**，以礼寻律，使法有等差性。同一行为不同罪或同罪不同罚。而法的身份等差性主要表现在两方面：一是贵贱等差，具体落实在“八议”制度上；二是血缘等差，体现在“服制”定罪上。

3、婚姻的意义是“合二姓之好，上以事宗庙，下以继后世”。【七出】

诸妻无七出及义绝之状而出之者，徒一年半；虽犯七出，有三不去而出之者，杖一百。追还合。若犯恶疾及奸者，不用此律。¹

1.3.2 关于伦理本位——身份社会

1、长幼亲疏有别，可说是礼的又一精神，而旧律乃将身份伦理作为主要的立法基础。从法制历史发展看，中国旧律从滥筋时起，即带有浓厚的宗法等级色彩，特别表现在“尊尊”的政治等级，以及“亲亲”的血缘等级之差异性精神上。

2、中国旧律，自唐以降，其立法基础既植根于礼教，而礼教又是建立于五伦之上。由于人伦有尊卑之别、上下之分、昭穆之序，因此，即使行为人所犯的罪行相同，法律每因犯罪行为及被害人的身份、辈分、性别，甚至职业、族群的不同，而差异其罪之适用，或分别其刑之重轻，有其明显的“身份秩序”差等性。例如，基于君臣关系，尊崇君主的特别人格及官吏的特殊地位；基于亲子关系，强调父母乃至祖父母的特殊身份；基于夫妻关系，妇女从夫，乃当然义务；基于良贱等级，奴婢随主，视同资产，而具“半人半物”的性质。具体体现在

3、对于皇室及官人官亲的优遇、尊长权、男尊女卑、良贱有等制度面上。

1.3.3 关于义务本位

1、自唐以降，旧律的基本理念，既是一种礼教的法律观，而礼教的目的重在维持社会的和谐与良善关系，所以，历代刑律也表现出一种很发达的社会义务观。

2、【拓展】

《唐律·杂律》“见火起不告救条”（总 433 条）规定，诸见火起，应告不告，应救不救，减失火罪二等。”又如《捕亡律》“被强盗不救助条”（总 456 条）云，诸邻里被强盗及杀人，告而不救助者，杖一百；闻而不救助者，减一等。力势不能赴救者，速告随近官司，若不告者，亦以不救助论。其官司不即救助者，徒一年。窃盗者，各减二等。”凡此，均为基于义务本位的精神而来。

1.4 司法与行政合中有分

1、**皇权至上**——皇帝常透过奏裁或会审方式审理某些要案、疑案，西汉至清末都盛行的“上请”制度，以及汉的杂治，唐的三司推事，明的三法司会审、圆审和清代的秋审、九卿会审等都十分典型。



1.4.1 关于中央司法机关

1、秦汉之世，中央最高的司法部门称为“廷尉”，又称“大理”，属中央“九卿”之一。**廷尉的主要职责有二：一是审理皇帝交办的诏狱；另一是受理地方上报的疑难案件。**凡是交付廷尉审理的案子，即为终审判决。廷尉以外，三公之一的御史大夫是丞相副贰，其属官御史中丞，除负责纠察百官外，有时也会审理皇帝临时交办的案件，也算中央的另一司法机构。

2、唐代与宋代，中央接受投诉的部门有大理寺、刑部、御史台和“三司”。“大理寺”专受内外官员的投诉，也覆审京师徒刑以上案件。

3、明代和清代的中央司法机构由刑部、大理寺、都察院组成，称为“三法司”，其源头可追溯唐代的“三司”。

4、【拓展】中央司法机关的特点！！

其一司法机关是政府的一个组成部分，无论是秦汉的廷尉，还是唐以后的三司，都是朝廷的职能部门，不是“独立”于行政机关之外的司法机关。廷尉是秦、汉中央政府九卿之一；刑部也是唐、宋、明、清中央政府的六部之一；御史台（都察院）稍别于廷尉（大理寺）和刑部，但也在宰相的统领之下。

其二，传统中国的中央司法机关由秦、汉到隋、唐，由单一的廷尉变成三司；由宋到明、清，在三法司体制形式上不变的情况下，权力集中在刑部。

其三，中央司法机关在皇权的绝对掌控下，司法权性质上是专制皇权的附庸。不仅死刑案件要向皇帝覆奏，由皇帝勾决，就是“寻常徒流罪”也要定时向皇帝汇集奏报。

1.4.2 关于地方司法机关

1、**地方司法机构，长期是由地方行政长官兼理。**秦汉地方行政采用郡县制，县是最基层的行政单位，县之首长为“令”，是县级最高的司法官员。县令下设县丞，是县令之副贰，司法事务由县丞处理，县令不必亲自决狱。县之上设郡，首长称为太守，是一郡最高司法官员。同样的，秦汉的郡守也不必亲自决狱，可由“决曹掾史”处理司法事务。

2、宋代地方行政主要是路——州(府军监)——县三级制。路设有转运司、提刑司等机构，负责审查本路州县刑案以及平反冤狱。

3、明代地方分承宣布政使司(即后来的省)——府(州)——县三级。县、府州的民事刑事案件一律由首长——知县、知府、知州等兼理。宣布政使司的首长称“布政使”，但布政使不管词讼，而是由专门司法机关“理问所”，负责主管民间狱讼，其中又以田土、户婚等民事案件为主。布政使一级的司法机构尚有“按察使”，唯按察使负责覆审地方狱讼，须经覆审后才可以执行刑罚。至于死罪之类的案件仍须上奏刑部和大理寺复核。

	户婚、田土、钱债等民事案件以及笞、杖轻罪案件(斗殴、赌博等细事)	命案、盗案(强盗与窃盗)
(笞杖枷号以下的事案)	州县自理	送上司覆审
徒罪以上之案件		

1.5 法的世界与现实的世界【拓展】

1.5.1 无讼乎?惧讼乎?【讼则终凶】

在传统中国社会，我们也可以发现，以法定的诉讼程序来解决人与人之间的民事争端，似乎并不是必要且经常的途径。法律的“判决”、“裁决”等，也是不得已而为之，最好是备而不用。

1.5.2 民间规范乎?国法乎?

传统中国的民事纠纷案件，州县官员裁决时，除了考虑“情、理”之外，也常以“习惯”作为法源。

1.5.3 比附援引乎?罪刑法定乎?【新增必考】

1、不论中外，在专制皇权时代，什么样的行为构成犯罪，应科处如何的刑罚，完全操在执政的掌权人或断狱有司之手。直到西方近代市民阶层抬头，为防止刑罚权的恣意行使，以保护市民的权利与个人的自由，乃产生所谓“无法律即无犯罪，无法律即无刑罚”的“罪刑法定主义”思潮。

(1) 成文法 (2) 禁止溯及既往 (3) 禁止类推 (4) 明确性。

2、【拓展】

《唐律·断狱》“断罪不具引律令格式条”(总 484 条)规定:诸断罪皆须具引律令、格、式正文，违者，答三十。若数事共条，止引所犯罪者，听。《唐律·断狱》“辄引制敕断罪条”(总 486 条)又规定，诸制敕断罪，临时处分，不为永格者，不得引为后比:若辄引，致罪有出入者以故失论。”《疏议》云，事有时宜，故人主权断制敕，量情处分。”

3、【评价】

概为王者之政、罪名之制;通篇从十恶、八议之下，结合礼制、名教、纲纪伦常等价值观念，正为巩固君主专制的统治秩序而设。这与近代西方在民主思潮、重视人权内涵下所产生的“罪刑法定”自然两不相干。

4、【小结】

可以说，中国的旧刑律，即使有时表现出“罪刑法定”倾向的一面，也只不过是基于法家的霸道意识与儒家王道精神融合的法文化结晶，强调君权，掌控官吏；在司法运作实务上，被视为裁判上的德政，是种施舍、是种宽恕，并不是近世个人主义、自由主义下的产物，更不是想贯彻保障人权严格意义的罪刑法定！

专题二：先秦时期的社会与法律思想

2.1 西周的封建体制与法理念

2.1.1 宗法制度的社会——分封制与宗法制

1、周武王大肆分封。周王是嫡长大宗，称为天子；其亲戚为各诸侯国君，对周天子是小宗，在其本封国又是大宗。诸侯国也是嫡长继承，分封众叔弟子侄为卿、为大夫，卿、大夫以下为士，各有封邑。整个国家(天下)关系就是放大了宗(家)族关系，整个社会呈现以周天子为首的宗法结构状态。

2.1.2 周公的法理思想【重点必考】

4.1.2.1 以德配天与敬天孝祖保民：“皇天无亲，惟德是辅”

4.1.2.2 明德慎罚与义刑义杀：

- (1) “永念厥辟”，严防滥罚。
- (2) “不蔽要囚”，慎之又慎。
- (3) 宽严分明，区别对待。

《尚书·康诰》原文为：王曰：“呜呼！封。敬明乃罚。人有小罪非眚，乃惟终，自作不典；式尔，有厥罪小，乃不可不杀。乃有大罪非终，乃惟眚灾适尔，既道极厥辜，时乃不可杀。”译成白话，王说：“唉！封啊！要谨慎明察你的刑罚啊！如果有人犯了小罪，不是偶然的过失，乃至谋思犯罪终其身，了无悔意，那是他有意犯法；像这样，他的罪虽小，也不能不杀他。如果有人犯了大罪，却不是怙恶不悛，而是因为无心偶尔犯错，既已惩罚了他，像这种人就不可杀。”

2.1.3 德、礼与刑的关系【重点必背】

2.1.3.1 周公制礼及礼的社会功能

夫礼者，所以定亲疏，决嫌疑，别同异，明是非也。《左传》也说，礼，经国家，定社稷，序民人，利后嗣者也。”

2.1.3.2 礼与刑：礼是禁止性规范，刑是惩罚性规范。

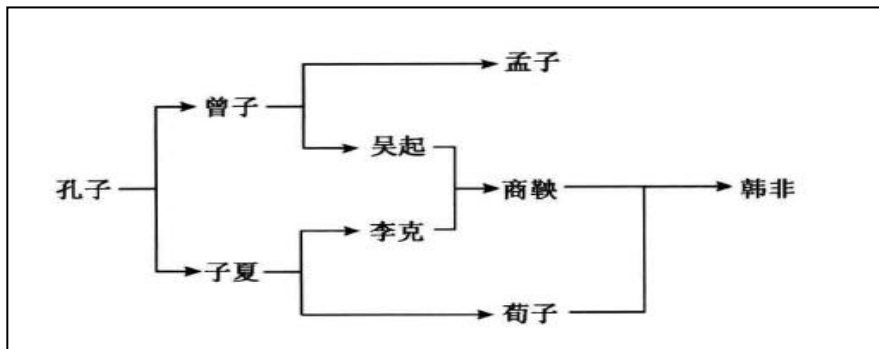
礼之所去，刑之所取；失礼则入刑，相为表里者也。在“礼不下庶人，刑不上大夫”的刑法基本原则指导下，贵族和平民犯罪，实行同罪异罚的身份差等对待。

2.2 先秦诸子的法理论【重点】

1、孔子重仁，视仁为诸德之本，仁者人也，是人类同理心的体现。所谓“仁者爱人”，“夫仁者，己欲立而立人，己欲达而达人，能近取譬，可谓仁之方也已”。近取譬者，取诸己以推己及人也，及“己所不欲，勿施于人”，亦己之所欲，必施于人：我爱自由，必不妨害他人之自由；我爱平等，必求得他人之平等。此种思想，为人类达到永久和平的基本修养，为孔子大同思想的必备条件。

2、**孟子重义，亦并仁义而言之。**重王霸之分，严义利之辨，是继承孔子的大同思想，绝对反功利主义，在当时被视为迂阔之论，而综观历代祸乱之所以发生，完全生于争利而已。其道虽不行，其思想影响于天下后世者至为深远。

3、**荀子重礼，亦非舍仁义而不谈，唯特重礼。**曰，人生而有欲，欲而不得，则不能无求，求而无度量分界，则不能不争。争则乱，乱则穷。先王恶其乱也，故制礼义以分之，以养人之欲，给人之求。使欲必不穷乎物，物必不屈于欲，两者相持而长，是礼之所起也。（礼论篇）观其“礼”之义，重在防止物欲之争，与孔孟之仁义专主性情者有别，故主要为传小康思想。



2.2.1 对于天道的不同观念

2.2.1.1 孔子：君子有三畏：畏天命、畏大人、畏圣人之言。小人不知天命而不畏也，狎大人，侮圣人之言。

2.2.1.2 孟子：尽其心者，知其性也；知其性，则知天矣。【道德之性】

2.2.1.3 荀子：天行有常，不为尧存，不为桀亡。应之以治则吉，应之以乱则凶。强本而节用，则天不能贫。养备而动时，则天不能病。修道而不贰，则天不能祸。

2.2.1.4 韩非子：“以法治国，举措而已！”天道的观念极为淡薄。

2.2.2 对于人性的看法【难点】

2.2.2.1 孔孟的“性善论”！

中国先儒正式讲到人性的问题，最早的是孔子，但他对人性的善恶并无明确的论断，《论语》说，我欲仁，斯仁至矣！”表现了一定程度的性善主张倾向。《孟子》：恻隐之心，人皆有之；羞恶之心，人皆有之；恭敬之心，人皆有之；是非之心，人皆有之。恻隐之心，仁也；羞恶之心，义也；恭敬之心，礼也；是非之心，智也。仁义礼智，非由外铄我也，我固有之也。

2.2.2.2 荀子的“性恶论”！

人之性恶，其善者伪也。今人之性，生而好利焉。顺是，故争夺生，而辞让亡焉；生而有疾恶焉，顺是，故残贼生而忠信亡焉。生而有可目之欲，有好声色焉，顺是，故淫乱生而礼义文理亡焉。然则从人之性，顺人之情，必出于争夺，合于犯分乱理，而归于暴。故古者圣人以人之性恶，以为偏险而不正，悖乱而不治，故为立君上之势以临之，明礼义以化之，起法正以治之，重刑罚以禁之，使天下皆出于治，合于善也；是圣王之治而礼义之化也。

【注意】荀子已运用政治君势的权威，以强制力作为教育的手段，师与君合，礼与法合，推向威权主义，遂由礼而法，由法而刑禁，由尊君重礼很自然地会转入其后的尊君重法的法家之路。

2.2.2.3 韩非的“趋利避害论”【重点】

医善吮人之伤，含人之血，非骨肉之亲也，利所加也。舆人成舆，则欲人之富贵；匠人成棺，则欲人之夭死也。非舆人仁，而匠人贼也，人不贵，则舆不售；人不死，则棺不买。情非憎人也，利在人之死也。

2.2.3 对于“法”地位的态度

2.2.3.1 孔子！在《论语·为政》又说，道之以政，齐之以刑，民免而无耻；道之以德，齐之以礼，有耻且格。”叶公语孔子曰，吾党有直躬者，其父攘羊而子证之。”孔子曰，吾党之直者异于是，父为子隐、子为父隐，直在其中矣。”

2.2.3.2 孟子！“徒善不足以为政，徒法不能以自行”。【负父而逃】桃应问曰，舜为天子，皋陶为士；瞽叟(gǔ sǒu)杀人，则如之何？孟子曰，执之而已矣！”“然则舜不禁与？曰，夫舜恶得而禁之？夫有所受之也！”“然则舜如之何？曰，舜视弃天下犹弃敝屣也。窃负而逃，遵海滨而处，终身欣然，乐而忘天下。”

2.2.3.3 荀子：“有治人，无治法”。有良法而乱者，有之矣。有君子而乱者，自古及今未尝闻也。

2.2.3.4 韩非子：法家的韩非批评德治，反对人治，认为仁义道德不足以为治，法律才是治国安邦最有效的工具，而主张采取“法治”，以干涉强制力实行之。



2.3 春秋晚期成文法公布的争议

2.3.1 从习惯法到成文法

“刑不可知，则威不可测”。法规范始终保持着高度的神秘性与威慑作用。

2.3.2 成文法的公布【重点】

2.3.2.1 春秋晚期成文法典公布的时代背景

春秋以来，周室衰微，社会情势巨变，新兴起的势力当然不满意法律被少数旧贵族所垄断，他们要求有一种预先设定的“法”公开为大家所知，于是兴起了成文法公布的举动。

2.3.2.2 成文法公布争辩之一：郑子产铸刑书

“夏有乱政而作《禹刑》，商有乱政而作《汤刑》，周有乱政而作《九刑》。三辟之兴，皆叔世也。今吾子相郑国，作封洫，立谤政，制参辟，铸刑书，将以靖民，不亦难乎？《诗》曰：‘仪式刑文王之德，日靖四方。’又曰：‘仪刑文王，万邦作孚。’如是，何辟之有？民知争端矣，将弃礼而征于书，锥刀之末，将尽争之。乱狱滋丰，贿赂并行，终子之世，郑其败乎？矜闻之，国将亡，必多制，其此之谓乎？”

复书曰：“若吾子之言。侨不才，不能及子孙，吾以救世也。既不奉命，敢忘大惠？”¹

2.3.2.3 成文法公布争辩之二：晋赵鞅铸刑鼎

冬，晋赵鞅、荀寅帅师城汝滨，遂赋晋国一鼓铁，以铸刑鼎，着范宣子所为刑书焉。

仲尼曰：“晋其亡乎？失其度矣！夫晋国将守唐叔之所受法度以经纬其民，卿大夫以序守之，民是以能尊其贵，贵是以能守其业。贵贱不愆，所谓度也。文公是以作执秩之官，为被庐之法，以盟为主。今弃是度也，而为刑鼎，民在鼎矣，何以尊贵？贵何业之守？贵贱无序，何以为国？且夫宣子之刑，夷之搜也，晋国之乱制也，若之何以为法？”¹

2.3.2.4 春秋晚期成文法典公布在法制史上的意义

叔向理想的政治与社会是稳固的封建秩序，班爵制禄，有爵者管理无爵者，高爵者领袖低爵者，阶级秩序井然不紊。孔子所向往者是一个“贵贱不愆”的封建秩序，所担心者也是铸刑鼎可能引发的“贵贱无序”的新社会，其理想与心态和叔向并无二致。

【注意】孔子反对铸刑鼎，最大的原因，或在于刑鼎专注于“刑”与“法”，立刑鼎所代表的意义是“礼”的式微。孔子肯定“为仁由己”，若人须以刑鼎为戒，乃忘忽人能由己以行礼、行仁的特性。立刑鼎以为警戒威吓的方式，等于是对人性的不信任，等于视人如夷之搜的低劣。

2.4 中国体系化成文法典的始原

2.4.1 李悝其人及其时代

战国时期，形成秦、齐、楚、燕、韩、赵、魏七雄争霸，最早变法的是魏国。《史记·平准书》说，魏用李克（悝），尽地力，为强君。自是之后，天下争于战国。”

2.4.2 《法经》的主要内容和特点【重点】

《晋书刑法志》：是时承用秦汉旧律，其文起自魏文侯师李悝。悝撰次诸国法，著法经。以为王者之政，莫急于盗贼，故其律始于盗、贼；盗、贼须劾捕，故著网（囚）、捕二篇；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。

2.4.2.1 《法经》的断简残篇——杂篇

杂篇为《杂法》，董说略曰：“夫有一妻二妾，其刑臧；夫有二妻则诛；妻有二夫则宫，曰淫禁。盗符者诛，籍其家；盗玺者诛；议国法令者诛，籍其家及其妻氏，曰狡禁。越城一人者诛，自十人以上夷其乡及族，曰城禁。博戏罚金三市，太子博戏则笞，不止则特笞，不止则更立，曰嬉禁。群相居一日以上则问，三日四日五日则诛，曰徒禁。丞相受金，左右伏诛；犀首以下受金则诛；金自镒以下罚不诛也，曰金禁。大夫之家有侯物，自一以上者族。”制裁各种类型的刑事犯罪，动辄诛、族，承袭殷商以来的重刑传统。

2.4.2.2 《法经》的特点【重点必背】

其一，“王者之政，莫急于盗贼”。

其二，抑制旧贵族的法律特权。

其三，采重刑政策导向。

2.4.3 《法经》对后世的影响及其历史意义

承前启后！汉代的《九章律》、三国时期的《魏律》、西晋时期的《晋律》也都是在此基础上衍化而成，可以说，《法经》是帝制中国时期法典的滥觞，李悝也因此被誉为古典中国法典的奠基人。

【拓展】

那老者说，亡国的原因是：国君用人只肯任用道德君子。”群弟子愕然。圣者非礼勿言，非礼勿动，仍然“温良恭俭让”。良久，那老者慢吞吞地说，好人没办法对付坏人。”

专题三：秦汉法制与两汉春秋折狱【重点】

3.1 《睡虎地秦墓竹简》与秦律

3.1.1 《睡虎地秦墓竹简》的出土

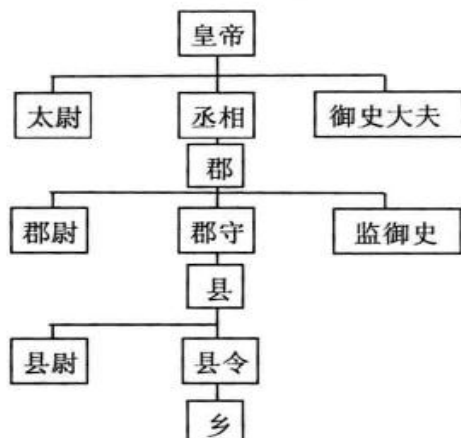
1975年，在湖北省云梦大泽睡虎地地区发掘秦墓，得竹简一千一百五十五支以及残片八十片，这是世人首次发现秦简。

3.1.2 从秦简管窥秦律的形式与内容【重点】

(1) 律 (2) 法律答问 (3) 式 (4) 例：廷行事。

【注意】《金布律》是关于货币财物方面的规范，《关市律》是管理关卡和市场税收方面的规范，《工律》是管理官办手工业的规范，《效律》是关于检验度量衡器、清查物资、账目等方面的规范。

【表解】秦中央集权和郡县制机构表



3.2 汉初法制的规制与运作

3.2.1 刘邦与民“约法三章”

父老苦秦苛法久矣，诽谤者族，偶语者弃市。吾与诸侯约：先入关者王之，吾当王关中。与父老约法三章耳：杀人者死，伤人及盗抵罪。余悉除去秦法。¹

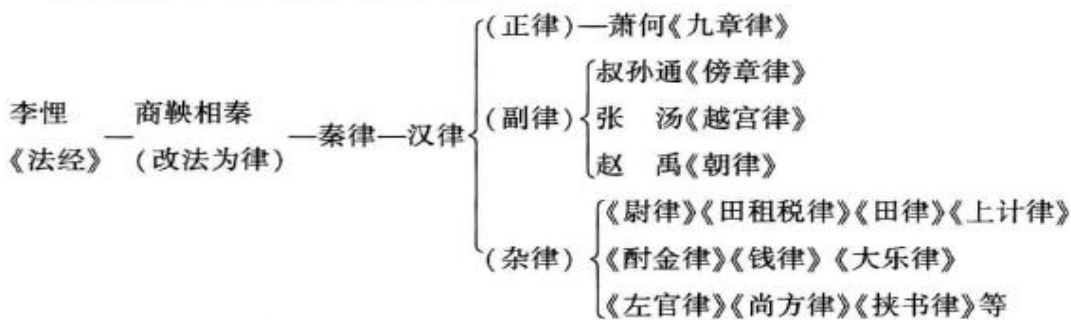
3.2.2 萧何制定《九章律》【萧规曹随】

3.2.2.1 《九章律》的制定缘由：“律九章”，其内容除因袭李悝《法经》“盗、贼、囚、捕、杂、具”六篇外，增“户、兴、厩”三篇，合为“九章”。

3.2.2.2 《九章律》的形式及实质意义【承前启后】

《九章律》是汉朝的基本法典，今虽不能见其全貌，但后人多有考据，知其是为秦律的承续。唐人考证说：“汉承秦制，萧何定律，除参夷连坐之罪，增部主见知之条，益事律：兴、厩、户三篇，合为九篇。”

【表解】两汉时期的法律体系



3.2.3 汉代的法规范形式【重点】

(1) 律。(2) 令【制诏】前主所是，著为律；后主所是，疏为令。(3) 科。(4) 比。郑注《周礼·大司寇》云，若今(汉)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。”

3.3 《张家山汉墓竹简》与汉初法制【拓展】

3.3.1 《二年律令》：《二年律令》是汇集西汉初期吕后二年之前所颁定律令的抄本。

3.3.2 《奏献 yan 书》：《奏献 yan 书》收录了 22 则司法案例，呈现战国、秦汉司法审判机关的运作实况，以及中央、地方官署的法律推理。

【案例】居丧通奸

今杜泸女子甲夫公士丁疾死，丧棺在堂上，未葬，与丁母素夜丧，环官而哭。甲与男子丙偕之棺后内中和奸。明旦，素告甲吏，吏捕得甲，疑甲罪。廷尉鞅、正始、监弘、廷史武等卅人议当之，皆曰：律，死置后之次，妻次父母；妻死归宁，与父母同法。以律置后之次人事计之，夫异尊于妻，妻事夫，及服其丧资，当次父母如律。妻之为后次夫父母，夫父母死，未葬，奸丧旁者，当不孝，不孝弃市；不孝之次，当黥为城旦舂；赦悍，完之。当之，妻尊夫，当次父母。而甲夫死不悲哀，与男子和奸丧旁，致次不孝、赦悍之律二章。捕者虽弗案校上，甲当完为舂，告杜论甲。

汉时，杜县泸里的女子甲的丈夫公士丁病死，停棺于堂上。甲与丁母素，夜晚守丧，甲竟然与男子丙相偕至堂后房间内“和奸”。次日清晨，素向官吏举发甲的行为，官吏逮捕之，对甲应如何论处？群臣议论不一。本案详实地记录了廷尉署官员共同讨论的过程。审判者认为女子甲的行为成立“不孝之次”、“赦悍”以及“奸”三罪。就在本案即将论结之际，廷史申外出洽公归来，提出了多项论据认为所判过重，其他审判者也都接受了申的说法，承认判决失当。

在实质问题，廷史申举出父子、夫妇等数项例子，说明主张“人伦关系会因死亡而发生变动”。本此，甲夫丁既已死亡，甲再与其他男子丙发生性关系，就不能与丈夫在世的状况同论。然而，接下来应该还有两个问题：其一，原判所定的奸罪若有不当，那么是就此完全排除奸罪的成立，抑或只是将原来的奸罪减

等处罚?甲、丙之间无婚姻关系的性行为有无类似后世“无夫奸”的问题?简文中并没有记载廷史申或诸位廷尉的意见。其二,如前所述,本案原判乃综合三罪刑责后,依“不孝之次”的重罪论刑;即使依廷史申的意见调整较轻的“奸罪”刑责,在“从一重处断”的规定之下,最终刑责应亦与原判相同。

3.4 春秋折狱与儒家传统【难点】

3.4.1 “春秋折狱”的义涵及其盛行的时代背景

所谓“春秋折狱”,乃依据《春秋》经典的事例,以为刑事判决的法源根据,尤其是遇到特别疑难的刑案,以《春秋》等儒家经义来比附论罪科刑。观其本义,是“原心定罪”,也就是“略迹诛心”。换言之,“迹”就是行为,“心”就是犯意,乃以行为人的主观犯意来决定其罪责的刑事断案方法。

【注意】“春秋折狱”,以儒为体,以法为用,融通了“德”与“法”,这是两汉儒者通经致用最具体的表现,也是中国法制“经律交融”很显著的特征;其影响相当深远。

【拓展】【原因】5.4.1.1 律令烦琐 5.4.1.2 经学风尚 5.4.1.3 明经致用!

五经立为官学,民间不禁讲习,诗书可致利名,经术足文吏事;而为宦者又不需要资产资格.宦路公开,儒生有出路的机会。

3.4.2 董仲舒春秋折狱案例探微【重点必考】

3.4.2.1 案例一:拾儿道旁

时有疑狱曰:“甲无子,拾道旁弃儿乙养之以为子。及乙长,有罪杀人,以状语甲,甲藏匿乙,甲当何论?”

仲舒断曰:“甲无子,振活(活)养乙,虽非所生,谁与易之!《诗》云:‘螟蛉有子,蜾蠃负之。’《春秋》之义,父为子隐,甲宜匿乙,诏不当坐。”²

3.4.2.2 案例二:误伤己父

甲父乙与丙争言相斗,丙以佩刀刺乙,甲即以杖击丙,误伤乙,甲当何论?

或曰:“殴父也,当梟首。”

论曰:“臣愚以为父子至亲也,闻其斗,莫不有怵怅之心,扶伏(杖)而救之,非所以欲诟父也。春秋之义,许止父病,进药于其父而卒,君子原心,赦而不诛。甲非律所谓殴父也,不当坐。”³

3.4.2.3 案例三:私为人妻

甲夫乙将舡（船），会海风盛，舡没，溺流死亡，不得葬。四月，甲母丙即嫁甲，欲当何论？

或曰：“甲夫死未葬，法无许嫁，以私为人妻，当弃市。”

议曰：“臣愚以为，春秋之义，言夫人归于齐，言夫死无男，有更嫁之道也。妇人无专刺（制）擅恣之行，听从为顺，嫁之者归也，甲又尊者所嫁，无淫衍（行）之心，非私为人妻也。明于决事，皆无罪名，不当坐。”¹

3.4.2.4 案例四：加杖所生

甲有子乙以乞丙，乙后长大，而丙所成育。甲因酒色谓乙曰：“汝是吾子。”乙怒杖甲二十。甲以乙本是其子，不胜其忿，自告县官。

仲舒断之曰：“甲生乙，不能长育以乞丙，于义绝矣！虽杖甲，不应坐。”¹

3.4.3 董仲舒以外的“春秋折狱”案例【拓展】

3.4.3.1 案例一：徐偃矫制

事实：

（武帝）元鼎中，博士徐偃使行风俗。（徐）偃矫制，使胶东、鲁国鼓铸盐铁。还，奏事，徙为太常丞。

御史大夫张汤劾偃矫制大害，法至死。偃以为《春秋》之义，大夫出疆，有可以安社稷，存万民，颛之可也。（张）汤以致其法，不能诎其义。有诏下（终）军问状，军诘偃曰：“古者诸侯国异俗分，百里不通，时有聘会之事，安危之势，呼吸成变，故有不受辞造命颛己之宜；今天下为一，万里同风，故《春秋》‘王者无外’。偃巡封域之中，称以出疆，何也？且盐铁，郡有余藏，正二国废，国家不足以为利害，而以安社稷存万民为辞，何也？”

又诘偃：胶东南近琅邪，北接北海，鲁国西枕泰山，东有东海，受其盐铁。偃度四郡口数田地，率其用器食盐，不足以并给二郡邪？将势宜有余，而吏不能也？何以言之？偃矫制而鼓铸者，欲及春耕种赡民器也。今鲁国之鼓，当先具其备，至秋乃能举火。此言与实反者非？偃已前三奏，无诏，不惟所不许，而直矫作威福，以从民望，干名采誉，此明圣所必加诛也。“枉尺直寻”，孟子称其不可；今所犯罪重，所就者小，偃自予必死而为之邪？将幸诛不加，欲以采名也？偃穷诎，服罪当死。军奏“偃矫制颛行，非奉使体，请下御史征偃即罪”。奏可。上善其诘，有诏示御史大夫。¹

(1) 所谓“矫制”，亦称“矫诏”，是伪造皇帝诏令的犯罪行为，处罚极重。但矫制之条又可分为矫制大害、矫制害、矫制不害三等；矫制害者，不仅处以极刑，还缘坐家属，所云“极刑”，或弃市，或腰斩。至于矫制不害，或减免刑罚，或罚金四两²。唯其引用律条之轻

重，则仍在人。本案发生于西汉武帝元鼎二年（115B.C.），朝廷派博士徐偃出京巡行风俗教化。徐偃在外，三次奏请于胶东、鲁国兴办冶铁、煮盐生产，尚未得到诏书回准，便假托奉诏，使两地百姓自行铸铁晒盐，应论以何等之罪？御史大夫张汤用法甚苛，劾徐偃矫制大害，法至死。

(2) 徐偃引《春秋》大义“大夫出疆，有可以安社稷，存万民者，颛（专）之可也”以自辩。按春秋庄公十九年（675 B.C.），经曰：“秋，公子结滕陈人之妇于鄆，遂及齐侯，宋公盟。”《公羊传》曰：“……滕不书，此何以书？为其有遂事书。大夫无遂事，此其言遂何？聘礼，大夫受命不受辞，出境，有可以安社稷、利国家者，则专之可也。”《公羊》是说，《春秋》经文之义在公子结便宜行事之得当，而其用意是褒赞公子结自主与齐、宋结盟一事。

(3) 御史大夫张汤只能根据法律判定徐偃的罪名，却无法驳倒他用来辩护的《春秋》之义。武帝乃下诏命终军问状。终军引《春秋》“王者无外”之大义，力辟徐偃所谓“大夫出疆”之说。他认为徐偃不过是在疆域内巡视而已，何来“出疆”？况且，盐铁郡里都有余藏，纵使废掉胶东、鲁国的盐铁，也无关于国家的利害，而徐偃却以安定社稷、抚慰万民为说辞，此何以故？终军甚至认定徐偃违反中央政策，擅自开放盐铁民营，是“直矫作威福，以从民望，干名采誉”。而奏“偃矫制专行，非奉使体，请下御史征偃即罪”。奏可，上称许终军之诘，徐偃终被判处死刑。

3.4.4 春秋折狱评议【重点必背】

3.4.4.1 从罪刑法定主义及法解释学的观点：换言之，在律有明文时，引“春秋经义”以解释律文，它并无法扮演破律的角色；在律无明文时，却担起“创造性补充”的漏洞填补功能。

3.4.4.2 从实质内容的妥当性观点：董仲舒乘时势所趋，一方面承认专制政体的合理性，一方面又想给予此政体一个新的理想与内容，这两种企图都要经由《公羊春秋》来加以完成，而“春秋折狱”不过是其表现方式之一而已。

3.4.4.3 春秋折狱的流变、批判及其再思考：自董仲舒以降，春秋折狱事例愈演愈烈，循吏断案，或本君

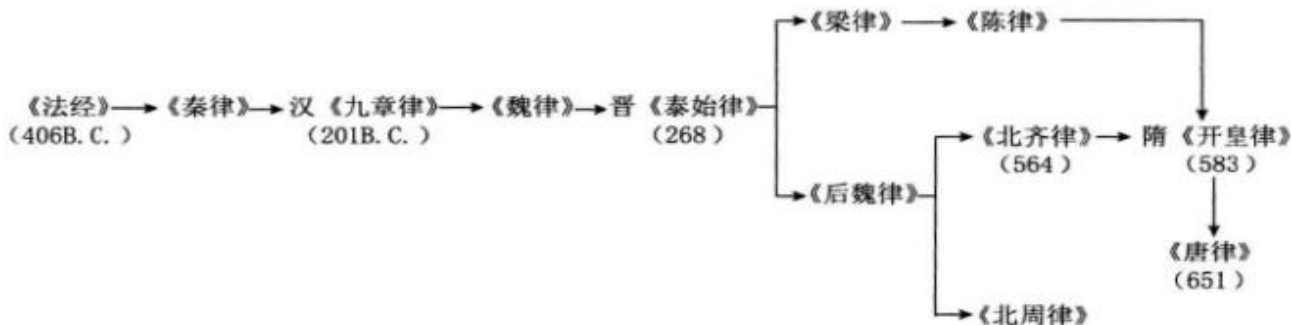
子恺梯之心，尚能体《春秋》圣人之道，一本敦厚之旨，原心以邀宽减，而延续仲舒之风。但酷吏者流，引经决狱，常攀附“经义”的美名，而造成使一事而进退于“二律”与“二经”之间，从而，春秋折狱变了质，也离了谱；“引经失义”与“借名专断”的不正常春秋折狱登场，历代学者对春秋折狱严加非难。

【注意】陈顾远：古代刑官之断狱鞠囚负有严重之责任，故在刑狱方面为适应时代环境之需要，自不必拘束一格，极尽其灵活之运用。凡后主所是者固不必即疏为令，而在汉代之比附律令，奇情他比，亦达其变化之能事。且由两汉迄于六朝，并以经义折狱称盛，不免将自然法或其条理法适用于极点。

专题四：唐律中礼刑思想

4.1 唐律的前世今生

4.1.1 唐律的渊源



4.1.1.1 泰始律【晋武帝司马炎】

《泰始律》以汉律为本。据《晋书·刑法志》载：《泰始律》凡二十篇，六百二十条。

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。

4.1.1.2 北齐律【武成帝】

律凡十二篇，九百四十九条，史称《北齐律》。

注意：《北齐律》“法令明审，科条简要”

4.1.1.3 开皇律【隋文帝】【重点】

定律五百条，分为十二篇：

名例、卫禁、职制、户婚、厩库、擅兴、贼盗、斗讼、诈伪、杂律、捕亡、断狱。

【注意】刑网简要，疏而不失。

【拓展】

“五刑”制度：死、流、徒、杖、笞。死刑分绞、斩二种；流刑有流一千里、一千五百里、二千里三等，应配者分别加居作二年、二年半、三年；徒刑有徒一年、一年半、二年、二年半、三年五等，自杖六十至杖一百，每十为一等；笞刑有五等，自笞十至笞五十。

4.1.2 唐朝的法规范形式【重点必背】

唐之刑书有四，曰：律、令、格、式。令者，尊卑贵贱之等数，国家之制度也；格者，百官有司之所常行之事也；式者，其所常守之法也。凡邦国之政，必从事于此三者。其有所违及人之为恶而入于罪戾者，一断以律。

律以正刑定罪，令以设范立制，格以禁违止邪，式以轨物程序。

4.1.3 律和律疏【重点必背】

篇名	内容	条文举例
1. 名例	规定全律通用的刑名和法例，类似当今的刑法《总则编》	五刑等级、十恶、议请减赎、官当、法条的适用和解释等
2. 卫禁	侵犯皇宫戍卫和国家关津要塞保卫之罪	阑入宫门、宿卫上番不到、赍禁物私渡关、缘边城戍等
3. 职制	官吏职务、有关行政公务之罪	贡举非其人、监主受财枉法等
4. 户婚	破坏户籍、土地、婚姻家庭之罪	脱户、立嫡违法、有妻更娶等
5. 厩库	牲牧和仓库管理之罪	犬杀伤畜产、监主以官物借人等
6. 擅兴	军事征发和工程营造之罪	擅发兵、伐军兴、非法营造、工作不如法等

7. 贼盗	危害国家统治秩序和生命财产之罪，即“贼杀”和“盗劫”之事	谋反大逆、谋杀期亲尊长，杀人移乡、残害死尸、强盗、窃盗等
8. 斗讼	有关“斗殴”和“告诉”之事	斗殴伤人、诬告反坐等
9. 诈伪	各种诈冒和伪造行为之罪	伪写关文书印、诈伪官文书增减等
10. 杂律	以上各律无法含括的其他犯罪	奸非、赌博、失火、私铸钱币、不应得为等

篇名	内容	条文举隅
11. 捕亡	追捕犯罪嫌疑人之程序规定，即“捕系”和“逃亡”之事	罪人持杖拒捍、从军征讨亡、知情藏匿罪人等
12. 断狱	司法审判之程序及相关的罚则规定	监禁、审讯、判决及执行等制度的罚则

4.1.3.2 律疏三十卷

“律疏”以提供律文“定疏”为宗旨，其基本作用就是忠实地阐明律义。“律疏”以律文为经，按照律十二篇的顺序，逐条逐句地进行解说，包括诊词释字，疏通章句；条分缕析，原法意；设置问答，辨异质疑。就总体而言，“律疏”与律文的精神是完全一致的。

但是，另一方面，“律疏”又不仅仅是律文的翻版或附庸。在疏解律义的同时，“律疏”也常常根据司法实践的需要，对律文的规定作出补充，有时甚至加以变通或修正，从而使律文的内容更加全面，更加准确，也更加富有弹性。这是唐高宗命太尉长孙无忌等人“爱造律疏，大明典式”所撰写的官方注释本。

4.2 唐律立法思想的理论基础【礼本刑用】

4.2.1 源于天道的人文秩序精神

《易》曰：“天垂象，圣人则之。”观雷电而制威刑，睹秋霜而有肃杀，惩其未犯而防其未然，平其微纆而存乎博爱，盖圣王不获已而用之。

4.2.2 儒家思想法律化的支配

历史告诉我们，先秦诸子，儒家以“礼”为规范，积极于化，而以王道任之。法家则以“法”为目的，特别重刑，而以霸道主之。刑礼分庭，王与霸、刚与柔对立，此乃儒法之争的原始。但从汉武帝罢黜百家，独尊儒术起，变通过的儒家思想取得了正统的地位，儒家重礼的思想也成为朝廷既定的政策。礼仪的推广经由大一统政治力量的支持，变得更普遍而牢固，礼的影响也就更深人人心。这种情况，长期演变的结果，儒家的宗法伦理思想，就不期然而然地支配了唐代的立法。

4.2.3 外儒内法与泛道德思想现实政术的运用！

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。

4.3 唐律礼本刑用观的具体内容【重点必背】

4.3.1 罪刑因身份而异【异贵贱，别尊卑】

1、十恶！

《名例》十恶条（总第6条）：“一曰谋反、二曰谋大逆、三曰谋叛、四曰恶逆、五曰不道、六曰大不敬、七曰不孝、八曰不睦、九曰不义、十曰内乱。”

【注意】

四曰恶逆，“谓殴及谋杀祖父母、父母，杀叔伯父母、姑、兄姐、外祖父母、夫、夫之祖父母、父母者”；

七曰不孝，指对直系尊亲属的忤逆言行。包括控告或咒骂祖父母、父母；祖父母、父母在，子孙私自分析家产，自立门户；供养祖父母、父母不周，或不予赡养；为祖父母、父母服丧期间，擅自嫁娶作乐，脱去丧服改穿吉服；祖父母、父母死亡隐匿而不举哀；诈称祖父母、父母死亡。

八曰不睦，即侵害旁系尊亲属的行为。包括谋杀及卖缌麻以上亲殴打、控告丈夫及丈夫的祖父母、伯叔父母、姑、从祖伯叔父母、舅姨和从父兄姐等。

九曰不义，指侵犯非血缘等级从属关系的犯罪行为。如杀本属府主、刺史、县令；学生杀害授业老师；吏卒杀本部五品以上官员；妻闻丈夫死亡，加以隐瞒，不举行哀悼，或于服丧期间寻欢作乐，脱去丧服改穿华丽衣服、改嫁等。

十曰内乱，指亲属相奸的乱伦行为。包括奸小功以上亲，如奸伯叔祖母、堂伯叔母、姑、姨、兄弟妻、堂姐妹等；强奸祖父、父之妾或与之通奸。

2、八议

《名例》八议条（总第7条）：“一曰议亲、二曰议故、三曰议贤、四曰议能、五曰议功、六曰议贵、七曰议勤、八曰议宾。”

一曰议亲，“亲”指皇帝范围的亲属，即皇亲国戚。

二曰议故，“故”指皇帝的某些故旧，即长期侍奉或跟随皇帝的人。

三曰议贤，“贤”指朝廷认为“有大德行”的贤人君子，即在地主阶级中言行可为法则的知名人士。

四曰议能，“能”指“有大才能”，能整军旅、莅政事，为帝王之辅佐、人伦之师范者，即官吏中能治军安邦的杰出人物。

五曰议功，“功”指“有大功勋”者，即为国家立过卓越功勋的人。

六曰议贵，“贵”指职事官三品以上，散官二品以上及爵一品者，即大贵族和大官僚。

七曰议勤，“勤”指“有大勤劳”者，即为国家勤劳服务的人。

八曰议宾，“宾”指“承先代之后为国宾者”，即前朝皇帝的后代被尊为国宾的。

《唐律》规定：“八议者犯死罪，皆条所坐及应议之状，先奏请议，议定奏裁；流罪以下减一等，其犯十恶者不在此限。”就是说：凡具有

3、宗法伦理犯罪

(1) 长幼亲疏有别，可说是礼的又一精神！

【拓展】

《斗讼》“妻殴夫条”（总条 326）及“殴伤妻妾条”（总条 325），诸妻殴夫，徒一年；若殴伤重者，加凡斗伤三等；死者，斩。”“诸殴伤妻者，减凡人二等；死者，以凡人论。”夫犯妻与妻犯夫的悬殊待遇，亦系礼教立法下“夫为妻纲”的观念所使然。

6.3.2 据礼以释律之例

“诸许嫁女，已报婚书及有私约而辄悔者，杖六十。虽无许婚之书，但受聘财，亦是。”其中关于“已受聘财”，《疏议》说，婚礼先以聘财为信，故《礼记·内则》云：聘则为妻。虽无许婚之书，但受聘财亦是。聘财无多少之限，即受一尺以上，并不得悔。”

【拓展】

“诸年七十以上、十五以下及废疾，犯流罪以下，收赎。”《疏议》曰：“依周礼：‘年七十以上及未龀者，并不为奴。’今律：年七十以上、七十九以下，十五以下，十一以上及废疾，为矜老小及疾，故流罪以下收赎。”又同条中之律疏问答。问曰：“既称伤人收赎，即似不伤者无罪。若有……殴己父母不伤，若为科断？”答曰：“其殴父母，虽小及疾可矜，敢殴者乃为‘恶逆’，或愚痴而犯，或情恶故为，于律虽得勿论，准礼仍为不孝。老小重疾，上请听裁。”

《唐律》对于老、小、疾人犯罪虽设免负刑责或减轻刑责的规定，此或出于爱幼养老及恻隐观念的刑事政策，但若发生殴父母情事，依礼仍属“不孝”，而须特别上请。

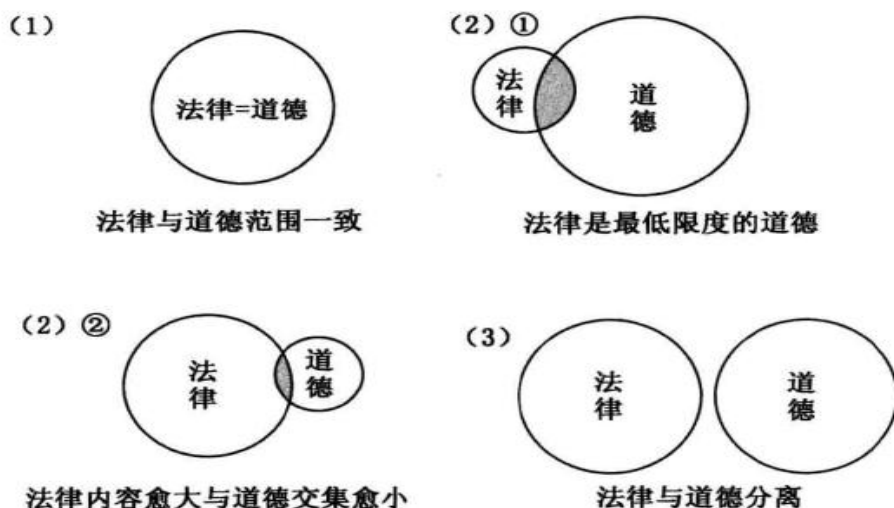
4.3.3 不应得为条的运用【拓展】

《唐律·杂律》“不应得为条”(总 450 条)规定:诸不应得为而为之者,答四十。谓律、令无条,理不可为者。事理重者,杖八十。《疏议》曰:杂犯轻罪,触类弘多,金科玉条,包罗难尽。其有在律在令无有正条,若不轻重相明,无文可以比附。临时处断,量情为罪,庶补遗阙,故立此条。情轻者,答四十;事理重者,杖八十。

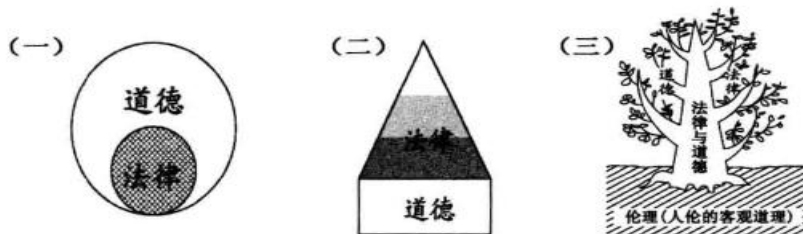
【注意】一切违背伦理义务的反道义行为,或违反基本生活秩序的举止,若不能运用“轻重相举条”,又毫无“比附”之余地时,为落实情罪平允的实质正义理念,皆可归入“不应得为”而援引此条予以科罚。

4.4 唐律礼本刑用观评述

4.4.1 道德·礼与刑的纠葛

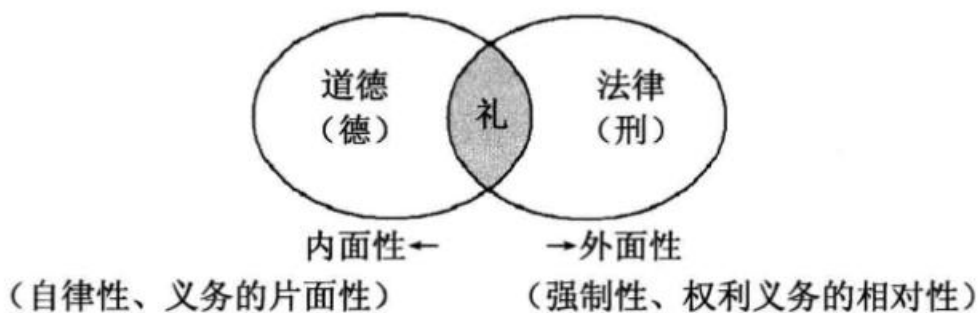


此外,有以为,法律是道德的一部分,且是最低限度的道德,如下图(一)所示。也有认为,法律与道德相邻接,法律的底层最接近道德,是为维持社会秩序所必要而强行的最小限度的社会生活规范;愈往中上层部分,法律中的道德成分趋淡,到了最顶层部位,甚至是所谓“无道德色彩的法规范领域”,如下图(二)所示。另有主张,法律与道德本是“同气连枝”,都是植基于事物的当然道理、事物的本性使然而来;以一棵树木为例,一干而多分,同气而异息,两者都出自“人伦的客观道理”的土壤之中,而最接近土壤的主干部位,是道德色彩较浓烈的法律规范领域,愈往上层的枝叶部位,则法律与道德的关连色彩渐次分离,终至毫无关系,如下图(三)所示。



【注意】

总的说来，战国时代至秦汉时期，是由礼刑二分走向礼刑合一，同时由于成文法典的发达，而使礼刑思想融入律令，此时之令为律的追加法。西晋以后，由于士族门阀势盛，施政以及订定法制，走向儒家化，于是令成为规定制度，不带罚则，乃与律二分；律、令、礼三者间的关系，成为纳礼入律、入令，违礼、违令由律处罚，直至隋唐，法典体系大备，乃形成独具一格的中华法律文明。



【注意】唐代当时的社会秩序，系建筑在五伦常理的基础之上，所以，这一部分的礼，就是维护五伦秩序的基本条款；凡违反者，刑必罚之；法之所禁，必皆礼之所不容；而礼之所允，刑必无涉，这就是所谓的“出礼入刑”，而为礼本刑用的关键。

4.4.2 积极面与再反思

论者谓唐律一准乎礼以为出入，得古今之平，故宋世多采用之。元时断狱，亦每引为据。明洪武初，命儒臣同刑官进讲唐律。后命刘惟谦等详定明律，其篇目一准于唐。²

其一，强迫性道德体制的形成。《唐律》的礼教法律观所给予刑法者，可以说，不是道德理由，而是实效的考虑。申言之，刑法的存在乃基于现实的需要及基于全体利益的考虑而产生的。说得更清楚些，《唐律》的礼教法律制度，其形式乃受“阴阳儒家”的影响有以致之。

其二，重视家族伦理，缺乏独立的个人观念。《唐律》显著特性之一，在于它为义务本位而非权利本位制度。在礼教法律制度下，个人并不是独立的个体，血统以及婚姻为个人创造了一面“人伦之网”，将他或她网在其中，动弹不得。也由于重视家族主义与男权为中心，个人在家庭中有重重的牵制，男女两性在法律地位上，毫无平等可言。

4. 传统中国有实践过“罪刑法定”吗？理由何在？试以下列《唐律》中三个律条为例，详加论述：

- 1) 《唐律·断狱》：“诸断罪皆须具引律、令、格、式正文，违者，笞三十。若数事共条，止引所犯者，听。”
- 2) 《唐律·名例》：“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。”
- 3) 《唐律·杂律》：“诸不应得为而为之者，笞四十；事理重者，杖八十。”

专题五：宋元时代的法律文化

5.1 宋代的立法与司法

5.1.1 《宋刑统》的制定

赵匡胤结束了五代十国的分裂局面，建立了统一的赵宋王朝。在中央集权体制下，虽仍维持三省制，实则中书省为主，宰相无法干预军事，实际上由枢密院掌管，财政则由三司使负责，谏院与御史台又可弹劾执政，相权大为削弱，仅奉皇帝旨意行事。及至南宋后期，丞相兼枢密成为定制，军政又告合一。【注意】《宋刑统》成为中国第一部镂版印刷的成文法典，是宋朝的基本法典。

5.1.1.1 《宋刑统》与《唐律》的比较

《宋刑统》凡三十卷，包括律十二编，502条，分门立目，213门；敕、令、格、式一百七十七条；起请条三十二条。【新增：折杖法】注意：在《户婚》中增“户绝资产”“死商钱物”“典卖指当论竞物业”“婚姻入务”等四门，此为《唐律》所无。

【拓展】宋刑统卷十三《户婚律·典卖指当论竞物业》律文：诸家长在，而子孙弟侄等不得辄以奴婢、六畜、田宅及余财物私自质举，及卖田宅。其有质举卖者，皆得本司文牒，然后听之。若不相本问，违而辄与及买者，物即还主，钱没不追，

5.1.1.2 编敕

《宋史·刑法志》说，宋法制因唐律、令、格、式，而随时损益则有编敕，一司、一路、一州、一县又别有敕。”

【注意】“凡律所不载者，一断以敕”，改“律令格式”为“敕令格式”。

5.1.1.3 刑统以外的规范：《庆元条法事类》收录约七十年间的敕、令、格、式！

5.1.2 司法诉讼制度的转化

以司法机关的设置言，中央仍以刑部、大理寺、御史台为三大机构。“刑部”掌刑法、狱讼、奏讞、赦宥、叙复之事，审覆京都辟囚，在外已论决者摘案检察，复核大理寺的狱案。“大理寺”掌断天下奏讞，凡刑狱应审议者，上刑部，被指推鞠及情犯重者，卿同所隶官请对奏裁。“御史台”乃掌纠察官邪、肃正纲纪的风宪机关。

太宗时期曾以刑部、大理寺不称职，特于宫中另设“审刑院”，作为皇帝审断案件的咨询机构，行使审判职能，主官由皇帝另行任命。凡狱讼之应行奏闻者，先达审刑院，次下刑部、大理寺复核，再交审刑院详议以定讞。神宗时虽恢复了大理寺职能，但皇帝还是直接干涉审判，非司法官员所组成的“制勘院”、“推勘院”受命审办狱案，大理寺常形同虚设。

“制勘院”是诏狱的一种形式，遇重大案件，由皇帝钦差官员就案件发生地的邻近州县置院推勘。“推勘院”是由司、州监军派官，于案件发生的近处设置的临时审判机构。马端临于《文献通考》卷167《刑六》中说：“凡因事置推，已事而罢者，诏狱谓之制勘院，非诏狱谓之推勘院。”

【拓展】【特有制度】

(1) 首创鞠讞分司。(2) 翻异别推(3) 禁止越诉(4) 推问勘鞠(回避)【新增】(5) 限期结案(6) 互察制度。

5.2 宋朝法制的变与不变

5.2.1 皇权与司法：强干弱枝

5.2.1.1 朝廷屡兴诏狱：“诏狱”，是直接由皇帝下诏特派官员或内侍置狱审判的重大案件。

5.2.1.2 皇帝亲决狱讼并掌控司法【虑囚】【提点刑狱司】

“凡管内州府，十日一报囚帐，有疑狱未决则驰传往视之。州县稽留不决，按讞不实，长吏则劾奏，佐史、小吏许便宜接劾从事”

5.2.2 刑制变化【特有刑罚】

(1) 折杖法。《宋刑统》将折杖法的具体规定纳入五刑之后，列明每种刑罚所折脊杖或臀杖数目，即加役流决脊杖二十，配役三年；流三千里至二千里分别决脊杖二十、十八、十七、十五；杖一百至六十分别决臀杖二十、十八、十七、十五、十三；笞五十至十分别决臀杖十、八、七！

(2) 刺配。“贷死之刑”。通常是“既杖(犯人)其脊，又配其人，且刺其面，一人之身，一事之犯，而兼受三刑”。

(3) 凌迟。南宋宁宗制《庆元条法事类》时，将凌迟与绞、斩同列，成为法定死刑之一。

5.2.3 婚姻继承的法制

两宋时期，在婚姻方面，禁止五服以内亲属结婚，但对姑舅与姨表兄弟姐妹结婚并不禁止。

【拓展】居夫丧或父母丧而贫乏不能谋生时，允许一百天后自行改嫁。南宋的条法沿袭此规定，诸居夫丧百日外，而贫乏不能存者，自陈改嫁。

【注意】

《刑统·户婚律》，附“准”字条的《户令》：诸应分田宅者，及财物，兄弟均分。妻家所得之财，不在

分限。兄弟亡者，子承父分。兄弟俱亡，则诸子均分。其未娶妻者，别与聘财。姑姊妹在室者，减男聘财之半。寡妻妾无男者，承夫分。若夫兄弟皆亡，同一子之分。

【拓展】所称“户绝”，系指无男子嗣之家，绝户主继承人有两种方式：凡“夫亡而妻在”，立继从妻，称“立继”；凡“夫妻俱亡”，立继从其尊长亲属，称为“命继”。继子与绝户之女均享有继承权，但只有在室女的，在室女享有四分之三的财产继承权，继子则仅享有四分之一；只有出嫁女的，出嫁女享有三分之一的财产继承权，继子享有三分之一，另外的三分之一归官府所有。

5.3 宋朝的司法考试及案牘判语【拓展】

5.3.1 宋代的司法考试【经生明法，法吏通经】

所谓“判”，就是考察被试者如何处理狱讼。“判”的要求标准是“取其文理优长”。其中“判”即为判词，就是以律令规定及儒家经书大义去分析判断有关的案件。

5.3.1.1 官吏试法：宋初置有“律博士”掌授法律，但未设律学。

5.3.1.2 司法考试——第一次规定！

至于司法考试的内容，分“律文”和“断案”两大类。断案往往有一定的深度和难度，以考察应试官吏的分析与运用法律的能力。宋仁宗时还规定，凡是司法考试录取者，授大州俸多处的司法、录事参军。

5.3.2 宋代的案牘判语——《名公书判清明集》【重点】

李五三兄弟欠负主家财本，官司固当与之追理，但其家既素无生业，其父因饥荒而投托于黄公才之家，恐黄公才未必遽然以数百千付于其手。必是料逆其如饥鹰附人，饱则扬去，故邀其假立文约领钱，以为羈縻之术耳，不然，则不应如是之轻率也。今本府押其兄弟下县监纳，已数阅月，更无一钱以偿之，啼饥号寒，死已无日，纵使有欠负，亦已无可责偿，况未必是实乎！在法：债负违契不偿，官为追理，罪止杖一百，并不留禁。今观其形容憔悴如此，不惟不当留禁，杖责亦岂可复施？合免监理，仍各于济贫米内支米一斗发遣。¹

法意人情，是非曲直。跃然纸上。【注意】向来执法者下判，守法意而拂人情，不可也；徇人情而违法意，亦不可也。究竟要如何权衡于二者之间，使上不违于法意，下不拂人情，自费思量。《清明集》卷九《欠负人实无从出合免监理》

5.4 元朝法制的变化及其特点

5.4.1 元朝的立法活动

其实，有元一代在法制方面仍有几个面向值得留意：其一，元朝统治期间，是否曾颁行过一部完整而又系统的法典？其二，元法与唐宋律之间是否毫无继受关系？其三，元代法制是否为中国法律发展史上的一个断层？

似乎，从明初起就开始流行一种说法：元代没有成律，只有条格；元代不仿古制，大抵多用夷法；元法与《唐律》毫无传承关系¹，且缺乏一部完整而又系统的法典。这种说法影响颇为深远。不过，学界也有持不同看法者²。

关于元代是否存在一部完整而系统的法典，固有仁智之见。采肯定见解者认为，其实是存在的，那就是《大元通制》。元代是有成律的，那就是《大元通制》的“断例”，而且它正是以《唐律》为范式的，绝大多数可以从《唐律》中找到根据。《大元通制》承袭了《唐律》的基本精神，同时增加了内容，更动了形式，具有自己的特点¹。尽管《大

【注意】

(1) 大札撒。

(2) 至元新格【忽必烈】

(3) 大元通制【元英宗】分制诏、条格和断例。《至正条格》是补充，断例十一篇，与唐律相同。

(4) 元典章。分诏令、圣政、朝纲、台纲、吏部、户部、礼部、兵部、工部等十门。

5.4.2 元朝法律的基本特点【重点必考】

5.4.2.1 元代法的特色与中华法系【暗用而明不用，名废而实不废】

其一，在法律名称和形式上，既不沿用唐之律、令、格、式，也不援用宋之刑统、救、令、格、式，而称“断例”“条格”。

其二，“条格”“断例”在法典中占有很大的比重，体现出元朝立法行政，断罪量刑，主要是依照临时颁布的有关政令、文书及在司法实践中所形成的“判决先例”为依据，以致被批评繁琐碎目、杂芜抵牾，缺乏完整统一性。至于在司法实践中往往“有例可援，无法可守”，造成相当严重的后果。

其三：大元通制颁降于天下，古律虽废而不用，而此当为皇元一代新律矣。以古律和新律，文辞各异，意义多同。其于古律，暗用而明不用，名废而实不废。

5.4.2.2 民族身份等差立法【四等人】

蒙古人、色目人、汉人、南人。各族群在任官及法律上待遇等差，蒙古最优南人最下。

5.5 元代的刑制与司法机构

5.5.1 元朝刑制的变化

5.5.1.1 五刑的变与不变

元代的死刑分为二等，初为斩、绞，后以凌迟处死刑为正刑，遂有斩无绞。而流刑不限定流放距离，只将北人和非汉人迁往南方和将南人迁往北方。另新设“出军”（类似充军）和“迁徙”两种流刑，“迁徙”与唐代的“移乡”类似。

【注意】笞、杖以七为尾数，笞，七下至五十七下分为六等；杖，六十七至一百零七分为五等²。

7, 17, 27, 37, 47, 57【六等】67, 77, 87, 97, 107【五等】

5.5.1.2 刑罚上的另类制裁：征偿制度——烧埋银。

5.5.2 元朝的司法机构

元朝的中央司法机关，不设大理寺，仅设刑部及御史台“二法司”。

【注意】特设大宗正府。

专题六：明清社会与法制的发展

6.1 明朝法律的基本内容与特色

6.1.1 《大明律》与《明大诰》

篇 名	内 容
名例律，一卷	四十七条
吏律，二卷	职制十五条、公式十八条
户律，七卷	户役十五条、田宅十一条、婚姻十八条、仓库二十四条、课程十九条、钱债三条、市廛五条
礼律，二卷	祭祀六条、仪制二十条
兵律，五卷	宫卫十九条、军政二十条、关津七条、厩牧十一条、邮驿十八条
刑律，十一卷	盗贼二十八条、人命二十条、斗殴二十二条、骂詈八条、诉讼十二条、受赃十一条、诈伪十二条、犯奸十条、杂犯十一条、捕亡八条、断狱二十九条
工律，二卷	营造九条、河防四条

【注意】《明大诰》实质上就是案例、法令、训导等三方面内容的综合！

6.1.2 唐、明律的比较【重点】【重其所重，轻其所轻】

“大抵事关典礼及风俗教化等事，《唐律》均较《大明律》为重；贼盗及有关币帑、钱粮等事，《大明律》则又较《唐律》为重。”

6.1.3 《问刑条例》与《大明律》的关系：（1）“例以辅律”（2）“例以破律”

6.2 明朝的司法制度

6.2.1 中央司法机构

“三司推事”转变为“三法司会审”；刑部受天下刑名、都察院掌纠察、大理寺司驳正，权重在刑部。

历史分期（朝代）	三法司			备注
形成期 （两汉魏晋南北朝）	廷尉	御史台	尚书台 （三公曹等）	北齐时，廷尉改称大理寺
确立期 （唐五代宋）	大理寺	御史台	刑部	
发展期 （元明清）	大理寺	御史台 都察院	刑部	元代不设大理寺

6.2.2 诉讼制度——会审

（1）九卿会审：亦称“圆审”。（2）大审；（3）热审；（4）朝审；

6.2.3 申明亭与民间调处【特色】

命有司择民间高年老人公正可任事者，理其乡之词讼，若户婚、田宅、斗殴者，则会里胥决之。事涉重者，始白于官，若不由里老处分径行诉县官，此之谓越诉也。²

6.3 清朝的立法素描

6.3.1 《大清律例》中的律与例

盖清代定例，一如宋时之编敕，有例不用律，律既多成虚文。而例遂愈滋繁碎，其间前后抵触，或律外加重，或因例破律，或一事设一例，或一省一地方专一例，甚且因此例而生彼例；不惟与他部则例参差，即一例分载各门者，亦不无歧异，辗转纠纷，易滋高下。

律垂邦法为不易之常经，例准民情在制宜以善用。

6.3.2 会典和则例

6.3.2.1 《清会典》：五朝会典：康熙乾嘉光。

【注意】

《清会典》以六部为纲，典例分编，“典为经、例为纬”，“会典乃载大纲、则例乃定细目，一为永久不变之制，一为随时损益之法”。

6.3.2.2 则例：

会典其大纲大法，而则例其细目法也，行政法之以例辅点，犹刑法之以例辅律也。

——梁启超语

6.3.3 清朝的民族异法和五刑之制

6.3.3.1 旗人的特殊法律地位与司法特权

“犯罪免发遣”条：“凡旗人犯罪，笞杖照数鞭责，军流徒免发遣，分别枷号。徒一年者枷号二十日，每等递加五日；流二千里者枷号五十日，每等亦递加五日；充军附近者枷号七十日，近边、沿海、外边者八十日，极边烟瘴者九十日。”¹ 除真犯死罪者外，杂犯死罪也可以折枷。

6.3.3.2 五刑与法外之刑

五 刑 之 图		
笞 刑 五		
一十、二十、三十、四十、五十	笞者，谓人有轻罪，用小荆杖决打，自一十至五十，为五等，每一十为一等加減，今以竹板折責	
杖 刑 五		
六十、七十、八十、九十、一百	杖者，谓人犯罪用大荆杖决打，自六十至一百，为五等，亦每一十为一等加減，今以竹板折責	
徒 刑 五		
一年杖六十 一年半杖七十 二年杖八十 二年半杖九十 三年杖一百	徒者，谓人犯罪稍重，发本省驿处，应一切用力辛苦之役，自一年起加至三年止，为五等，每杖一十及徒半年为一等加減	
流 刑 三		
二千里杖一百 二千五百里杖一百 三千里杖一百	流者，谓人犯重罪，不忍刑杀，流去远方，终身不得还乡，自二千里加至三千里，为三等，每五百里为一等，加罪減概从徒	
死 刑 二		
绞 全其肢体	斩 身首异处	刑之极者

6.4 清朝的司法制度

6.4.1 司法机关——中央三法司【重点必背】

- (1) 刑部：掌天下刑罚之政令，凡例律轻重之适。负责律例馆工作。
- (2) 都察院：“掌司风纪，察中外百司之职。”“台谏合一”
- (3) 大理寺：“掌天下之刑名，凡重辟率其属而会勘”【慎刑机构】

清代三法司的关系，清初大理寺卿魏管说：“持天下之平者（刑）部也，执法纠正者（都察）院也，办理冤枉者大理（寺）也。”一语道

6.4.2 刑名幕吏与司法审判

6.4.2.1 关于胥吏：官府雇佣人员。胥吏往往长期在一个衙门供职，有终生为业者。

6.4.2.2 关于幕友：私人顾问。“无幕不成衙”：刑名和钱谷。

6.4.3 诉讼审判制度

6.3.1 刑事案件的逐级审转复核制：关于笞、杖轻罪由州县决断，徒刑由省级督抚审决，流刑和充军由刑部核覆批结，死刑由皇帝作最终裁决。

6.4.3.2 秋审制度【重点】

“秋审”是中央覆审外省死刑监候案件的会审制度，直接沿袭于明代的“朝审”。分成情实、缓决、可矜、可疑、留养。

6.4.3.3 民事和轻微刑案的调处及其法源依据【拓展】

清代将田土、户籍、婚姻、财产、债务，以及赌博、斗殴轻伤等称为“民间细故”，由州县自行审理。即“笞杖轻罪”，“调处息讼”。

【注意】一是滋贺秀三(1921-2008)对于清代司法审判之中“情、理”重于“法”的主张，即“父母官型诉讼”；另一是黄宗智所主张，国家法律在判决中仍旧是占最重要的地位，即“竞技型的裁判”。其实，传统中国的司法实践，追求的是个案的妥适性！

专题七：清末社会变迁与中国法律近代化

7.1 从固有法到继受法

7.1.1 法律继受的含义及其理论基础

法律变迁过程显然包括革故、选择与鼎新三个面向。

继受原因：(1)力的理论：(2)规范饥渴理论：(3)面子理论：(4)自觉理论：

7.1.2 晚清继受外国法的动机与时代背景

7.1.2.1 领事裁判权的撤废问题

中国深欲整顿本国律例，以期与各西国律例改同一律，英国允愿尽力协助，以成此举；一俟查悉中国律例情形及其审断办法，及一切相关事宜，皆臻妥善，英国即允弃其领事裁判。¹

7.1.2.2 欧日近代法典编纂的冲击

“日本法系本属支那法系，而今取法于德、法诸国，其国势乃日益强盛……唯日本特为东亚之先驱，为足以备呈明之采择”的结论¹。乃决意仿效日本继受欧陆法制的经验，大量引进欧陆、日本等国的法律制度与各类新律；此后，所有的修律动向，莫不遵循欧日近代法典编纂的轨迹推进。

7.1.2.3 传统社会经济结构的转型

要变农业社会为工商业社会，变自然经济体系为商品市场经济体系，变乡村文明为城市文明，变狭隘的地域性经济为世界联系性经济。

7.1.2.4 清廷救亡图存的危机意识

现在通商交涉，事益繁多，着派沈家本、伍廷芳，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。俟修定呈览，候旨颁行。

7.2 法律西化过程中的配套措施

7.2.1 修订法律大臣沈家本衔命修律【领头羊】

7.2.2 修订法律馆的成立【机构】

修订法律馆的重心是以“编译律书”及“编纂新律”为主。

7.2.3 外国法律法学文献的编译【资料】

7.2.4 新式法律学堂的创设【基地】

7.2.5 日本法学专家的延聘【教员】

夫法之善者，仍在有用法之人，苟非其人，徒法而已！……有其法者，尤贵有其人矣。大抵用法者得其人，法即严厉，亦能施其仁于法之中；用法者失其人，法即宽平，亦能逞其暴于法之外。此其得失之故，实筭乎宰治者之一心，为仁为暴，朕兆甚微。若空言立法，则方策俱在，徒虚器耳。²

7.3 晚清变法修律中的礼法争议【重点必背】

7.3.1 争辩之一：采用陪审制、律师辩护制可行乎？

一宜设陪审员也。诚以国家设立刑法，原欲保良善而警凶顽。然人情涛张为幻，司法者，人知识有限，未易周知；宜赖众人之为之听察，真伪易明，若不肖刑官或有赌纵曲庇，任情判断及舞文诬陷等弊，尤宜纠察其是非。拟请嗣后各省会并通商巨埠及会审公堂，应

【反对意见】

束身自好之绅士，必不肯至公堂；纵责以义务，科以罚金，必有甘受惩罚而不愿涉足公门者。其肯到堂陪审者，非干预词讼之劣绅，即横行乡曲之讼棍。以此辈参列陪审，岂能助公堂秉公行法耶？¹

7.3.2 争辩之二：“准礼制刑”的立法原则可变乎？

- (1) 中国制刑以明君臣之伦，草案对于侵犯皇室之罪处罚过轻。
- (2) 中国制刑以明父子之伦，草案蔑视父子伦常。
- (3) 中国制刑以明夫妇之伦，草案无妻妾殴夫条却从凡人之例。
- (4) 中国制刑以明男女之别，草案缺无夫之妇犯奸治罪条。
- (5) 中国制刑以明尊卑长幼之序，草案对卑幼殴杀尊长无加重之条。

7.3.3 争辩之三：罪刑法定主义可采乎？

本条所以示一切犯罪须有正条乃为成立，即刑律不准比附援引之大原则也。凡刑律于无正条之行为，若许比附援引及类似之解释者，其弊有三：第一，司法之审判官得以己意，于律无正条之行为，比附类似之条文，致人于罚，是非司法官直立法官矣；司法立法混而为一，非立宪国之所应有也。第二，法者与民共信之物，律有明文，乃知应为与不应为，若刑律之外，参与官吏之意见，则民将无所适从。以律无明文之事，忽援类似之罚，是何异以机阱杀人也。第三，人心不同，亦如其面，若许审判官得据类似之例，科人以刑，即可恣意出入人罪，刑事裁判难期统一也。¹

7.3.4 争辩之四：无夫奸存乎？废乎？

总的来说，法理派的论点除了着眼于无夫奸之事非法律所能为力，应归属礼教、道德、舆论、教育的范畴外；也提及习惯为任意法所采，刑法为强制法，不应有此习惯者从习惯之文；另外，令人耳目一新者，法理派还大胆提出此事攸关情欲自由，非可强抑，确属前卫之言。

【反对意见】

- (1) 法律与道德相为表里，无夫奸必须由法律明确规定为犯罪行为。
- (2) 无夫奸不治罪，必然会破坏社会治安。
- (3) 中国立法应以国内治安为主旨，不应随外人的指责为转移。

7.3.5 争议之五：子孙违犯教令入律乎？删除乎？

旧律子孙违犯教令者，杖。屡次触犯，呈请发遣者，发遣；祖父母父母呈请释回者，亦有释放成案。子孙治罪之权，全在祖父母父母，实为教孝之盛轨。草案未列此条，殊非孝治天下之道。¹

7.3.6 争议之六：卑幼对尊长能否适用正当防卫？

法理派对于劳氏之论不以为然，认为：“子弟在幼稚时代，尊长得干涉其行为。”这是尊长对卑幼的管束，而不是侵害。针对礼教派小杖则受，大杖则走，尊长可以殴打甚至杀死卑幼的论调，他们指出：“法律订定之后，子弟有不法行为，国家有法律代为管束，用不着尊亲属杀之。”反对私刑制度，要求将家庭父子之间的行为，纳入国家法律的范围，而不容许超越国家的范围另行立法。因此，子孙不得使用正当防卫，不应另立项目，写入刑律。

7.4 晚清西法东渐中国法律的重大转折【重点必背】

7.4.1 从中华法系到欧陆法系【原因】

其一，在当时世界各大法系中，要属欧陆法系为最强势的法律文化，而以普通法(CommonLaw)及判例法(Caseaw)为主的英法系，本质上系基于经验主义与实证主义的分析哲学思维而来，是一种由下而上的自发性法律秩序，实际上较不合作快速而有效的立法继受。

其二，中华法系自战国时代李悝的《法经》以迄清季的《大清律例》，本有法脉相承的律典编纂文明，而以成文法典为核心的欧陆法典，本质上就是一种自上而下的理性设计法律秩序，它蕴含着法典的权威，比较符合中国人的法律生活感情。

其三，晚清之所以要变法修律，有很大因素是受到日本明治维新继受欧陆法成功的启迪，这些顾问所熟稔的是日本继受欧陆法的经验，很自然地，清廷步上了“以日为师”的后尘。

7.4.2 由刑律为主到六法分列的法典编纂体例

7.4.2.1 《大理院审判编制法》和《法院编制法》

法部编成《大理院审判编制法》。该法分《总纲》，《大理院》，《京师高等审判厅》，《城内外地方审判厅》和《城隍局》。

7.4.2.2 《大清民律草案》第一部民法草案：分总则、债权、物权、亲属、继承五编，

7.4.2.3 关于商事立法：商部负责制定《钦定大清商律》，分《商人通例》及《公司律》；

7.4.2.4 关于程序法规：(1)《刑事民事诉讼法》草案

法律一道因时制宜，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。……查中国诉讼断狱附见刑律，沿用唐明旧制，用意重

(2)《大清刑事诉讼律草案》：一是“自由心证”；二是“直接审理”；三是“言词辩论”。

(3)《大清民事诉讼律草案》：该草案突破了传统诉讼法制的既有格局，它不仅改变了诉讼法附属于实体法的传统，还改变了民事诉讼律附属于刑事诉讼的旧制，从而宣示中华法系从规范混同走向实体法与程序法分别的崭新局面，揭示一个全新的近代中国法律体系的开端。

7.4.3 由家族伦理义务本位到个人自由权利本位【重点】

从伦常身份差等的法律秩序尽可能倾向平等人权，以新法中的“人权尊严”代替旧律中的“家族伦理”，以新法中的“法治思想”取代传统律例的“礼教立法”。

7.5 晚清继受外国法的历史与时代意义【重点必背】

7.5.1 从法律继受的观点

7.5.2 从体制内改革的局限性观点

7.5.3 从社会变迁与法律变革的观点【进化论】

【注意】大同良规、最新学说和礼教民情，此三者沈家本的思想中，是一个“综合完整体”，这是沈氏对待中西法学的基本态度与方法。

专题八：民国法制的继承与新创

8.1 民初北京政府时期的过渡性法制(1912-1928)

8.1.1 晚清法律近代化的承接与整合

8.1.1.1 刑法：《暂行新刑律》

8.1.1.2 民法：民国初期民事纷争的审判法源，系由《大清现行刑律》中的“民事有效部分”、民事特别法、习惯以及包含判例、民法草案、外国立法例、学说见解等所组成的法理。

8.1.1.3 程序法：援用《大清民事诉讼律草案》

8.1.2 法制不备下的司法运作实况【特点】

其一，承续性，其二，借鉴性，其三，自主性。

8.1.2.1 《大清现行刑律》如何换装成民事审判的法源依据？

本院按：民国民法法典尚未颁布，前清之现行律，除制裁部分及与国体有抵触者外，当然继续有效。至前清现行律虽名为《现行刑律》，而除普通刑事部分外，关于特别刑法、民商事及行政法之规定仍属不少，自不能以名称为刑律之故，即误会其已废。¹

8.1.2.2 大理院判例性质是否属英美法系的判例法？

(1) 大理院的判例是成文法典的补充形式，仅为法院裁判时所表示的法律上见解，并非法规的自体。它一般不能与成文法典的原则和规定相违背，否则无效。

(2) 在判例的适用上，并不一味地遵从“先例拘束原则”，判例虽然被下级法院广泛援用，但并未严格受制于既判力的拘束。

(3) 民国初期的判例，只有大理院可以颁布，所颁布的判例汇编仅录“判例要旨”，并非登刊判决全文。此仍系抽象的结论，与条文、解释所差无几。

8.1.2.3 大理院在民初法制上的历史意义【重点必背】

其一，晚清变法修律乃至民国肇建，尝欲步日本后尘，创立法典，自媲德法，然屡修屡废，至十七年尚无所成。十余年来，民事法“立法”的枢纽，乃寄望于司法机关，大理院民事判例实为该期间“私法”重要的审判根据。

其二，大理院法曹的出身与能力迥异于当时的下级法院，群英毕集；判决书的制作体例与文体深受外来法律文化的影响，其中尤日本为最，而从目前所留存下来的判决(例)看来，可读性相当高。

其三，大理院在民国八年(1919)之前，可以说，几乎大多数的判决都可以作为“判决先例”，然而自其后，开始进行“判例要旨汇览”的编辑工作，所谓“判例要旨”系指业经编辑选录的判决先例，而这样的制度也几乎影响其后国民政府判例制度。

8.1.3 民初百姓告官，可乎？

民国三年(1914)，袁世凯以大总统教令公布《平政院编制令》，平政院始正式成立。民国二十一年(1932)，始公布《行政法院组织法》及《行政诉讼法》，次年六月，行政法院也才正式设立。

8.2 南京国民政府时期“六法全书”的成形与实际(1928—1949)

8.2.1 “六法全书”法典编纂事业的全面开展

8.2.1.1 宪法！《中华民国训政时期约法》

8.2.1.2 民商法！《中华民国民法典》【民商合一】《公司法》《票据法》《海商法》《保险法》等四大商法。

8.2.1.3 刑法！1935年新刑法典，立法精神已由客观事实主义倾向于主观人格主义；由社会化一般预防，转侧重于个别化特别预防的刑事立法政策，增列保安处分专章，注意于社会安全的防范。

8.2.1.4 民事诉讼法！如公开审判、言词直接审理、自由心证及当事人进行诉讼等最新立法例。

8.2.1.5 刑事诉讼法！如国家诉追主义、职权厉行主义、实体真实主义、辩护制度、附带民事诉讼制度等。

8.2.1.6 法院组织法！1932年《法院组织法》，三级三审制。最高法院，高等法院和地方法院。【审检合署】

8.2.2 党国训政体制下的立法特征

其一，这个阶段的立法，大多在清末民初的法律草案基础上增删而成，主要是继受欧陆法系国家，如德国、瑞士、日本等国的法律，从法律思想、立法原则、法典体例到法律用语，无不深受外来文化的影响；一方面确保了法律实施的延续性，另一方面也降低了立法成本。

其二，比较能观照法律体系间的整合与配套，例如《刑法》修订后，《刑事诉讼法》也随之修改，并同时公布。（《民法》亲属、继承两编制定后，《民事诉讼法》及《民事诉讼施行法》才陆续公布施行。

其三，“党治法制”的色彩浓厚，中央政治会议得议决一切法律，由中央执行委员会之国民政府公布之。

8.3 民国法律文化的几点省思【拓展】

8.3.1 政权转替与法统的“变动性”问题

现在民国法律未经议定颁布，所有从前施行之法律及新刑律，除与民国国体抵触各条，应失效力外，余均暂行援用，以资遵守。¹

8.3.2 超前立法与“法教”问题

法律，对于社会大众的意识，确有莫大的启示作用，从而足以加速促成其意识之成熟。……早熟的立法，在其一时的效力方面，或许要打些折扣，但在启迪人民意识方面，却有极大的作用，我们不妨称之为“法教”。尤其在一个社会需要有重大的变革之时，此种立法上的手段，更为重要。¹

【拓展】

男女平等的原则，在大众意识上似已渐渐生了根。有趣的是，一百年前为“无夫奸”是否该除罪化而争议，近些年来，有关通奸除罪化的呼声似乎也愈来愈大。

8.3.3 传统法律文化与近代法律思潮的“调和”问题

全部民法已由立法院于最近两年中陆续通过，并正式公布了！此后中国已为一个有民法典的国家了，这是在法制史上何等重要何等光荣的一页！但是，我们试就新民法从第一条到第一二二五条仔细研究一遍，再和德意志民法及瑞士民法和债编逐条对校一下，倒有百分之九十五是有来历的，不是照张誊录，便是改头换面！这样

【注意】新的法律文化和现实国民性间，存在着深大的“泥泞”。在这泥泞中，法律近代化这条路显得相当坎坷崎岖。法律创制的超高效率，并不等于司法实践的顺畅。

8.3.4 法治社会乖常现象与法律“在地化”问题

事实上，法制本无绝对的良恶，立法政策端在人为，或以弥补过去的缺点，或随世界法学新潮流而改进，要随社会进化程度而决定。作为一法律继受国，我们固不应以法律本土化为名而闭关自守，甚至自外于世界；但该如何使法律在地化，成为人民真正认同的社会规范，可说是法学界最沉重的使命了¹。遗憾的是，无论晚清还是民国，此份“使命”，距理想目标仍然遥远。

【结语】

“变法难，变法的观念更难”！问题是：如何根据国情采撷西法？如何认识外国法制合于国用者？尤其，在急速的社会变迁中，法律应如何因应新旧文化价值的冲突？为了合理主导社会变迁的方向，又该如何处理“超前立法”或“超文化立法”的可能性？法的继受并不只是法典骨架的移植，法的本身必须适应一个社会的生活才能长出灵肉。

【注意】

检讨过去，无非是为了策励将来，如何联结既往的经验，以把握当下?如何进而提升国际的视野，思考自我与他者之间的关连?如何融入全球化的社会变迁与法律变迁中，而能圆融地运作?或许这才是我们要永续经营的!