

第1册 历代文化沿革

第2册 地域文化

第3册 民族文化

第5册 教化与礼仪学术

第7册 科学技术艺术

第9册 宗教与民俗

第10册 中外文化交流

中华文化通志

第4典

【制度文化】

法律志

◎ 中华文化通志编委会编
◎ 上海人民出版社



郭建
殷啸虎
王志强
撰

中华文化
通志

第

4

【制度文化】

◎ 中华文化通志编委会编
◎ 上海人民出版社

法律志



K203
Z669
:4(9)

中华文化通志·制度文化典 (4—039)

刘泽华 主 编

法 律 志

郭 建 殷啸虎 王志强 撰

上海人民出版社出版、发行

(上海绍兴路54号 邮政编码 200020)

印 刷 深圳中华商务联合印刷有限公司

开 本 880×1270毫米 32开

字 数 348,000

印 张 14.375

插 页 1

版 次 1998年10月第1版

印 次 1998年10月第1次印刷

书 号 ISBN7—208—02282—8/K·501

141577

《中华文化通志》编委会

编委会主任 萧 克

编 委 李学勤 宁 可 王 尧 刘泽华
孙长江 庞 朴 陈美东 刘梦溪
汤一介 姜义华 陈 昕 朱金元
张国琦

办公室主任 张国琦

办公室副主任 王科元

策 划 姜义华 张国琦

76962/02

141577

法律志

作者简介

郭建,1956年出生。1982年获华东师范大学历史系学士学位,1985年获复旦大学法律系硕士学位,毕业后留校任教。著有《中国经济立法史》,《中国民法史》(副主编)、《中国学术名著提要·政治法律卷》(副主编)等。

殷啸虎,1956年出生。1983年获华东政法学院法律系学士学位,1986年获华东政法学院法律系硕士学位,毕业后留校任教。著有《近代中国宪政史》、《中国古代衙门百态》、《中国法制史》(合著)等。

王志强,1971年出生。1993年获复旦大学法律系学士学位,1996年获复旦大学法律系硕士学位,现在北京大学法律系攻读法律思想史专业博士学位。著有《中国学术名著提要·政治法律卷》(撰稿人)、《〈名公书判清明集〉初探》等。

总 序

中华文化绵延了五千年的历史，起伏跌宕；哺育着差不多五分之一人类的身心，灿烂辉煌。它坦诚似天，虚怀若谷，在漫长的岁月里，广袤的土地上，有过无私奉献四面传播的光荣，也有过诚心求教八方接纳的盛事。它以直，健以稳，文而质，博而精，大而弥德，久而弥新，昂然挺立于世界各民族文化之林。

任何一个民族的文化，勿论东西，不分大小，都有它自己的土壤和空气，都有它自己的载体和灵性，当然也就都有它自己的长处和短处，稚气和老练。准乎此，任何一个民族的文化，都有它存在和发展的天赋权利，以及尊重异质文化同等权利的人间义务。每一民族都需要学习其他文化的各种优点，来推动自身发展；都应该发扬自身文化的一切优点，来保证自己的存在，缔造人类的文明乐园。

现在，当二十世纪的帷幕徐徐降落之际，为迎接新世纪的到来，中华民族正在重新检视自己，以便在新的世界历史发展中，准确地找到自己的地位。呈现在读者面前的这部百

卷本《中华文化通志》，便是我们为此而向新世纪的中国和世界做出的奉献。

《中华文化通志》全书共十典百志。

唐人杜佑著《通典》，罗列古今经邦致用的学问，分为八大门类，“每事以类相从，举其始终”，务求做到“语备而理尽，例明而事中，举而措之，如指诸掌”。《通典》的这一编纂方法，为我们所借用。《中华文化通志》分为十典：历代文化沿革典、地域文化典、民族文化典、制度文化典、教化与礼仪典、学术典、科学技术典、艺文典、宗教与民俗典、中外文化交流典。每“典”十“志”。历代文化沿革典十志，按时序排列。地域文化典十志，主要叙述汉民族聚居区域的地域文化，按黄河流域、长江流域、珠江流域排列。民族文化典十志，基本上按语系分类排列。中外文化交流典十志，按中国与周边及世界各大区域交往分区排列。其余各典所属各志，俱按内容排列。

宋人郑樵《通志·总序》有曰：“古者记事之史，谓之志。”“志者，宪章之所系。”指的是，史书的编纂关系到发掘历史鉴戒之所在，所以，编纂者不能徒以词采为文、考据为学，而应在驰骋于遗文故册时，“运以别识心裁”，求其“义意所归”，承通史家风，而“自为经纬，成一家言”。（章学诚《文史通义·申郑》）

本书以典、志命名，正是承续这样的体例和精神。唯本书为文化通志，所述自然是文化方面诸事，其编撰特色，可以概括为“类”与“通”二字。

“类”者立类。全书十典,各为中华文化一大门类;每典十志,各为大门类下的一个方面;每志中的“编”“章”“节”“目”,亦或各成其类。如此依事立类,层层分疏,既以求其纲目分明,论述精细,也便于得门而入,由道以行,俾著者、读者都能于浩瀚的中华文化海洋里,探骊得珠,自在悠游。

“通”者贯通。书中所述文化各端,于以类相从时,复举其始终,察其源流,明其因革,论其古今。盖一事之立,无不由几及显,自微至著,就是说,有它发生和发展的历史。弄清楚了一事物一制度一观念的演变轨迹,也就多少掌握到了它内在本质,摸索到了它的未来趋势。

“通”者汇通。文化诸事,无论其为物质形态的,制度形态的,还是观念形态的,都非孤立存在。物质的往往决定观念的,观念的又常左右物质的;而介乎二者之间的制度,固受制于物质与观念,却又不时反戈一击,君临天下,使制之者大受其制。其内部的诸次形态之间,也互相渗透,左右连手,使整个文化呈现出一派斑斓缤纷的色彩。中华文化是境内古今各民族文化交融激荡的硕果;境外许多不同种的文化,也在其中精芜杂存,若现若隐。因此,描绘中华文化,于贯通的同时,还得顾及如此种种交汇的事实,爬梳剔理,还它一个庐山真面目。此之谓“汇通”。

“通”者会通。“会”字,原义为器皿的盖子,引申为密合;现在所说的“体会”、“领会”、“会心”、“心领神会”等,皆由此得义。《中华文化通志》所求之通,通过作者对中华文化的领悟,与中华民族心灵相体认,与中华文化精神相契合。

这就是《中华文化通志》依以架构旨趣之所在。是耶非耶，知我罪我，恭候于海内外大方之家。

《中华文化通志》由萧克将军创意于1990年。1991年先后两次在广泛范围内进行了论证。1992年组成编纂委员会。十典主编一致请求萧克将军担任编委会主任委员，主持这一宏大的文化工程。1993年1月和1994年2月，全体作者先后齐集北京、广东花都市，研究全书宗旨，商定典志体例，切磋学术心得，讨论写作提纲。事前事后，编委会更多次就全书的内容与形式、质量与速度、整体与部分、分工与协作等问题，进行研究讨论。近二百位作者进行了创造性构思和奋斗式劳作。这项有意义的工作得到了中央领导同志以及各界人士的热情支持。编委会办公室承担了大量的日常工作。上海人民出版社承担了本书出版任务，并组织了高标准高效率的编辑、审读、校对队伍，使百卷本《中华文化通志》得以现今面貌奉献于世人面前。我们参与这一工作的全体成员带着兴奋而又惶恐的心情，希望它能给祖国精神文明建设大业增添些光彩，更期待着读者对它的不当和不足之处给予指正。

《中华文化通志》编委会

内容提要

本志介绍的是中国古代的法律文化。中国古代法律文化是世界法律文化遗产的瑰宝之一,源远流长,独立发展,特征鲜明,和印度法系、罗马法系、伊斯兰法系、普通法系并列为世界著名的五大法系,在历史上曾对东亚地区法律的发展发生过重大影响。

中国古代的法律体系以国家正式颁布的成文法典为主体,以各朝各代增补的单行法规为补充,并辅之以各类行政法规,组成了一个主次分明、简约实用的完整体系。本志介绍了这个体系的形成过程,着重说明了中国法律起源过程的特征。

中国古代法律以法典化而著称,每个朝代都制订了完备的法典,而且这些法典的发展一脉相承,具有明显的连续性,从不因改朝换代而被打断。本书归纳总结了从战国时期的《法经》到清朝《大清律例》,以刑法为主体的律典的演变过程,简介了各朝代法典的基本特点,介绍了以行政法为主体的令典的发展。

“家国一体”是中国传统文化的重要特点,以家族伦理为核心的“礼教”在汉以后就一直是各代法律的指导原则,强调“亲亲”、“尊尊”的家族法、婚姻法及继承法在古代法律中占有重要地位,对此,本书作了充分叙述。

刑法在古代法律中占有头等重要的意义。本书按照基本原则与

通例、刑罚、主要罪名的顺序介绍古代刑法的主要内容和特点。严格按照行为人的社会身份和血缘关系定罪量刑,是中国古代刑法的基本原则;古代刑法有区分故意和过失、首犯和从犯、老小宽宥、同居相隐、自首减免等诸多的通例,以及“十恶”、“八议”、“五刑”等颇具特色的制度,本书对此都作了相当详尽的解说。

本书的另一重要特点,是对古代民法进行了相当深入的探索,归纳了古代民法的一些基本原则,按照人之法、债之法、物权法的分类分别作了介绍。

此外,本书对古代的司法及执法情况、对民国时期的法律也作了介绍,对“六法全书”的体系及几个主要的法典作了说明。

《中华文化通志》编辑出版人员

(以姓氏笔画为序)

总 决 审	陈 昕				
总 顾 问	余志明				
总 监 制	郁椿德				
编辑部主任	朱金元				
编辑部副主任	虞信棠				
责任编辑	王有为	王界云	孔令琴	叶亚廉	朱子恩
	朱金元	汤中仁	苏贻鸣	杨承纮	李 卫
	李文俊	李远涛	吴书勇	宋慧曾	张 玫
	张 臻	张美娣	陆凤章	胡小静	郝盛潮
	秦建洲	顾兆敏	夏绍裘	唐继无	曹文娟
	曹培雷	屠玮涓	虞信棠		
责任决审	王有为	王树鸣	王界云	宋 存	严忠树
	吴慈生	张 玫	张满鸿	周琪生	柳肇瑞
	胡小静	钱雪门	高登瀛	夏国智	黄行发
	魏允和				
装帧设计	吕敬人工作室				
美术编辑	孙宝堂				
监 制	戴 弘				
技术编辑	沈树德	吴 坚	何永康	姜华生	曹伯祥
责任校对	王秀菊	张新宇	陆永洲	陆秉熙	顾伟民
	唐毓华	谈 维	陶雪英	龚养耿	
编 务	朱玉堂	张大潮			

目 录

导 言	1
第一章 中华法系发展概况	11
第一节 习惯法为主的时代	11
一、关于国家与法律的产生	11
二、中国国家与法律起源的特点	13
三、殷商和西周的法制	19
第二节 成文法公布的时代	28
一、成文法的公布	28
二、公布成文法的历史必然性	30
第三节 成文法典为主体的时代	33
一、律令法典体制的确立与发展	33
二、以君主命令形式发布的单行法规	35
三、法律的法定解释	40
四、判例及司法惯例	43
五、关于历代的“式”	46
第二章 一脉相承的法典	49

第一节 律典的发展	49
一、李悝的《法经》与商鞅“改法为律”	49
二、《九章律》和汉律的演变	51
三、曹魏的《新律》	53
四、西晋的《泰始律》	54
五、南朝的梁律与陈律	55
六、北魏的律典	55
七、泥古不化的北周《大律》	56
八、简而不失的北齐律	56
九、承前启后的隋《开皇律》	57
十、集大成的唐律	58
十一、灵活应变的《宋刑统》	61
十二、明朝的《大明律》	64
十三、清代的三部律典	66
第二节 令典的发展	66
一、具有开创意义的曹魏令	66
二、确立令典体制的晋令	67
三、南北朝诸令	67
四、隋唐的令典	68
五、唐以后令典的沿革	70
六、明朝的《大明令》	70
第三节 典章的汇编	71
一、《唐六典》	72
二、元朝的典章汇编	73
三、明朝的《明会典》	74
四、清朝的《清会典》	76

第三章 亲亲及尊尊——亲族婚姻制度	78
第一节 亲族关系	78
一、西周的宗法制	79
二、亲属的范围及等级	81
三、亲属关系的法律效果	83
四、后世的宗族组织	86
第二节 家庭制度	88
一、家长	88
二、三父八母	89
三、家庭关系	91
四、立嗣	93
第三节 婚姻制度	96
一、婚姻的目的与一夫一妻多妾制	97
二、婚姻的成立条件	99
三、婚姻的限制	106
四、婚姻的终止	113
五、对于守节的提倡	117
六、特殊的婚姻形式——赘婿	118
第四节 继承法	120
一、嫡长子继承——身分继承的原则	121
二、继承的开始时间	123
三、财产继承人的范围及其顺序	124
四、财产继承的份额	130
五、遗嘱继承	134
第四章 威吓与预防——刑法的发展	137
第一节 刑法的基本原则及其主要适用通例	137

一、刑法的基本原则·····	137
二、刑法主要的适用通例·····	146
三、贵族官僚在刑法上的特权·····	181
第二节 刑罚制度的演变·····	190
一、以“肉刑”为主的古代刑罚制度·····	191
二、汉以后刑罚制度的改革与隋唐五刑体系的确立·····	200
三、对五刑体系的补充·····	205
第三节 刑法中的主要罪名·····	212
一、十恶·····	213
二、六赃·····	221
三、七杀·····	226
四、公罪与私罪·····	231
五、奸非罪·····	232
六、不应得为·····	235
第五章 有度与均衡——民法的发展·····	237
第一节 古代民事立法的若干原则·····	238
一、各安其位·····	239
二、均衡和谐·····	240
三、自力维护·····	241
第二节 人之法·····	242
一、成丁年龄·····	242
二、人的身分·····	244
第三节 债之法·····	258
一、契约的形式及其成立要件·····	259
二、买卖合同·····	265
三、借贷契约·····	272

四、寄存契约·····	279
五、租佃契约·····	280
六、损害赔偿·····	282
第四节 物权法·····	286
一、所有权的概念及私有土地规模的限制·····	286
二、无主土地、遗失物、埋藏物的处理·····	289
三、动产的质押·····	293
四、不动产的典权·····	296
五、抵押权·····	300
六、唐宋之际的倚当与抵当·····	303
七、永佃权·····	307
第六章 集中与省事——司法制度的演变·····	310
第一节 头重脚轻的司法审判机构·····	310
一、历代的中央司法机构·····	311
二、历代的地方司法机构·····	317
三、法官的培训及其助手·····	324
第二节 诉讼制度·····	328
一、诉讼的限制·····	328
二、管辖·····	333
三、诉讼时效·····	336
四、代理·····	339
五、起诉与传唤·····	341
六、证据·····	352
第三节 审判制度·····	359
一、和息·····	359
二、“辨告”和“三审”·····	360

三、“五听”与刑讯·····	362
四、逐级复审制·····	367
五、裁判的形式·····	370
六、裁判的依据——法源·····	372
七、会审制度及特别审判·····	378
八、法官的个人责任·····	380
九、申诉与直诉·····	384
第四节 其他制度 ·····	386
一、刑罚的执行·····	386
二、赦免制度·····	393
三、留养减免刑罚制度·····	395
第七章 解体与驳杂——近代法律变迁 ·····	397
第一节 近代法律开端 ·····	398
一、丧权辱国的领事裁判权·····	398
二、清末的变法修律·····	400
三、司法方面的变革·····	404
第二节 “立宪”与“宪政”进程 ·····	404
一、清末的“预备立宪”·····	404
二、孙中山的宪法理论和“临时约法”·····	406
三、北京政府时期的立宪闹剧·····	408
四、广州、武汉国民政府的组织法·····	409
五、南京国民政府时期的“训政”与立宪·····	410
第三节 民国时期的“六法全书”体系 ·····	413
一、刑法·····	414
二、民法·····	417
三、行政法·····	423

第四节 民国时期的司法制度·····	425
一、民国时期的司法机构·····	425
二、诉讼制度·····	426
三、领事裁判权的废除·····	430
参考文献·····	435
后 记·····	439

导 言

一

从文化人类学的角度来看,法律是文化的重要层面,无论是在广义的意义上、还是在狭义的意义上的文化概念,几乎都包含着法律这一层面。^①文化的特性在一定程度上是由法律文化表现出来的。要了解某一文化,就不能不注意到它的法律。

法律积聚并凝固了文化的最为核心的价值观念,在大多数情况下,法律将文化最为关键的价值观念凝结为精确的、清晰的文字,提炼成体系化的、具体的、操作性的规范,从而凸现了文化的最为基本的价值观念,使之更容易被接受。比如古罗马法、尤其是古罗马私法对于古希腊、古罗马社会“独立人格”、“平等”、“理性”等文化价值观念的提炼,使得罗马法本身就成为这一灿烂文化的象征之一。罗马法传播至地中海周边的广大地区,产生了广泛而深远的影响。在欧洲近代历史上,经过归纳提炼的罗马法体系的复兴和宗教改革、文艺复

^① 如人类文化学创始人泰勒对文化的定义:“包含知识、信仰、艺术、法律、道德、风俗以及作为一个社会成员所能获得的能力与习惯的复杂整体。”(转引自[美]哈维尔:《当代人类学》,上海人民出版社1987年中译本,第241页。)

兴,被并列视为资产阶级革命的号角。又如中国古代传统文化的最基本的价值观念“忠君”、“孝亲”,都凝聚于古代的法律之中,对于法律的最高赞赏就是所谓的“一准乎礼”,法律与体现传统文化精髓的礼教完全合拍。

法律是文化的最为严厉的规范体系,是捍卫文化核心价值观念的最后的防线。只有法律才能够使得整个社会的成员都合乎文化的价值观念,遵守最基本的要求。法律使用最严厉的手段来惩罚违规的个人,强迫人们遵守一整套合乎价值观念的行为模式。所以法律可以说是文化的硬壳,防止文化受到来自内外各方面的侵蚀,保持着社会的稳定,保证着文化的延续。

精英文化与俗众文化之间总是存在着一定的差距,法律就在这之中起着一种调节的作用。法律把文化的价值观念简化为这样三大类行为准则:不准干的、干了就会遭到某种惩罚的行为(犯罪);可以干、也可以不干、应该如何去干的行为(权利);必须要干的行为(义务),从而使一般的俗众便于接受和遵守。精英有着“己所不欲,勿施于人”之类的对自己行为的主观要求,但对于广大的俗众而言,遵守这些明确的行为规范要容易和方便得多。同时通过法律惩罚或鼓励的典型案列,可以使更多的俗众模仿精英文化,矫正自己的行为。中国古代历来有“明刑弼教”之说,强调法律对于“教化”的重要作用,就表明了法律对于宣传、推广文化基本价值观念的意义。

二

根据上述观点,当谈论中国传统文化时,如果对于中国传统的法律文化不了解,就很难说能够全面地把握中国传统文化。中国古代的法律文化独立发展,源远流长,体系完整,特征鲜明,总称为“中华法

系”，是世界历史上著名的五大法系^①之一，更是中国传统文化的重要标志。

至晚在二千六百多年前的春秋时期，中国法律就已开始了成文法典化的进程。战国时期，讲究实效的法家学说盛行一时，变法图强成为各国政治的关键。成文法典由此更为完备，在变法最为成功的秦国，法律成为治国的唯一手段，在施政及社会生活的各方面都有严厉而明确的法律，后人称之为“秦法繁于秋荼，而网密于凝脂”（《盐铁论·刑德》）。但秦国统一全国后，二世而亡，继起的汉朝不再单纯迷信法律，“以霸王道杂之”（《汉书·元帝纪》）。法典的修订和解释都逐渐贯彻这一精神，儒法合流，德主刑辅，中华法系就此逐渐定型。在战乱频繁的三国两晋南北朝时期，法典的制定与颁布却也相当频繁，中华法系的法律体系得到了完善。唐朝在这些发展的基础上总其成，制定了空前完备的法律体系，其法典及其法定解释《唐律疏议》是中华法系最具代表性的法典，为后世长期沿用。唐以后的各朝法律遵循唐朝法律的基本精神，保持着中华法系的基本特色。总的发展趋势是更注重法律的实用性，突出强调法律对于维护皇朝统治的作用。明朝以唐为楷模，又总结宋、元的经验，建立了完整的法律体系，被以后的清朝全盘继承，一直沿用至近代。

上述的中华法系的发展过程几乎没有被外来文化打断过，尽管中国历史上有过多次少数民族皇朝的统治，但法律的发展很少受这些少数民族习惯法的影响。相反中国古代法律对于境外其他国家却曾有过巨大的影响。和罗马法在欧洲地区、伊斯兰法在阿拉伯诸国通行的情况相仿，中国法律在太平洋西岸的东亚诸国及中亚地区也曾

^① 法系一词为法学术语，指自成体系的法律文化。世界法制史上所称的五大法系，一般是指罗马法系（亦称大陆法系）、中华法系、印度法系、普通法系（亦称英美法系）、伊斯兰法系。

发挥着持久的影响力。如唐律曾经成为日本、高丽等国立法的蓝本。以后明律也曾被朝鲜、日本、琉球、越南等国当作立法的楷模。

中华法系的独立发展,长期保持着自己固有的传统,具有着鲜明的特征。与世界上延续时间最长的其他四大法系相比,中华法系最突出的特点就是将法律完全视为人为的规范体系,既不像印度法系、伊斯兰法系那样将法律视为神的直接旨意或启示,也不像罗马法系、普通法系那样将法律视为一种间接反映神的旨意的、囊括人类生活各方面的伟大传统。在中华法系的传统中,神的旨意没有立足之地。先秦诸子对于法律起源的探讨大多从人类生活本身寻找原因,并都认为法律实际上只是政治统治者的创造物。虚无缥缈的神喻、芸芸众生的惯例都被排斥于法律之外。因此中华法系以其制定法,以其体系明确完整、结构逻辑严密的法典而著称于世。然而这也同时造成法律与民间的习惯脱离,难以得到民间自觉遵守的弊病。

和其他的四大法系一样,中华法系中法律之上依然有着更高层次的规范体系,这就是“礼教”。礼教不是一般意义上的宗教,并不被认为是一种尊崇神的意志、供奉神的体系。礼教是重人事的,它以家庭伦理为核心,并以此展开成为包容人们生活各个方面的体系,法律必须遵循礼教原则。然而和其他法系有所不同的是,中华法系并不要求把礼教的各个方面都细化为具体的、可操作的法律规范。所以法律并不具有包容一切规范的地位,法律的裁决也远远不是最权威的评判。

中华法系一直视法律为君主进行政治统治的手段之一,君主本身是凌驾于普通的法律之上的。春秋战国时期的诸子百家的论述,无论何家何派,在法律完全为政治统治工具这一点上是毫无异议的,分歧只是这种统治工具在政治统治中应占据何等的地位而已。后代一直强调“法自君出”,君主拥有立法的全权,所有的古代法典都是以皇帝的名义发布的,皇帝的敕令也一直是最重要的法规来源,所谓“三

尺(指法律)安出哉?前主所是著为律,后主所是疏为令,当时为是,何古之法乎!”(《汉书·杜周传》所载杜周对法律性质的说明)皇帝同时又是最高的法官,一切重案的最后裁决权都在皇帝掌握之中,所谓“擅杀生之谓王,能利害之谓王,何格令之有?!”(《宋史·刑法志》所载宋徽宗对司法官员的训诫)。皇帝也不受法律的约束,除了其内心的自我约束以外,理论上并不存在其他的制约机制。

法律既然一直被认为仅仅是政治统治的工具,那么其主要任务也就被缩小界定为镇压反抗、维持统治。由此形成了中华法系“重刑轻民”的传统特色,刑事立法始终是统治者立法和讨论的中心课题。同时政治统治与司法审判也就完全合一,各地的官府就是法院,各地的官员就是法官。其诉讼审判制度的目的也就不能不是以贯彻官府的政令为核心,而视民间的诉讼为对政府施政的干扰。

与其他延续时间较长的法系相比,中华法系另一个不那么明显的特点是从未出现一个职业法学家集团。由于中华法系把法律视为政府施政的手段,所以从不允许民间自行研究探讨法律问题。战国时法家代表人物商鞅、韩非都主张禁止“私议”,而传说中称子产杀教人诉讼的邓析,于是“民心乃服,是非乃定,法律乃行”(《吕氏春秋·离谓》)。这样一来,像古罗马时代那样的民间职业法学家阶层也就无从产生,执法的官员在官场上不停地流动,也不会形成如同英国中古时期那样职业化的法官集团。没有职业化的法学家阶层,使得中国古代法律及法学的发展缺乏后劲,尽管在立法技术、刑法学等方面达到了很高水平,但在唐朝以后却长期停滞,没有能够使法律及法学得到进一步发展。

三

中国古代法律一直被视为政治的重要工具,在以记载政治史为

主的史书中,很早就将法律作为重要的内容,也很早就出现了对于法律的历史进行归纳分析的著作。东汉时班固著《汉书》,其中的《刑法志》,可称之为中国最早的法制史专著,它试图以儒家的观点总结和归纳至当时为止的法律发展历史。后代的正史大多有《刑法志》专篇,专门记载一代的法制发展轨迹,论述一代的法制经验,是法制的断代史。其中唐代撰写的《晋书·刑法志》、《隋书·刑法志》分别记载了汉至晋、晋至唐的法制历史,具有法制通史的性质。

法律是历代典章制度的重要组成部分,在记载历代典章制度的书籍中,法制的內容也占有重要的地位。唐杜佑著《通典》有《兵刑》门,后来《通志》及《文献通考》也都有《刑法志》、《刑考》。宋人王溥的《唐会要》有《定格令》、《议刑轻重》等目,从而为以后的会要体书籍开创了记载法制史的体例。官修的大部头类书如唐代的《艺文类聚》有《刑法部》,宋代的《太平御览》有《刑法部》。清代的《古今图书集成·祥刑典》,达一百八十卷之巨,除记载法制的內容以外,还用了不少篇幅记载历代有关法制的评论。

另一些以总结政治历史经验为目的的书籍也往往将法制史作为其总结的一个方面。如明邱浚所著《大学衍义补》就专门列《慎刑宪》之目,列举历代法制方面的內容,试图归纳一些规律性的历史经验。

历代正史的《刑法志》及典章、类书的记载,是官方史学家对于法制史的总结,反映着官方的正统观点,虽然保留了大量的资料,但总的来说缺乏有眼光的分析研究。直至晚清时,在列强入侵的冲击下,一些法学家对传统的法律体系发生了怀疑,开始使用批判的眼光来看待当时依然在实施的法律,在新的高度上总结法制历史的经验教训。如薛允升的《唐明律合编》,沈家本的《历代刑法考》等系列著作,开创了研究法制史的尝试,中国法制史由此开始形成一门独立的学科。尤其是后者的著作,全面归纳了传统法制的一些最主要的内容,并进行了相当深入的考证及评判,具有很高的学术价值。但可惜的是

这些著作直到民国时期才得以收入《沈寄篻先生遗书甲编》，仅以刻本发行，流传不广，削弱了这些著作的影响力。

清末及民国时期不少学者以近代方法研究中国法制史及法律思想史，出现了很多有关的专著。其中较有影响的著作如梁启超于1906年撰写的《中国法理学发达史论》、《论中国成文法编制之沿革得失》，具有开创性的意义。民国时期程树德的《九朝律考》，邱汉平的《历代刑法志》等著作在法制史研究的资料方面有重要价值。杨鸿烈的《中国法律发达史》为当时最完整的中国法制史专著，而其《中国法律思想史》则是最早的法律思想通史。其另一著作《中国法律在东亚诸国之影响》，开创了对中华法系外延的研究。出版年代较晚的瞿同祖《中国法律与中国社会》一书，以社会学及文化人类学的方法研究中国法制史，突出分析了中国传统法律的基本精神及主要特征，具有重要的研究价值。

中华人民共和国成立后，中国法制史的研究进入了新的阶段。尤其是在十年内乱结束后，出版了数十种中国法制史及中国法律思想史方面的专著、教材，发表了大量的学术论文，对一些法制史资料进行了整理，取得了丰硕的成果。台湾地区的学者在这方面的研究工作也取得了很大的进展。这些成果和进展主要表现在以下几个方面：

首先，在对传统法律及制度的考证方面达到了新的高度。依靠考古发掘的成果，掌握了大批新的资料，如新出土的商周时代的青铜器铭文、吐鲁番北朝隋唐时期文书、湖北云梦睡虎地秦简、江陵张家山汉简，以及最近刚发现的长沙东吴简牍，大大丰富了对于古代法律及制度细节进行研究的资料。另外对于传统文献资料的研究也进一步深入，除各类史籍以外，还对于档案、碑铭、族谱、契约文书等进行分析，发掘出大量前人所忽略的资料。这就使得中国法制史的研究具有了坚实的基础。

其次，在研究的领域方面有了新的突破。对于各个主要的部门法

的研究都取得了成果。过去对中国法制史的研究多集中于刑法史方面,近年来民法史的研究受到了重视,出现了多部有关的专著。另外,中国经济法史、中国司法制度史等方面也有专著问世,其中有不少达到了相当高的水平。同时对于断代法制史的研究也取得了很大的进展,出现了很多断代法制史专著。还开展了对于少数民族法制史的研究工作,取得了令人瞩目的进展。

再次,采用了多种研究的方法。在建国初期,运用马克思主义的历史唯物主义与辩证唯物主义的方法,深入剖析了传统法律制度的阶级性质,将中国法制史的研究提高到了全新的境界。改革开放以来,研究方法多元化,如采用比较研究的方法,对照同时期中国与西欧的不同的法律发展轨迹;采用定量分析的方法,详究古代法制的细节及其实施情况;结合制度史、思想史进行研究,除法学外,还从哲学、社会学、文化人类学的角度分析传统的法律及制度,尤其是注重对于法律及制度的实施情况、民间惯例的研究,使得中国法制史的研究得到了进一步的深入。

中华法系一直是世界法学界的热门研究课题。二十世纪初,日人浅井虎夫首创以近代研究方法研究中国法制史,其著作《支那法制史》很快被译为中文(称《中国历代法制史》或《中国法制史》)铅印出版,在当时有较大的影响。以后日本法学界有不少学者致力于此,如中田熏、仁井田陞等,在这一领域取得很大的成就。尤其是仁井田陞的《唐令拾遗》、《唐宋法律文书の研究》、《中国身份法史》,号称三大名著,其大量的著作论文在其去世后收入《中国法制史研究》(四集),是研究中国法制史的重要参考资料。又如滋贺秀三《中国家族法の原理》一书,堪称这一方面的力作。

欧美国家对中国法制史的研究也有不少优秀的成果。早在上一世纪,就出现了描述当时中国法律制度的西文书籍,较为著名的如约翰·亨利·格雷(John Henry Gray)的《中国:法律史,人们的风俗与

习惯》(*China: A History of the Laws, Manners and Customs of the People*)等。近代最著名的著作如狄克·布迪、克拉伦斯·莫里斯(Derk Bodde and Clarence Morris)的《中华帝国的法律》(*Law in Imperial China*)等。

四

本书作为中华文化通志之一,编写的主要出发点即基于上述的这些原则。由于篇幅的限制,本书很难做到面面俱到地叙述中国传统法律文化。因此,我们的写作意图是力求完整、准确地叙述中国传统的法律文化的基本内容、主要的发展轨迹,实事求是地作出简要的评价。

现有的中国法制史著作大多采用按照历史朝代沿革顺序进行介绍。然而这样的写法容易造成内容的重复,而且也容易形成面面俱到而缺乏深度的情况,因此本书采用按专题进行叙述的本末体。鉴于通志另有《法学志》,本志对于法律思想史方面的内容就不作重点叙述。根据制度典的特性,结合制定法律制度的指导思想的研究,我们拟概括介绍中国传统法律体系的形成及构成情况,主要篇幅集中探讨最重要的部门法——刑法、民法、家族及婚姻法方面所反映的中国法律文化特色,尤其突出对于民法史的介绍。法律的实施是法律文化的重要方面,因此还将用较多的篇幅研究中国传统的司法制度。严格地讲,自二十世纪初变法修律以后,中国传统法律文化已经解体,不再是完整的体系,法律的形式与内容都发生了深刻的变化。而中华民国时期所建立的西方化的法律体系在很大程度上并没有被中国社会接受,实际生活中依然是传统的法律观念起着决定性的作用。为存一代之制,本志拟简要对此加以叙说。

如上所述,法制史的研究已具有了很高的起点,本志力求坚持学

术研究的高起点,综合现有研究成果,力求成一家之言。但因篇幅有限,对于一些有所发挥的内容,只能不展开讨论,略去考证推理的细节,概要地说明我们的观点,至多用脚注略加说明。对争论较大、尚难有定论的一些问题,一般取通说,或也在脚注中提示有不同的看法。

第一章 中华法系发展概况

第一节 习惯法为主的时代

中国法制的发展源远流长。从原始氏族习惯到阶级社会初期的习惯法及早期成文法,以及随着社会文明和法律文化的不断发展,公布成文法运动的兴起,这期间经历了一个漫长的过程。与人类社会其他方面的发展一样,相对于此后法制的进步,这一阶段的步伐显得沉重而缓慢。如果撇开各种争议,从所有学者都承认已出现国家和法律的殷商时开始,自公元前十六世纪,到公布成文法运动兴起的公元前六世纪,法律从产生到完整公开,经历了千年岁月。

一、关于国家与法律的产生

根据传统法学对“法律”的定义,法律是由社会经济基础决定、由国家制定或认可、由国家强制力保障实施、规定人们在社会中权利和义务关系的社会规范。这样,法律便与国家有着不可分割的紧密联系。在国家产生之前,自然不会有法律的概念,因为那时根本谈不上“国家制定或认可”、“国家强制力保障实施”的社会规范。而国家,按

照经典理论的观点,是阶级矛盾不可调和的产物,国家的产生必然伴随着暴力以及对统治秩序以法律手段加以肯定,因此,法律的产生与国家的产生是相一致的。

国家产生的具体时间,根据史学家们对史料的不同理解和对国家产生标志的不同判断,有许多说法。即使在同样的理论指导下,也有诸多不同观点。如郭沫若在《中国古代社会研究》中认为殷商时代仅是原始社会末期,后来又在《殷周奴隶制度考》中修正了这一观点,将国家形成的时间推前到殷商。吕振羽《史前期中国社会研究》中更明确提出传说中的尧舜禹时期为母系氏族社会,夏代是父系本位时期,殷商才进入奴隶制社会。此后,学界流行的主要观点,又以夏代为国家产生的开始,如郭沫若主编《中国史稿》、范文澜主编《中国通史》、翦伯赞主编《中国史纲要》等。但由于文字记载的简略,且这些记载的史料价值尚未得到公认,难以完全作为信史对待;特别是没有出现真正有说服力的考古发现以证明夏代的存在,对夏文化的发掘尚处在探索阶段,因此以夏代为中国国家产生开始的观点受到不少学者、尤其是海外学者的怀疑。这不能不影响到对法律产生时间的判断。

法律作为一种社会规范,有其客观规律。随着国家的产生,此前的一些社会习惯、规范被赋予了法律的性质,但这些习惯的具体内容本身并不与国家有必然的联系,如在氏族社会普遍存在的血亲复仇习惯,即所谓“以眼还眼,以牙还牙”,到国家出现以后通过惯例形式确定下来,如以“礼”的形式确立了不同仇杀的对待方式:父仇不共戴天,兄弟之仇不返兵(不另取兵器),朋友之仇不同国(《礼记·曲礼上》);《周礼》称只要向国家官吏“朝士”登记仇人姓名,便可以自行复仇(《周礼·秋官·朝士》)。再如原始时期普遍存在的司法裁判形式“神判”,由神来判断是非,作出最后的裁决。这种神判的原则,从古老的獬豸传说中可见些史影。这种神兽有的说像牛,有的说像羊,有的

说像鹿,还有的说又像熊,等等,无论如何,它能够判断是非真伪,其作用如《西游记》中能辨别真假猴王的那头异兽,能“触不直者而去之”(《说文·法》)。这一形式在国家产生后一定程度上被保留,如商代甲骨文中卜问是否施用刑罚的记载^①,还有氏族外婚,与后来的“同姓不婚”制度等等,可以说,早期的法律基本上都可以在国家产生以前的社会中发现其史影。考察法律的起源,不能脱离前阶级社会的各种观念、习惯,以及各种具有准司法机关性质的机构。恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》一文中,就充分重视了两者之间的紧密联系。所以,将法律的起源简单化,过分强调其与国家的关系,而忽视其本身的发展规律,是偏离历史真实的。事实上,在原始时代末期,就已经产生了各种法律具体内容的雏形,甚至是形式上很完备的规范。

二、中国国家与法律起源的特点

从现有的文献和考古材料来看,在现代中国的版图内,在许多地区都很早就出现了人类的活动。其中不少部族先后发展了相当先进的文化,具备了国家和法律的雏形。现在所知的有较多文字遗存的先

^① 如卜问施用刑的后果:“刑宰八十人不𠄎(死)?”(《甲骨文合集》580正;下引此书者不注)“贞:刑宰不𠄎?”(581)“丁巳卜,亘贞:刑若?”(6001正)“辛卯卜,𠄎贞:刑?”(6007)“其刑多𠄎?”(《小屯南地甲骨》857)卜问施用宫刑的后果:“庚辰卜,王朕𠄎羌不𠄎?”(525)有学者引《殷契佚存》第850片(即合2510)、《殷墟文字乙编》4604片(9671正)、《殷契粹编》487片(31071)以为例证,可商榷。《佚》850有学者释为“丁卯卜,兹人井(刑)不?”甲骨文中“井”并无“刑”字意,且“井”皆不作“井”。中间加点首见于周代金文。商承祚:《殷契佚存考释》认为𠄎乃一字(《殷契佚存》,金陵大学中国文化研究所,1933,第93页),其意待考。窃疑因右上角残而致缺文,难以通释;又拓本可见裂痕,不知是否缀合致误。《乙》4604、《粹》487或引为“贞:王闻惟辟?贞:王闻不惟辟?”和“惟王又作辟”,原刻中“𠄎”和“𠄎”,同字异构,甲骨文中凡37见,除文辞残缺不能通读外,均作“有凶咎、灾祸”解,动词,隶定作“辟”,诸家无释“辟”者。参见王国维:《释辟》,见《观堂集林》卷六;李孝定:《甲骨文字集释》,台湾历史语言研究所1970年版,第429页。

进部族,主要都生活在黄河流域:由西向东,分别是周、夏和商部族的先民。他们的文化有相互影响、继承关系,所以孔子说:“殷因于夏礼”,“周因于殷礼”(《论语·为政》)^①。这三大部族在时间上是并存的。在传说中的夏统治时期,商部族已活跃于黄河中下游,畜牧业、农业都有一定发展;商统治时期,周人已在周原(今陕西岐山)获得了充分的发展;到周人主中原之地,夏遗民被封于杞,商遗民封于宋,各自有相对独立的发展空间。因此,中国法律起源的特点,在当时及后世对三代的记载中,都可窥见其端倪。这些特点主要表现为以下几方面:

(一) 部族首领的政治权力不断强化

在中国国家形成的过程中,政治权力的集中和强化极为显著。根据《史记·五帝本纪》中记载的传说,黄帝率领本部族先后战胜炎帝和蚩尤,“天下有不顺者,黄帝从而征之”,尧、舜领导众人祭祀天地、山川、百神,禹则主持了著名的治理洪水灾害的工程,这样,个别的部族上层成员凭藉在部族活动中出色的领导才干和政绩而赢得了相当大的政治威望和权力。“国之大事,在祀与戎”(《左传·成公十三年》),正是在带有浓厚宗教色彩的祭祀祖先的活动和需要统一领导指挥的如战争一类的大规模部族活动中,首领的政治权力得到迅速强化。据《史记》记载,舜尚在世,禹已功高震主,传说在会稽山大会诸侯时,“防风氏后至,禹杀而戮之”(《国语·鲁语下》),禹已拥有了生杀予夺的大权;取得首领地位后禹则拥有了比舜更大的独裁权力,得以“传子而不传贤”,“天下为公”一变而为“天下为家”,开始了被明清

^① 关于传说中的夏、殷商、周三代的文化继承关系,王国维曾主张,“夏、商二代文化略同”,“中国政治与文化之变革莫剧于殷周之际”(《殷周制度论》,见《观堂集林》卷一〇,密韵楼本,1929)。对后一论断,后来学者多有所辨正,参胡厚宣:《殷代封建制度考》,载《甲骨学商史论丛初集》,齐鲁大学国学研究所1944年版;陈梦家:《殷墟卜辞综述》,中华书局1992年版,第629—631页。

之际思想家黄宗羲认为“以君为主，以天下为客”（《明夷待访录·原君》）的局面。在这样空前膨胀的政治权力催使下，与普通部族成员相分离的公共权力呼之欲出了，而原始的“法律”也就渐渐具有了现代概念上的意义。

部族首领权力的强大在商、周两代也很明显。尽管当时所谓“王”、“天子”还只是本族的首领和方国的盟主，但权力的逐渐强化却是大势所趋。以商代为例。至商中后期，王权已极为煊赫。《尚书·盘庚》^①所反映的在迁都过程中商王盘庚的地位和作用即是明证。甲骨文中，商王自称“余一人”^②，可以受到上帝和先公先王的佑护^③；特别是在晚期卜辞中，商王的祖先与人们的关系日益密切，其保护子孙并给予佑助的性质被不断强化^④，甚至被冠以至上神“帝”的称号^⑤；至商末，王已经能亲自进行原由卜人垄断的占卜。这些现象，都反映出王权在殷商后期的不断扩张。

在世界其他的许多地区，尤其是以农业为主要生产形态的社会，国家形成的初期往往都伴随着个别首领权力的强化，形成政教合一的权力中心。如古埃及的法老制，又如在制定《汉穆拉比法典》的古巴比伦，国王总揽行政、立法、司法和祭祀权，国王汉穆拉比宣称自己作为诸神的代理人统治国家。而只有在极少数地区，如古代希腊，才出现了空前发达的民主制，成为人类精神财富的瑰宝。但对于包括中国

① 《盘庚》多被指为后出，见吴其昌：《殷墟书契解诂（四续）》，载《国立武汉大学文哲季刊》第四卷第四号，1935年；郭沫若：《先秦天道观之进展》，商务印书馆1936年版；陈梦家：《尚书通论》，中华书局1985年版，第207页。但或可视为记殷商事而写定于后世的文献，聊补史料不足。

② 胡厚宣：《释“余一人”》，载《历史研究》1957年第1期。

③ 陈梦家：《殷墟卜辞综述》，第568—570页。

④ [日]伊藤道治著、蔡凤书译：《殷代史的研究》，见《日本考古学研究者·中国考古学研究论文集》，东方书店1990年版。

⑤ 李学勤：《殷代亲族制度》，载《文史哲》1957年第4期。

在内的其他一些世界古代文明,国家在出现之初便与专制的倾向有着不解之缘,这也深刻影响了此后法制的走向。

(二) 原始的习惯转化为法律

在中国史前文明的漫长发展中,形成了许多部族习惯。这些原始的习惯,在国家形成的过程中,转化为具有法律意义的规范。作为社会规范,何者为国家强制力保障实施的,何者为社会一般行为准则,两者在很长一段时期内并无泾渭分明的严格区分,突出表现在古代中国的礼制中。

礼,古文写作“豊”,下部的“豆”为盛器,“王”为古“玉”字,像以器盛玉献祭于祖,实际上是一种早期祭祀活动的仪节。关于它的起源,有“礼之初,始诸饮食”的说法,即指礼产生于日常饮食活动。记载古代礼仪制度颇为详尽的史籍《仪礼》中,有《乡饮酒礼》、《燕礼》,分别记述在乡间和国朝有关喝酒吃肉和音乐伴奏的一系列繁文缛节(当然,其中的内容已被后人繁缛化了),从中可以推知“礼”在初始时只是原始民关于分配食物次序之类的有关习惯,后演化为供祭祖先的习惯。王国维说,“盛玉以奉神人之器谓之礼,推之而奉神人之酒亦谓之礼,又推之而奉神人之事通谓之礼”(《观堂集林·释礼》)。“祭”,《说文》称“祭祀也,从示”,注:“从肉,从又;又,手也”,就是手持肉置于祭台之上。这一系列仪节统称为“礼”,后来逐渐成为各种习惯仪节的通称,并具备了有强制规范作用的法律的意义^①。在早期,原始习惯并未经过国家机关大规模整理、认可,而是继续作为社会的平衡器,在国家状态下发生作用。在这个意义上,我们说春秋以前的中国社会,是处于习惯法为主时期。这一时期延续时间长,向成文法典为主的时期过渡缓慢,旧有习惯长期主宰社会并具有较强的约束力,对此后中国法制道德主义的倾向有深刻的影响。

^① 礼在后来尤其是西周的发展、改造,参见下文。

（三）氏族血缘的纽带更加强韧

在任何地域和民族中,国家和法律的出现,都不可回避地要面对原始时代旧有的氏族血缘关系。对欧洲古代社会,研究者们认为,在国家形成过程中,渐渐出现了与旧氏族组织不同的一系列特征,其中包括按地域标准来划分其管制下的公民摆脱氏族血缘的联系纽带^①。但此后不少研究者提出东西方文明在早期形态上有所区别的观点,这给我们讨论中国国家与法律起源的特点以重要的启示。

国家的前身是生产力发展水平较高的父系氏族社会。在这种社会形态下,血缘纽带是维系社会关系的唯一手段。在以农业为主的当时中国古代社会^②,安土重迁的客观需要更使宗族成为政治结构的主要单位。稳固宗族关系是当时政治生活的重要内容。章太炎认为,《孝经》提倡的内容就是夏代的法律(《孝经本夏法说》),《吕氏春秋》引《商书》也说:“刑三百,罪莫大于不孝。”如前所述,由于中国国家形成过程中,祭祀活动扮演了极其重要的角色,部族首领统率属众祭祀祖先,以加强本集团的凝聚力。被祭祀的祖先因此而具有神性。在商代,祖先崇拜在殷人思想中占有突出地位。甲骨文有大量反映祭祀活动的内容。当时祭祀进行频繁,规模浩大,仪式繁缛^③。虽然至上神“帝”与祖先并非两位一体,但由于前者没有完全人格,不受人间享祭,因此需要后者作为供其驱遣的“帝臣”受世俗的享祀,沟通下民与上帝间的消息。祖先被认为有作祟和福佑的能力,王经常假托祖先发号施令,《尚书·盘庚》的记载中有商王

① 恩格斯:《家庭、私有制和国家的起源》,见《马克思恩格斯选集》第四卷,人民出版社1995年版,第170—171页。

② 以殷商为例,陈梦家列七项证据说明当时农业之发达:卜辞载有农作、卜问受年、祈雨、严密历法等现象、文献称殷人酿酒而酿酒需大量粮食、考古发现大量农具、当时客观地理条件,参见《殷墟卜辞综述》。

③ 需要指出,这里的“祖先”,还包括女性,即甲骨文中所谓“匕(妣)”。

盘庚的告谕，“乃祖乃父，乃断弃汝，不救乃死”，“乃祖乃父，丕乃告我高后，曰：作丕刑于朕孙。迪高后，丕乃崇降弗祥”，就是说你们如果违命，你们的祖先将不拯救你们的苦难，并且将要求我的先王用大刑惩罚你们，降下无穷的灾患。西周推行宗法以及同姓不婚之制，以强化血缘纽带和宗族关系，并以诸多同姓及联姻的异姓之国来拱卫王室，保障统治秩序的长治久安，都是在法律和政治制度上使血缘纽带更为强韧的主观努力。

这样，在中国国家的形成过程中，血缘的联系非但没有被打破，反而愈加紧密。这种局面，与专制主义政治相呼应，强调君父的绝对权威，筑就了家国一体的牢固格局，并直接造成了后世法律中的家族主义特色。

（四）刑起于兵

除祭祀外，战争是加快政治权力集中的主要催化剂。前面曾提到黄帝进行的战争，此外尧、舜时代有所谓“三苗之乱”、“四凶之恶”，都是以暴力加以翦除。传说禹的儿子启刚取得首领地位时，有扈氏部族不服，启即对其发动征讨，兵戎相见。

法律（主要是刑法）在起源时期，留下了很多战争的痕迹，兵刑之间有着紧密的联系。《国语·鲁语上》说，“大刑用甲兵，其次用斧钺；中刑用刀锯，其次用钻凿；薄刑用鞭扑，以威民也。故大者陈之原野，小者致之市朝”。结合传统“五刑”的说法^①，钻凿，指墨刑和眚刑；刀锯，指劓刑、宫刑；斧钺指大辟刑；鞭、扑是官刑、教刑之类较轻的刑罚。“甲兵”则就是指“致之原野”的大规模武力征伐。《易经》有“师出以律”的记载，“律”在当时是指乐律，如后世鸣金、击鼓之类，是号令的代名词^②，后来成为“法”的主要形式之一。现存最早的刑事法律方

^① 五刑，见本志第4章第2节。

^② 武树臣等：《中国传统法律文化》，北京大学出版社1994年版，第118页。

面的记载,都是在战争中颁布的,如传说中夏启攻败有扈氏前发布的《甘誓》,其中宣布,现在我们对有扈氏进行讨伐,车左、车右和驾马的军兵们如不努力作战、履行职守的,都是不奉我命。奉命而行的将在祖庙行赏,否则将斩杀于神社,并要辱及后嗣。商汤伐夏桀前的《汤誓》和周武王伐殷纣前的《牧誓》中,都有类似的内容,宣称将对不从誓辞的人有刑无赦。刑罚体系上,肉刑的“断支体、刻肌肤”,事实上也是战争中创伤的再现。由于国家和法律形成初期,适用于本部族的主要仍是原始时代的习惯,只有对异族才使用“刑”,就是所谓“刑以威四夷”。刑在当时主要对异族俘虏适用,其后才渐渐推广开来,但肉刑对贵族仍是限制使用的。

此外,司法与兵政的主持者当时是合而为一的。传说最早的司法官皋陶被舜称为“士”(《尚书·舜典》),追述西周制度的《周礼》中主要的司法官中仍有士师、乡士、遂士、县士、方士等各种“士”,而其本意是军旅中的职称。

刑罚体系因战争日益完备、发达,这在中国法制史上打下了深刻的烙印。刑罚主义成为中国传统法制的基调之一。

三、殷商和西周的法制

英国法律史学家梅因通过对各国法律发展的研究,指出“‘习惯法’以及它为一个特权阶级所密藏的时代,是一个很值得注意的时代。这个时代的法律学处于怎样一个状态,其残留痕迹到现在仍然可以在法律的和民间的用语中发现。这种专门为有特权的少数人所知道的法律,不论这少数人是一个等级,一个贵族团体,一个祭司团体,或者一个僧侣学院,是一种真正的不成文法”^①。这对研究中国古代

^① [英]梅因:《古代法》,商务印书馆1959年版,第8页。

法律史有重要的启示。中国法律的发展,事实上也经历了相似的阶段,虽然在许多具体的方面不尽相同。

商周(主要指西周,下同)是以习惯法为主的时期,这时法律发展尚处于早期阶段,法律主要表现为一些原始社会长期以来形成、为公众所信守的习惯和对此有意识的一些改造。这种改造活动使国家意志、统治集团思想越来越多地影响法律的规范。到西周初年,以周公为首的周贵族对礼制的改造,使更多的习惯纳入了国家和社会公共意志的轨道,并逐渐体系化。当时已先后有了一些成文法律的制定活动,但这些法律或者是因特定条件而因时因事发布的具体命令,或者仅仅是一些较抽象的原则性规定,可能还有一种是具体的惯例汇编。在处理具体案件时,被委派的各级司法官并不引述具体的条文规定,而只是依据对原则、惯例的理解,来确定最终的裁决。因此我们认为商周时代并非没有形诸文字的法律,而是这些规范与后世成文法公布以后的法律在条文的具体形式、内容及其适用上,有不同程度的差别。所谓习惯法为主时代,是指在当时的社会生活中,法律主要表现为过于抽象的原则或过于具体的惯例,缺乏系统、严密的逻辑联系,远不能涵盖丰富的实践状况;而成文法律并不完全公开,法律的执行主要由贵族因事临时处断。

(一) 商周古文字中有关“法”的概念

法,古字写作“灋”,甲骨文中尚无此字,而最早见于周代金文,凡七例,作“大”解一例^①,余均解作“去、废”之意。^②

刑,商周时写作“井”或“𠄎”。“井”,甲骨文中凡八十四见,其中作地名六例,作人名“妇井”七十五例,因残缺不可解读者三例,还没有

^① 《大孟鼎》“灋保先王”。

^② 均作“勿灋(废)朕令(命)”,见《大孟鼎》、《师酉簋》、《克鼎》、《师虎簋》等。

刑罚、刑法的意思,更没有法律规范之意^①。周代金文中“井”七十一见^②,除用作地名、人名四十九处外,大部分作“遵循、以为楷模”解,共十五例^③;余作名词如“法律规范”意五例^④,作动词如“施刑罚”二例^⑤。后七例共有五件器,根据郭沫若的判断,分别为成王器一^⑥,恭王器一^⑦,宣王器二^⑧,战国器一^⑨。“刑”,甲骨文中尚无此字^⑩,周代金文中刑作“勑”,凡三见,一用作人名^⑪,余作法律规范意^⑫,都释为东周器^⑬。对“刑”字,梁启超提出其本意为“型”,即铸器之范,转而有规范之意^⑭,这是极有见地的。我们推测“井”应本从“型”生意,作“器范”解,转而有“遵循、以为典范”的意思;到了东周,为有别于原来的用法,又因为刑罚有杀戮之意,故加“卩”部,衍为“荆”,即“刑”。

“律”,甲骨、金文均无此字,是后来才有的。

因此,统称现在意义上的法律为“法”、“刑”、“律”等,都为殷商之后的用法。

-
- ① 姚孝遂、肖丁:《殷墟甲骨刻辞类纂》,中华书局1989年版,第1105—1106页。
 ② 周法高等:《金文诂林》,香港中文大学1975年版,第3283—3285页。
 ③ 见《沈子簋》、《录伯簋》等,不具列。
 ④ 如《班簋》:“文王亡(无)弗衷(怀)井”;《牧簋》:“不用先王作井”,“女(汝)毋敢(弗帅)先王作明井用”;《毛公鼎》:“女(汝)毋弗帅用先王作明井”等。
 ⑤ 《兮甲盘》:“敢不用令(命)劓即井”,“毋敢或有人寗(壘)交(充)寗,劓亦井”。
 ⑥ 郭沫若:《班簋》,见《两周金文辞大系考释》,科学出版社1957年版,第20页。
 ⑦ 《牧簋》,见同上书,第75页。
 ⑧ 《毛公鼎》、《兮甲盘》,见同上书,第135、142页。
 ⑨ 《秦公钟》,见同上书,第250页。
 ⑩ 有学者认为𠄎、𠄎即刑,胡厚宣、李孝定辨之甚详,参胡氏《释𠄎》,《甲骨学商史初集论丛》,李氏《甲骨文字集释》第1461—1466页,第1468—1471页。
 ⑪ 《散氏盘》(《矢人盘》):“唯人有乱刑𠄎”。
 ⑫ 《子禾子釜》:“中刑入透”;《叔夷钟》:“中尊(敷)厘(明)刑”。
 ⑬ 郭沫若:《两周金文辞大系考释》,第203、221页。
 ⑭ 梁启超:《中国法理学发达史》,见《饮冰室文集》卷一五,中华书局1936年版,第50—51页。

（二）殷商与西周的立法

商周虽然是习惯法为主要的时代，但并不缺乏形诸文字的法律或准法律性规范。这些规范表现为因事发布的誓、诰等命令和以刑统罪形式的成文法规。

在传世的古代文献《尚书》中，保存了若干篇商王和周天子对军队和臣民发布的命令（部分可能由后人写定），称为誓、诰。誓，按《周礼·秋官·小司寇》的解释，是针对军旅发布的，在《尚书》中有《汤誓》、《牧誓》和《费誓》等，主要是出征前的动员令及对军队的纪律约束；诰，是对其他臣民所发，如《大诰》为周公东征平叛所发，《酒诰》是诰康叔诫谕禁酒，《康诰》为分封康叔时的诰谕，《洛诰》记洛邑建成后周公告诫成王。此外，还有以其他形式发布的一些命令，如《左传·文公十八年》记载周公所作的《誓命》，界定了贼、藏、盗、奸等罪名。再如西周青铜器《兮甲盘》中记载有两道兮甲奉周天子之命到南淮夷地区征收赋税时发布的命令，要求依令缴纳贡赋，及不得潜逃入蛮夷地区从事商业活动，否则将处以刑罚或诉诸征伐。

根据文献记载，殷商时可能已有成文的立法，如《汤刑》，《左传·昭公六年》说，“商有乱政而作《汤刑》”，《孟子·万章上》说，“太甲颠覆汤之典刑”，《竹书纪年》说，“祖甲二十四年，重作《汤刑》”。还有所谓《官刑》，载有“非乐”的内容（《墨子·非乐上》）。

周代的成文法规，根据史籍记载，主要有《九刑》和《吕刑》。《九刑》的制定，有个较长的过程。西周初年，周公在发布《誓命》时曾提到“九刑”，可能并不是指法规，而是指九种刑罚。据《汉书·刑法志》，这九种刑罚是指传统的前五刑，即墨、劓、刖、宫、大辟，加上鞭、扑、流、赎四种^①。此后，由于按以刑统罪的体例编定法规，因此新的法规也被称为“《九刑》”。所谓“以刑统罪”，是指先列刑罚，再将有关的具体

^① 另说是指“正刑一”和“议刑八”，见《周礼·秋官·司刑》疏条。

犯罪表现逐一罗列于后。《尚书·吕刑》说犯罪规定处墨刑的有一千条，劓刑一千条，剕刑五百，宫刑三百，大辟二百，总共是“五刑之属三千”。《九刑》的正式完成及命名，大概是比较晚的。《逸周书》提到成王时有“刑书九篇”，但显然当时还未命名为《九刑》。到西周中后期，才有《九刑》之名，所以《左传·昭公六年》说，“周有乱政而作《九刑》”。

西周另一部成文的法规是《吕刑》。据文献记载，它制定于西周中期穆王时，由于国势渐衰，财政困难，穆王命吕侯重定刑书，以使四方归附并确立赎刑制度，对于没有确凿证据的犯罪允许缴纳钱财抵赎刑罚，以此来缓解国家财政压力。这部法律的具体内容已难知其详。如前所述，它的编制体例是以刑统罪，据说规定有三千条。《尚书·吕刑》中对当时的司法原则进行了较全面的记述，但学者们一般认为它是后来写定的作品，其中记载未必都能视为反映《吕刑》原貌的依据。从比较法制史的角度，这部法律可能类似于古巴比伦《汉穆拉比法典》，是对个别行为的规范性记载，还列有一些与西周“明德慎罚”思想一脉相承的司法原则，如主张慎重用刑，反对私曲裁判以及“轻重诸罚有权”（权变），结合具体情况灵活处断等。

当时这些形诸文字的法律并不完全公布。《周礼·秋官·大司寇》说，“正月之吉，始和，布刑于邦国都鄙，乃悬刑象之法于象魏，使万民观刑象，挟日而敛之”。“象魏”是王宫外的高台一类的建筑物，按照这一说法，在正月法律被描绘成具体图像悬挂在象魏，起到教令百姓、使之知晓的作用。《周礼》还说，“治象之法”（《天官·大宰》）、“教象之法”（《地官·大司徒》）、“政象之法”（《夏官·大司马》）也在同时一并公布。但要把包括“五刑之属三千”在内如此之多的法律一一绘为图像，并要让百姓在有限的时间内一览无余，这是很可怀疑的。实际上这种形式公布的，可能有两方面的内容，一是将各种法律的个别内容以及肉刑图像化加以颁布，使人见而生畏，不敢为非作歹；一

是像后世榜文一类的君主特别命令或训诫。因为文字在当时主要为祭祀者所用，刻于甲骨，镂于金石，“与其说这些记文是为了人与人之间的交流，毋宁说只是为了记载人类与精灵、与上苍的联系。这些记文经常铭刻于器皿内底面上而无人能读”^①，所以很难想象冗长的法条公布后能为普通平民所接受。事实上统治者们也并不会这样做。

（三）礼

商周社会的礼制，是由原始时代的习惯沿袭而来，孔子说，“殷因于夏礼，所损益可知也；周因于殷礼，所损益可知也”（《论语·为政》）。到西周初年，统治集团开始对自发形成的这一整套社会习惯进行整理、改造，后人称之为“周公制礼”（《左传·文公十八年》）。托名周公，实际上是以周公为首的周统治集团主持推行的，并非一人一时的努力所能完成。所制之“礼”，在当时并没有完全成为文化，只是通过重要的一系列典章制度的付诸实施和统治集团对一些具体仪节的提倡而完成对旧礼的改造。前者是指礼的精神、原则和实质性政策，称为“本”，后者则指前者在操作过程中的各种仪式、次序，称为“文”，所以《礼记·礼器》说，“先王之立礼也，有本有文”。

礼的核心精神是亲亲、尊尊的“有别”。亲亲，主要是指从家族角度的有别，规范家庭成员的不同地位，以保持家族的团结、和睦；尊尊，则主要从社会等级的角度强调有别，指天子、诸侯、各级贵族以至平民之间各阶级在社会中的地位和权利义务关系。两者结合起来，达到“父慈、子孝、兄良、弟悌、夫义、妇听、君仁、臣忠”的目的（《礼记·礼运》）。

作为规范的意义，礼是多层次的。它可以“经国家、定社稷”（《左传·隐公十一年》）。首先包括国家的根本性制度，如册封诸侯、分邦

^① [法]汪德迈著、陈彦译：《新汉文化圈》，江西人民出版社1993年版，第93页。

建国的制度,宗法制度等等,涉及国家基础根本的部分。其次,礼是人们行为的具体规范,“非礼勿视,非礼勿听,非礼勿言,非礼勿动”(《论语·颜渊》)。实质性的,如同姓不婚,为人子不蓄私财,叔嫂授受不亲等等规范;仪节性的,如吉、凶、军、宾、嘉各种典礼的程序。同时,礼也成为评价人物、事件的标准,这在《左传》中常常可见,认为是“礼也”而大加赞许,认为“非礼也”而大张挞伐。

这样,社会每个成员在这张细致的网络中各有具体的位置,各有具体的规则。一家之中,尊长、卑幼;一国之中,天子、庶民,各有各的礼,各自有所应遵循的规范。符合要求的行为即合礼,否则为非礼。所以《礼记·曲礼上》说,“夫礼者,所以定亲疏、决嫌疑、别同异、明是非也”,“道德仁义,非礼不成;教训正俗,非礼不备;分争辩讼,非礼不决;君臣上下,父子兄弟,非礼不定;宦学事师,非礼不亲;班朝治军,莅官行法,非礼威严不行;祷祠祭祀,供给鬼神,非礼不诚不庄”,一切都在礼的规范下井井有条地运转。

如前所述,礼作为整体而言是不成文的习惯性规范,但它并不等同于现代意义上的“法”。礼是包括国家根本制度、人们具体行为规范和社会道德标准在内的综合体,只有到后世,其中的原则部分经过理论抽象成为礼教,进入纯粹社会道德范畴;有些次要的具体仪节作为规范的性质削弱,成为礼俗(习惯);另外一批重要的内容,有的被编定为国家的礼仪之典,有的更被强调、重视而载入律令之中,这两者都成为正式的国家法律^①。而在商周时代,礼作为经过改造的社会习惯,并非所有的内容都具有国家强制力,因为很难想象礼制中那些次要而具体的生活仪节,一旦有所疏忽和违反都将被诉诸国家强制力。因此可以说按照现代理论的概念,礼并不完全等同于法律,而是以法律性质的规范为主体的综合性行为准则。而且,其中的法律性规范与

^① 叶孝信主编:《中国民法史》,上海人民出版社1993年版,第22页。

其他社会规范之间在当时并无过于严格的界限。即便在成文法典时代,以儒家经典原则作为司法裁判依据的“经义决狱”仍以或显或隐的形式存在于法制实践和社会思想中,何况礼在形式上还是综合性规范的商周时代。

既然礼的规范并非完全等同于现代意义的法,所以违礼的行为并不必然受到刑罚制裁(当时的刑罚主要是肉刑)。当然,这并不意味着没有其他的约束以保障礼的执行。这种手段,如舆论的制裁,“人类学上的材料告诉我们,在一接触密切的社会里,讥嘲的言词或歌唱对于被嘲弄的人的确是一种严重可怕的惩罚,予以极端的难堪和痛苦,无地逃避,最严重时使人失去社会生活,无异于为社会所放逐”^①。只有对于严重的违礼行为,才适用刑罚来惩治。而且在当时贵族政治的状态下,由部族首领转化而来的贵族成员是不适用肉刑的,因为肉刑来源于战争,开始主要施加于异族俘虏和奴隶,是一种耻辱的象征,后来虽然施用的对象推广,但仅及于庶民,这就是俗称的“刑不上大夫”(《礼记·曲礼上》)。对于贵族的严重犯罪,除舆论约束外,制裁手段还有放逐直至赐死,至少是“可杀不可辱”,不在市朝执行死刑。^②

与“刑不上大夫”相联系,有“礼不下庶人”的说法。这并非说庶人没有礼。礼是针对不同对象而适用的不同规范的总称。庶人有庶人的礼,只是较为简单而已,“礼之生为贤人以下至于庶也”(《荀子·大略》)。“礼不下庶人”语出《礼记·曲礼上》,讲的是乘车的礼仪,“国君抚式(车前的横木),大夫下之;大夫抚式,士下之;礼不下庶人”,因为庶人无车,不用此礼。可见,无论从本意还是从历史事实而言,都不能说庶人不受礼的约束。

(四) 习惯法为主时代的法律运作

^① 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局1981年版,第201页。

^② 同上书,第204—207页。

在习惯法为主的商周时代,法律的适用有不同于此后阶段的重要特色。有的学者认为,当时法制的主要表现是判例法。礼是普遍公认的法律意识,法官善于思考并在司法中立法,同其他官吏一样,他们是世袭的。敬祖孝宗,“帅型先考”的观念,必然导致遵循先辈故事的传统^①。还有的学者认为这种判例式的法律依据表现为“金文法”,许多铜器铭文具有法律效力,而世界其他古代国家,如古巴比伦、古罗马等,也都将法律镌刻在金石上^②。当然,中国古代以铜器铭文形式记载案件、契约经过,是由诉讼的胜诉方进行(师旅鼎由被告所刻,是个例外),似乎与国家的立法活动有所区别,其效力如何值得进一步研究,但金文是研究西周法律实践必不可少的史料,这是不容否认的。

法律在当时的实施,现在只能从少数的几件案例记载中加以推测。总的来看,当时在审判中并不引法律的条文,而是由司法官依据有关礼的原则为指导来判定是非、决定相应的处理方式,包括执行刑罚。《鬲鼎》记载了一起买卖奴隶违约的争讼案,被告名叫限,先后两度对这件交易毁约,法官井叔认为,限是王室的工作人员,买卖既谈成就不应违约,判决如约履行。这里根据的就是一般的交易习惯,并强调了当事人的身分。《珣生簋》记载了一个较为复杂的关于田土奴隶的争讼案。根据《周礼》所载的惯例,案件需要征询群臣的意见,在这件记载中可得到印证,称为“讯有司”。但对于判决结果起决定性作用的是法官召伯虎的父母,他们也是当事人珣生的宗亲,故可能以宗族尊长的身分对案件施加影响,是宗法权力的体现^③。西周晚期的《倝匜》记载了两个贵族关于五名奴隶的争讼;原告是小贵族牧牛,第

① 武树臣等:《中国传统法律文化》第五章,第73—74页。

② 曾宪义、郑定:《中国法律制度史研究通览》,天津教育出版社1989年版,第128页。

③ 胡留元、冯卓慧:《西周法制史》,陕西人民出版社1988年版,第291页。

一次控告大贵族儼败诉,后重新提起诉讼。法官伯扬父认为,牧牛控告自己的上级,并违背前次的判决后的誓言,必须处以刑罚。这里的两项依据都是当时礼制的原则和惯例;但因为牧牛再次宣誓服从判决,如约履行,所以法官伯扬父决定,原判拟处较重的墨刑及鞭三千,鉴于牧牛的表现,可以将墨刑减一等。最后,根据具体情况,法官决定再次减轻其处罚,判决对牧牛罚铜并鞭五百。这一减轻处罚的过程,并没有强调有关的法律明文,而更多地体现了司法官结合事实和惯例进行的自由裁量。

从这几件案例可以看出,当时在司法实践中,法官是依据习惯法以礼为主体的有关原则、惯例处理争讼。成文的法律在其中的作用并不突出。

第二节 成文法公布的时代

一、成文法的公布

从习惯法为主的时代过渡到成文法典为主时代,这之间经历了春秋末期的成文法公布的时代。不少前辈学者指出,春秋成文法的公布,是“由秘密法阶段的蜕变”,开始向法典时代过渡^①。用“秘密法阶段”概括此前的中国社会是否准确,还有待商榷,但将这一时代作为向法典时代过渡的阶段,却应是没有疑义的。

春秋时代末期,成文法公布的活动在各国兴起,其中最早的当数郑国子产铸刑书。郑国处晋、楚两大国之间,在春秋后半期,受

^① 杨鸿烈:《中国法律发达史》,商务印书馆1930年版,第50页;王世杰也有类似意见,参见《学术书籍介绍与评价》,载《社会科学季刊·北京大学》1924年3卷1期。

晋、楚为争霸而施加的压力，国力大衰，盗贼蜂起；同时国内贵族专政，君权式微，内乱频仍。这时，诸大国为争霸已相战多年，苦于战乱，到鲁襄公二十七年（前 546 年），各国在宋召开了弭兵大会，集体议和罢战。此后中原地区出现了约四十年的和平局面，郑国得以稍事喘息，以整顿内政。贵族出身的子产被委以重任，励精图治，在国内进行了大规模的改革，禁绝奢侈，改革税制，赢得人民拥戴，被称颂道：“我有子弟，子产诲之；我有田畴，子产殖之。子产而死，谁其嗣之。”（《左传·襄公三十一年》）公元前 536 年，他将刑法铸于鼎上，作为国之常法，将改革的成果刑书固定下来，并使“民知有辟（法）”（《左传·昭公六年》）。根据《左传》记载，叔向所说的子产曾“制参辟”，内容可能即为“参辟”，或者仍是采用以刑统罪的体例，将刑罚分为三大类，而以罪名系于其后；或者如此后魏国李悝的《法经》按盗、贼、囚、捕、杂、具等犯罪的性质分篇，所不同者，只是仅分三篇而已。^①

子产铸刑书以后，较著名的公布成文法活动是晋铸刑鼎。晋国是春秋时的大国，晋文公时曾称霸于诸侯，襄公嗣业，余威犹存。其后，在鲁文公六年（前 621 年）春，晋在夷地举行大蒐礼，赵盾始专国政，史载其“制事典，正法罪，辟狱刑，董逋逃，由质要，治旧湾，本秩礼，续常职，出滞淹。”（《左传·文公六年》）即制定办事章程、刑罚律令，审理积压的刑事案件，督察追捕逃亡的罪犯，要求财物买卖以质剂（当时的契约形式）为凭，肃清和惩治政界腐败，按礼制的规定履行尊卑贵贱的各自职守，废缺而不可少的官职予以重新任命，选拔被隐没压制于民间的贤能之士。这样一整套法度，被称为“夷蒐之法”。到了鲁昭公二十九年（前 513 年），当时仍处于诸侯弭兵的相对和平时期，晋国修内政，这部法被赵鞅、荀寅铸于

^① 杨伯峻：《春秋左传注》，中华书局 1981 年版，第 1276 页。

铁鼎，公之于众，称为刑鼎。^①

这部法的具体内容除上述九方面的简明原则外，已经湮没无闻。但根据《左传》载，这次铸鼎用了“一鼓铁”，也就是四百八十斤^②。且不论当时之“斤”小于今制，四百八十斤的鼎并非庞然大物，而只是普通规模。周代留存至今铭文最多的毛公鼎，也仅有近五百字。以此两点可以推知，此鼎所铸之法，只是原则性、政策性的规定，而不可能是非常具体细致的法律条款。

二、公布成文法的历史必然性

以刑书、刑鼎的形式公布成文的法律，在当时激起了轩然大波。子产铸刑书后，马上遭到晋国上大夫叔向的诘难。叔向在给他的信中说：

“昔先王议事以制，不为刑辟，惧民之有争心也。犹不可禁御，是故闲之以义，纠之以政，行之以礼，守之以信，奉之以仁，制为禄位以

① 按《左传·昭公二十九年》：“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”；但杜预注：“范宣子所用刑，乃夷蒐之法也，夷蒐在文六年”，而《左传·文公六年》则记：春，晋蒐于夷，“宣子（指赵盾）于是乎始为国政，制事典，正法罪，辟狱刑，董逋逃，由质要，治旧湾，本秩礼，续常职，出滞淹。既成，以授大傅阳子与大师贾伦，使行诸晋国，以为常法”。杜预所注实际上是说范宣子沿用了赵宣子的法，两者并无区别；但他也只是说范宣子所“用”之刑，与传文所说范宣子所“为”刑书，两者意义不同。又下文引孔子语，称“且夫宣子之刑，夷之蒐也，晋国之乱制也”，文公六年的蒐礼后，根据杜预注，晋三易中军帅，并在两年后发生了内乱，这就是孔子所谓“乱制”，所以不难想见孔子所反对的“宣子之刑”，就是赵宣子（盾）的这部“常法”，而与范宣子无关。同时，范宣子也不可能参加夷蒐典礼（俞荣根：《儒家法思想通论》，广西人民出版社1992年版，第179—180页）。范宣子在世期间，只参与过绵上的蒐礼，并没有立新制的举措（《左传·襄公十三年》）。因此，最大的可能是传文“著范宣子所为刑书”中的“范宣子”为“宣子”或“赵宣子”之误。至少，所铸之法即为赵盾首定者，这是完全可以成立的。

② 三十斤为钧，四钧为石，四石为鼓。

劝其从，严断刑罚以威其淫。惧其未也，故诲之以忠，耸之以行，教之以务，使之以和，临之以敬，涖之以强，断之以刚。犹求圣哲之上，明察之官，忠信之长，慈惠之师，民于是乎可任使也，而不生祸乱。民知有辟，则不忌于上，并有争心，以征于书，而徼幸以成之，弗可为矣。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》云：‘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！胥闻之，国将亡，必多制，其此之谓乎！”（《左传·昭公六年》）

其大意是说，以前先王以礼制的精神和原则来处理具体事件，而不预先设制固定的法律，怕百姓起争夺之心。这样还远远不够，需要再以礼义德行等各种方式教诲他们，根本不需要严密的法律。而现在，百姓知道有固定的法律规定，不再敬畏尊长，且有争讼之心，他们将蔑弃旧礼，以公布的刑书为依据而对锱铢之利在所必争，讼案日增，贿赂公行，无可救治。历史上那些繁琐的法律规定出台，都是衰乱之世的征兆。

晋国铸刑鼎也遭到了孔子的严厉批评。孔子追述了晋以前的制度，认为“民是以能尊其贵，贵是以能守其业。贵贱不愆，所谓度也”。现在这个井然有序的“度”被弃置，百姓会以刑鼎的规定为依据相争不已，贵者何得而尊？“贵贱无序，何以为国？”（《左传·昭公二十九年》）而且刑鼎所铸之法当初在晋国酿成大乱，实在不宜再以此为法。

种种非议，并没能阻挡历史的潮流，此后各诸侯国纷纷相继制定各自的法律，如齐国的《七经》、楚国《宪令》、韩国《韩符》、赵国《国律》、魏国《魏宪》等。到公元前五世纪末，也就是晋铸刑鼎约一百年后，李悝为魏文侯师，“撰次诸国法，著《法经》”（《晋书·刑法志》；《唐律疏议·名例》作“集诸国刑典，选《法经》六篇”），说明当时各国成文

法律已能普遍为人所知。到战国时代,法家的商鞅明确提出:“圣人为法,必使之明白易知,名正,愚智遍能知之。”(《商君书·定分》)韩非则说:“明主言法,则境内卑贱莫不闻知也。”(《韩非子·难三》)

公布成文法运动在春秋时代的兴起,有着深刻的历史原因。当时的社会经历着空前的大变革。工商业的兴起和发展,使富商大量出现,如越国大夫范蠡弃官从商,“三致千金”;孔子弟子子贡作为富商大贾,“所至国君无不分庭与之抗礼”(《史记·货殖列传》)。这种社会经济领域地位的变化,使传统尊者贵者的权威受到冲击。只有公开、明确的规范才能适应这批新兴既得利益者的要求。

同时,周王室的实力削弱,政治权威显著下降。传统的“礼乐征伐自天子出”,逐步转变为自诸侯出、自大夫出,甚至“陪臣执国命”。诸侯国各自为政,成为独立的政治实体。旧礼制中的根本制度已普遍受到威胁,很多已形同虚设,礼崩乐坏成为大势所趋。史载春秋弑君三十六,亡国五十二;孔子不能容忍的“八佾舞于庭”已不值得大惊小怪。至于更为具体的仪节,如飨礼时本应献祭之羊,孔门高足子贡也认为可以免了。旧礼从根本制度到具体礼节都不再被人们所普遍尊奉,习惯法为主的时代用以指导司法实践的旧礼原则和惯例已经走到了末路。新的法律依据成为社会迫切的需要。

文化的发展使公布成文法得以实现。春秋末期,文化已渐渐不再是贵族的专利,“学在官府”的局面被打破,许多出身并不高贵的人得以获得文化知识。在此之前,文字由少数人垄断,主要是作为沟通人神的媒介,如甲骨文、《周易》等;西周初年周公曾将表示愿代武王受过的文书封于金匱荐之于天。而当文字日益为众所知时,它便必然地成为传播社会知识的重要工具;而法律规范,也被要求以这种形式公开。

在立法技术上,名辩思潮的兴起为成文法的发展奠定了必要的基础。与子产同时的郑国人邓析与子产意见相左,多次与他为难,教

民巧为辞令，“以非为是，以是为非，是非无度，而可与不可日变”。因为长于辩难，打官司欲胜则胜，欲加罪则加罪，求学者无数，舆论大哗，终为子产所杀（《吕氏春秋·离谓》）。他在世时，想改变子产的旧制，私下作了一部刑法，写在竹简上，称为“竹刑”。他死后，这部竹刑却得到采用（《左传·定公九年》及杜注称杀死邓析、采用《竹刑》的是郑国执政驷歂）。竹刑的内容已不可知，但《荀子·非十二子》将邓析与名家代表惠施并提，认为他们“不法先王，不是礼义，而好治怪说、玩绮辞，甚察而不惠，辩而无用，多事而寡功”，即不遵循先王的礼义之道，但精于辞令，是夸夸其谈的好辩之士。事实上，这种刑（形）名学虽然没有立竿见影的政治效用，但对于此后法学的发展和法律的系统化和进步，有着基础性的作用。^①

作为中央政权的周王室，东迁以后已日渐衰微，诸侯国都得以在各自境内立法行政各行其是；社会经济状况的变化，又加剧了传统政治局面和观念的蜕变。名学的兴起，使成文法日益走向成熟；文化的普及，则使成文法的公布得以奏效。春秋末叶，一系列的条件成熟之后，成文法公布的运动便如火如荼地在诸国展开，迎来了一个以成文法典为主的年代。

第三节 成文法典为主体的时代

一、律令法典体制的确立与发展

从严格意义上说，中国古代成文法典的编纂是从战国开始的。中

^① 高恒：《论中国古代法学与名学的关系》，载《秦汉法制史论考》，厦门大学出版社1994年版，第271页。

国古代的第一部成文法典,是魏国的李悝主持编纂的《法经》。此后秦国的商鞅变法,以《法经》为基础,改法为律。秦统一全国后,又在《法经》与商鞅变法以来的立法成果的基础上,进行了统一的法典的编纂工作。虽然秦皇朝立国时间很短,但是它的法典编纂的经验和内容都被后来的皇朝所继承。

汉朝在秦代法律的基础上,编纂了《九章律》,主要是对秦朝律令规范的汇抄^①,但在体例上确立了律典的地位。曹魏的《新律》在汉《九章律》的基础上,增加为十八篇。同时曹魏又编定了令典,确定了律令并行的法典体制。晋《泰始律》又在汉、魏律的基础上,定为二十篇。此后南北朝各代都有律典及令典。

隋《开皇律》在北周与北齐律典的基础上,定为十二篇、五百条。经唐初高祖、太宗、高宗三代的发展,至《永徽律》,律典的体例内容已完全确立,《永徽律》即留存至今的《唐律》,是为中国古代律典的集大成者。而隋令、唐令也为令典之典型。

律令两大法典系统是中国古代法律体系中的两大支柱,前者从消极的角度禁止臣民不得做什么、或在哪些情况下必须做什么,否则的话就会受到何等严厉的处罚;而后者从正面、从积极的角度告诉人们应该做什么、如何去做。按现代的法律部门划分方法,前者大致与现代的刑法部门法相当,而后者则大致与现代的行政法部门法相当。这种法律部门的划分方法与古罗马法将法律划分为“公法”、“私法”两大部门完全不同,表现了中华法系的基本特性。

^① 从严格意义上来说,《九章律》还算不上一部“律典”,因为它不是律文系统的编纂,而只是把几部单行的律令编排在一起。而且这种编排缺乏法典所必需的系统性,它把作为总则部分的《具律》放在中间,便是一个很好的例证。

二、以君主命令形式发布的单行法规

以君主命令形式发布的单行法规,是律令法典以外的重要法律形式,也是律令法典的重要补充。在君主专制时代,君主具有至高无上的权力,以君主命令形式发布的单行法规自然在事实上具有最高的法律效力。汇编君主的敕令因此也成为一种经常性的立法活动。

(一) 秦汉的制诏、令、科

1. 制诏

制,是以皇帝名义颁布的有关国家制度的法令;诏,是皇帝告诫臣民百姓所制定的法令。制诏作为一种固定的法律形式,是秦始皇统一中国后创立的,目的是为了突出皇帝至高无上的创制权和立法权。

2. 令

令,即皇帝颁布的诏令,《汉书·宣帝纪》文颖注:“天子所增损,不在律上者为令。”《汉书·杜周传》:“前主所是著为律,后主所是疏为令。”可见汉代的令,与秦代的诏是同义的,是以皇帝名义发布的文告。皇帝的诏令具有至高无上的权威,可以取消法律、代替法律、更改法律。在这一点上,汉代的令与后世令典的性质是不同的。

3. 科

科,即科条,就是法令的条规,是关于犯罪与刑罚的一种条文,叫做“事条”,也叫“条科”。如《后汉书·桓谭传》:“今可令通义理明法律者,校定科比。”注云:“科谓事条,比谓类例。”又《文选·金科玉律》注云:“科条,谓法令也。”它是具有法律效力的规范性文件,具有较强的适应性。因此汉代科条的数量很多,颁布科条也成为一项重要的立法活动,时称“金科玉律”,正说明了科的地位。直到北魏时以格代科,科

才失去其法律上的地位。

(二) 唐宋的格、敕与编敕

1. 格

格是汉代的科演变而来的,是皇帝敕令的汇编。现在可知的最早的格,是北朝东魏的《麟趾格》(因在麟趾殿删定而得名)。隋朝制定有《开皇格》。唐初,曾制定五十三条格作为临时法。唐太宗时,对唐高祖以来发布的三千余条敕令进行删修,定留七百余条,编为《贞观格》十八卷。至唐高宗时,又在《贞观格》的基础上,删定《永徽留司格》十八卷,《永徽散颁格》七卷。“留司格”是以中央政府尚书省的二十四司为篇名,内容为各司内部日常公务的敕令的汇编;“散颁格”则是颁发全国各州县施行的敕令的汇编。唐自高宗以后,各代也屡有编格之举,但编纂体例上并没有变化。

2. 敕与编敕

唐代的格是以皇帝名义发布的敕令汇编,在作用上是补充、修正律令之不足,但在事实上却有着高于律令的效力。而且唐律《断狱律》中明确规定,凡是临时颁布的敕条没有汇编为格的,不得作为以后定罪的依据,否则要以出入人罪论处。可是,由于敕条有着较大的灵活性和最高的权威性,便于援引,所以到唐中期以后,将敕条中可以为以后所援引的直接编为“格后敕”,从效力上来说,后敕的效力要高于前格。这样一来,编敕逐步取代了编格。至五代时,编敕成为主要的、经常性的立法活动,这种做法,被后来的宋朝所继承。

宋初编纂《宋刑统》时,将后周《显德刑统》中与刑名无关的敕条删出,另编为四卷,与《宋刑统》并行,这就是《建隆编敕》。从内容上看,《建隆编敕》实际上是唐及五代的敕令的汇编,至宋太宗时的《太平兴国编敕》,才对宋初以来发布的敕令进行系统的整理和汇编。宋真宗时颁布的《咸平编敕》,在体例和内容上有个显著的变化,即依照

《宋刑统》十二篇律文的体例,将敕编定为十二门类。其后宋仁宗时编纂的《天圣编敕》,在编敕中增入了刑名的内容,使编敕的性质发生了变化。自此之后,《庆历编敕》、《嘉祐编敕》等,也都附有刑名。这样,不仅打破了《建隆编敕》以来不附刑名的旧制,而且所附刑名的敕条也超过了《宋刑统》律文的总数,效力也高于律文。宋神宗时,出于变法改制的需要,“以律不足以周事情,凡律所不载者,一断以敕,乃更其目,曰敕、令、格、式,而律恒存乎敕之外”(《宋史·刑法志》)。这一变化,不仅用“敕”取代了律,而且在编纂体例上,也以统编敕令格式的方式,取代了单纯的敕条汇编,使编敕的内容更为广泛,更具实用性。这种编敕的体例,自宋神宗时编纂的《元丰修正敕令格式》起,直至南宋灭亡,在立法形式上始终占主导地位。

(三) 明朝的榜文、大诰、条例

1. 榜文

榜文是以君主名义发布的特别法,张榜公布于城乡要冲,目的在于告诫臣民奉公守法。明初颁布榜文也是一项经常性的活动。洪武、永乐两朝的“教民榜文”,现存于《南京刑法志》一书中的尚有六十九件,其内容琐碎、用刑残酷^①。1986年曾于西安发现一件明永乐二十年榜文,规定拒收宝钞的商人“就地处死”,而因钞法歇业的“一般治罪不饶”^②。

2. 大诰

大诰是明太祖发布的告诫臣民的具有法律效力的特别文告。“大诰”之名首出于《尚书》,内容号称为周公东征时对臣民发布的训诫。大诰两字,即“陈大道以诰天下”之意。明太祖在制定《大明律》的同

^① 黄彰健:《明洪武永乐朝的榜文峻令》,见台湾《历史语言研究所集刊》46本4分册。

^② 《文物》1986年第9期,第84页。

时,仿效周公制定《大诰》的做法,采集官民犯罪的案例,在洪武十八年(1385年)至二十年(1387年)之间,先后制定、颁布了四编大诰,即《御制大诰》七十四条,《大诰续编》八十七条,《大诰三编》四十三条,《大诰武臣》三十二条,总共二百三十六条。这些条目基本由案例、法令和皇帝的“训导”三部分内容组成,实际上是针对一些典型的判例所作的重刑法令的汇编。大诰的主要内容,是惩治贪官污吏和害民豪强的判例,这些判例反映了重典治吏和法外用刑的特点。同一种犯罪行为,大诰的量刑要大大重于《大明律》。同时,为了使大诰能够得到切实有效的贯彻实施,明太祖曾专门发布命令,赋予大诰至高无上的法律地位,而且还规定:“一切官民诸色人等,户户有此一本(大诰),若犯笞杖徒流罪名,(有大诰者)每减一等;无者每加一等”(《大诰·颁行大诰第七十四》)。洪武三十年(1397年)颁布《大明律》时,又下令将大诰的内容“撮其要略,附载于律”(《御制大明律序》),打算永久施行。不过,明太祖死后,除部分内容被编入《大明律》外,大诰基本上被弃置不用了。

3. 条例

明朝的条例是各官司题奏获旨准行并因时推广的刑事单行法令,由于它是以君主命令的形式发布的,因此比律更灵活,更有针对性。明太祖曾指出:“律者,常经也;条例者,一时之权宜也。”(《明太祖实录》卷二三六)实际上条例与唐宋之敕并无本质不同。明初条例仅为一朝之“权宜”之法,新君即位即下诏废除前朝条例,规定司法审判只能援引《大明律》。然而一百多年后不得改动一字的《大明律》不少内容已不符合社会实际情况,以例辅律势在必行,条例的效力由特定、短期转向普遍、永久。到了明孝宗弘治十三年(1500年),不得不下令将经久可行的二百九十七条“问刑条例”汇编成册,与《大明律》一同适用,从而正式肯定了条例具有与律文同等的法律效力,使律例并行合法化。至万历年间修订《问刑条例》时,又将条例以附注的形式

附在律文之后,确立了律例合编的法典编纂体例。^①

(四) 清朝的条例、事例、则例

1. 条例

清朝沿用明朝律例合编的法典编纂体例的同时,继承了明朝编例的传统,用条例补律文之不足。因此,修订条例便成为一项经常性的立法活动。雍正三年(1725年)颁行《大清律集解》时,对律后所附的条例进行了整理,合编为“原例”、“增例”和“钦定例”三类。“原例”是累朝沿用的旧例,“增例”是康熙年间制定的条例,“钦定例”则是雍正时由特旨或核准的条例。三类条例共八百二十四条。至乾隆年间修订《大清律例》时,将原例、增例等名目删去,将例统一编纂。乾隆初年规定,条例五年一小修,十年一大修,每次将所修成之例编为《续纂条例》颁行。这样一来,条例越来越多,乾隆初年有条例一千零四十九条,嘉庆时增至一千五百七十三条,同治时已增至一千八百九十二条。到了光绪年间,条例还在不断增加,只是再也没有开馆编纂。

2. 事例和则例

除条例外,清朝还将中央各部院衙门历年奉旨或奏准的例,汇编成事例和则例。事例是按发布年代的先后进行汇编的,则例则是按其性质与内容进行汇编,具有特别法的性质。清朝则例,按各部院进行汇编的有《吏部则例》、《户部则例》、《礼部则例》、《兵部则例》、《刑部则例》、《工部则例》等;按其内容进行汇编的有《大挑则例》、《督捕则例》、《八旗则例》等。事例与则例的内容都是皇帝的谕旨和官员奉旨的奏条汇编,经皇帝裁可而著为例的,主要用于处理各部院行政事务。

综上所述,历朝历代以君主命令形式发布的单行法规名称虽然

^① 黄彰健:《明洪武永乐朝的榜文峻令》,见台湾《历史语言研究所集刊》46本4分册。

不一,但它们的性质和作用都是相同的。并且虽然在形式上它们只是成文律令的补充,但事实上却具有最高的法律效力,在国家日常活动中发挥着重要作用。

三、法律的法定解释

除成文律令外,律典或律文的法定解释也具有与律令同等的法律效力。中国古代法律的法定解释,虽然制定的目的动机不同,表现形式也不尽相同,但发挥的作用却是相同或者相似的。

(一) 秦代的“法律答问”

“法律答问”是云梦出土的秦简中的一部分,由整理者定名为“法律答问”,内容是官方对法律条文所作的具有法律效力的解释。从解释的方式上来看,主要是对法律规定的内涵及适用等进行解释。

(二) 汉代的“章句”

秦代的法律解释权属国家官吏,严禁私人解释法律。汉代在法律上对私家解释并没有严格限制。由于汉代律令繁多,错糅无常,因而当时不少官吏、学者都编撰了法律解释的著作。这些解释著作自为章句,各执一说。当时一些著名的经学家,如马融、郑玄等人,也都撰写章句,用儒家学说去解释现行法律,并且聚徒传授,子孙相传,形成十余家解释并存的局面,而每家解说都有数十万言。据统计,至东汉各家解释能适用于断罪量刑的,就有二万六千二百七十二条,七百七十余万字。如此繁琐庞杂的解释,反过来又影响了法律的统一和准确的适用。因此,至东汉时曾下诏规定,以郑氏章句作为合法解释,“不得杂用余家”(《晋书·刑法志》)。

(三) 晋代的《律解》和《律注》

在汉代私家注律的基础上,到了魏晋时期,法律注释形成一种专门学科。当时比较著名的律学家及其著作,有晋张斐的《汉晋律序

注》一卷,《杂律解》二十一卷,杜预的《律本》二十一卷,《杂律》七卷等。

晋《泰始律》颁布后,曾由张斐、杜预等人先后对律文进行注释,并由皇帝批准,将这些注释公开颁布,与律典具有同等的法律效力,这就是张斐的《杂律解》二十一卷,杜预的《律本》二十一卷。这两部法律解释与律文一起,被后人称为《张杜律》,是晋律最权威的注本。

虽然《张杜律》已经失传,但从《晋书·刑法志》等史籍中的有关记载来看,这些法律注释所涉及的内容,主要有以下几方面:

第一,关于法典的篇章体例。张斐在解释《泰始律》以《刑名》篇为首,以《诸侯》篇为末的编排体例时这样说过:“律始于刑名者,所以定罪制也;终于诸侯者,所以毕其政也。王政布于上,诸侯奉于下,礼乐抚于中,故有三才之义焉。共相须而成,若一体焉”(《晋书·刑法志》)。

第二,关于一些基本的法律概念。对常见的法律概念及术语进行解释,是当时法律注释的主要内容之一。在张斐的律注中,对与犯罪构成和特征有关的二十个专门名词作了简明的解释和概括,用以指导法律的实施。这二十个专门名词的解释,被后人称为律注二十字,它揭示了此罪与彼罪的区别,对于推进刑法的规范化,正确适用法律,有着重要意义。所以这些解释大都为后世法律所沿袭。

第三,关于定罪量刑。在张斐等人的法律解释中,还对一些定罪量刑的原则作了解释和说明。这些解释和说明,对于法律原则的准确理解和应用,同样有着不可忽视的重要作用。

晋代的法律注释,对《唐律疏议》的制定,产生了直接的影响。

(四) 唐代的《律疏》

唐代的法律注释方面的最大成就,就是《律疏》(后人称为《唐律疏议》)的制定。

《律疏》是唐高宗永徽年间制定的^①。永徽二年(651年)颁布《永徽律》后,又因“律学未有定疏,每年所举明法遂无凭准”(《旧唐书·刑法志》),于次年由长孙无忌等人主持,根据儒家的经书和通行的令格式等法律规范,对《永徽律》的条文进行逐条逐句的疏证解释,附于律文之后,于永徽四年(653年)颁布,共三十卷,称为《律疏》,元朝以后改称《唐律疏议》。《律疏》不仅对法律条文进行解释阐述,剖析内涵,以补充律文之不足,而且用儒家的经典去补充、解释律文,作为立法与司法的依据。《律疏》颁布后,“断狱者皆引疏分析之”(《旧唐书·刑法志》),律疏与律文具有同等的法律效力,并对后世产生了深远的影响。

1. 关于立法意图的解释

《律疏》的开篇,就对立法的主要意图作了阐述,并提出了“德礼为政教之本,刑罚为政教之用”的立法指导思想。在《名例律》中有关刑法原则的律疏中,也大都属于这方面的解释。

2. 关于法律适用的解释

这是对法律条文的适用原则、方法等方面所作的解释。在《律疏》中,大多数都是这方面的解释。

3. 关于文辞的解释

这是对一些常用的法律术语,以及一些条文中重要的或是较难理解的词语所作的解释,以阐明其概念和内涵,以便准确适用。

从《律疏》中对律文内容解释的方式来看,主要有以下特点:第

^① 关于《律疏》(《唐律疏议》),历来文献记载与书目著录均认为是唐高宗永徽四年制定的,但自从日本学者佐藤诚实博士的《律令考》提出了《唐律疏议》有为中宗、武后、玄宗避讳之处,怀疑其书是否永徽《律疏》,开始了《唐律疏议》制作年代的争论。其后,仁井田陞与牧野巽撰写《故唐律疏议制作年代考》一文,提出《唐律疏议》为开元年间制定,此后半个多世纪里,中日两国学者不断撰文就此问题进行论辩。但迄今未能有一致的观点。参见《中国法律制度史研究通览》,第181—189页。

一，运用儒家的经典著作，来解释、阐明法律条文的原则与精神；第二，以大量的令、格、式等法律规范来解释、补充律文；第三，以设立问答的方式，“互相辩难，剖析疑义”，阐明律文的内容与适用原则。

《律疏》总结、借鉴前人法律注释的经验和技能，集汉晋以来法律注释之大成，成为中国古代最有影响的、同时也是现存最早、最完整的法定的法律解释著作，它不仅对唐朝的法律解释及适用产生了重要影响，同时对以后的法律解释，以及东亚邻国的法律的发展，也都产生了深远的影响。

四、判例及司法惯例

中国古代法律对判例及司法惯例的适用，也有悠久的历史。春秋时期晋国的叔向就说过：“先王议事以制，不为刑辟，惧民之有争心也。”（《左传·昭公六年》）虽然自战国时起，明确确立了以成文法典为主的法律体系，但判例并没有因此而失去作用，仍在司法实践中发挥了重要作用。

（一）秦代的“廷行事”

秦代奉行法家主张，严格依法办事，否认法律以外的其他规范的效力，但对判例的效力则予以公开承认。在云梦出土的秦简中，就有多处适用“廷行事”的记载。据王念孙《读书杂志》：“行事者，言已行之事，旧例成法也。”一般认为廷行事也就是“法庭成例”^①。在云梦秦简中，对廷行事的适用，主要有以下几种情形：第一，因成文法规定不具体而适用的廷行事；第二，因成文法规定不准确甚至有不合理的规定而适用的廷行事；第三，因刑事政策的改变而形成的廷行事；第四，按

^① 《睡虎地秦墓竹简》，第167页。

成文法的规定而适用的廷行事^①。显然,廷行事的适用,弥补了成文法律的不足。

(二) 汉代的“决事比”与“春秋决狱”

比原是“比附”之意,即比照有关规定或判例定罪量刑。在云梦秦简中,就已有关于“比”的适用的记载。到了汉朝,比成为一种独立的法律形式,又称为“决事比”。据《周礼·秋官·大司寇》贾公彦疏:“(律)无条,取比类以决之,故云决事比也。”由于比具有较大的随意性,因此汉初对比的适用有一定的限制。但是随着比的适用日益普遍,这些限制形同虚设。由于援引比附在适用上更灵活,易为司法官吏所采用。汉武帝以后的律令数目不断增多,官吏援引不便,也是造成普遍适用比附的客观原因。为了防止随意援引比附,汉朝的统治者采取了对可以被援引为比附的判例进行汇编的做法,只有经过认可的判例才可以作为比。而有关审判的比称为“决事比”,有关诉讼的比称为“辞讼比”。将判例汇编为“比”也成为一种立法活动。但是,这并没有能够限制比附的滥用。汉武帝时,有关死罪决事比就已有一万三千四百七十二事,“文书盈于几阁,典者不能遍睹,是以郡国承用者驳,或罪同而论异,奸吏因缘为市,所欲活则傅生议,所欲陷则予死比”(《汉书·刑法志》)。

(三) 汉晋时期的“故事”

故事是关于司法和行政方面的惯例。《汉书·宣元六王传》注:“故事,言旧制如此也。”故事是汉晋时期较常用的一种法律形式。汉代的故事经过汇编的有汉武帝时的《汉武故事》二卷;东汉光武帝时的《建武故事》三卷,《律令故事》三卷;明帝时的《永平故事》二卷等。

晋初贾充等在编纂律令的同时,将当时的有关制诏之条,删定为故事三十卷,与律令并行,故事作为一种重要的法律形式,编纂故事

^① 栗劲:《秦律通论》,山东人民出版社1985年版,第180—182页。

也就成为律典与令典编纂之外的一项重要立法活动。根据史书记载,晋代及后代汇辑的故事,有《建武故事》一卷,《咸和故事》、《咸康故事》各四卷,《建武以来故事》十卷,《修复山陵故事》五卷,《晋故事》四十三卷,《晋诸杂故事》二十二卷等。从体例上来看,晋故事是按照官府职掌进行汇编的,与唐代格式的编纂体例颇为相似。

(四) 唐宋以后的“例”

例往往指判例和惯例。唐高宗时,详刑少卿赵本仁曾编纂《法例》三卷,作为断狱的依据。但唐高宗认为,律令格式为天下通规,没有必要再汇编判例。因此,《法例》也就被废而不用。但事实上,援引旧例的做法,并不可能被完全废止(《旧唐书·刑法志》)。

宋代将編集断例作为成文法典的补充。尽管统治者对援引判例断案并不十分提倡,但毕竟这种方法有着一定的实用价值,所以在司法实践中被审判衙门所适用。为了防止司法官吏随意援引判例,宋朝采取统一編集判例以供审判衙门援用的做法。宋仁宗庆历三年(1043年),由刑部、大理寺将断狱案例汇编为例,这是现在可知的第一部宋朝的断例。自宋神宗起,編集断例也成为一种立法活动。神宗时有《熙宁法寺断例》十二卷,哲宗时有《元符刑名断例》三卷,徽宗时也有《崇宁断例》。在对断例的适用上,规定只有在法律没有明文规定的情况下,才可以援用断例,禁止用例破法。然而,由于宋神宗以后,大量的敕令颁布,反而使得司法官吏无所适从,这也就使得援引断例的做法日益普遍,断例的作用在事实上大大增加了。

到了南宋时,例的地位大大提高,先后編集的断例有《绍兴刑名断例》、《乾道新编特旨断例》等,甚至于有取代成文法律之势。“法令虽具,然吏一切以例从事。法当然而无例,则事皆泥而不行。”(《宋史·刑法志》)

宋代断例編集的体例与編敕相同,即依照《宋刑统》十二篇律文的体例进行編纂。如《绍兴編修刑名疑难断例》二十二卷,其中名例、

卫禁二卷,职制、户婚、厩库、擅兴共一卷,贼盗三卷,斗讼七卷,诈伪一卷,杂例一卷,捕亡三卷,断狱二卷,目录一卷,修书指挥一卷。这一编集体例,也被元朝断例的编集所仿效。

元朝在法律上,以判例和惯例为主。司法方面的判例称断例,“断例则因事立法,断一事而为一例者也”(《新元史·刑法志》)。行政方面的诏令事例称为条格。由于断例、条格都是因事立法,显然不能适应治理中国这样一个领土广阔、事务复杂的国家的需要。因此,至元英宗时,将能够适用的条格、断例汇编成册,合为《大元通制》。其中条格是按照唐宋令典的体例进行编集,而断例则是按照宋代编例的体例。

明朝虽然也沿用了编例的做法,但例的内容已发生了变化,不再是一般意义上的判例。

五、关于历代的“式”

中国古代的法律形式中,还有一种特殊的法律形式,那就是“式”。式是有关具体制度和实施细则的规范性文件。它的范围、内容很广泛,效力虽然不如上述几种法律形式,但它主要规定了有关制度的具体程序和实施,具有较强的实用性,因而在唐宋以前尤其被视为补充律令的重要法律形式。

(一) 隋唐以前的式

秦代的式的全部情况虽然已不可知,但在云梦秦简中有《封诊式》,为有关司法机关侦察、审理案件的程序、原则和公文程式的规定。从内容上看,它与其它的法律形式不同,多属于具体的、细则性的规定。如有关查封财产笔录的格式:“乡某爰书:以某县丞某书,封有鞠者某里士五(伍)甲家室、妻、子、臣妾、衣器、畜产……内室皆瓦盖,木大具,门桑十木。妻曰某,亡,不会封。子大女子某,未有夫。子小

男子某,高六尺五寸”。^①这些规定,为法律适用与文书制作程式等提供了依据。

汉代品式章程并称,晋代则以品式章程并入“故事”。现今可知的晋《户调式》,就是有关户调制的实施细则,而这部分内容,是包括在“故事”之中的。^②

(二) 隋唐的式

西魏大统元年(535年)，“令有司斟酌今古通变可以益时者，为二十四条之制，七年又下有十二条之制；十年命尚书苏绰总三十六条，更损益为五卷”（《唐六典》卷六）。这就是《大统式》。虽然《大统式》的性质与后世的式不尽相同，但它从法律上确立了式这种法律形式的独立地位。

从隋朝起，正式确立了律、令、格、式的法律形式体例。式的地位与律令平等。唐朝“式以轨物程式”（《唐六典》卷六），内容是关于官府衙门中的公文程式及办公活动细则的规定。计有《武德式》十四卷，《贞观式》三十三卷，《永徽式》十四卷，《垂拱式》二十卷，《删垂拱式》二十卷，《开元式》二十卷等。编纂体例是按照尚书省二十四曹加上秘书省、太常寺、司农寺、光禄寺、太仆寺、太府寺、少府寺及监门宿卫，计帐为其篇目，共三十三篇。这一体例也被五代及宋所沿用。

宋初沿用唐代的式，内容上并没有多大变化。由于编敕地位的提高，式这种法律形式成为官府文书格式的规范。在体例上，统编敕令格式的形式也取代了单独的编式。宋神宗时的《熙宁编敕》正式确立了这一体例：“凡人笞、杖、徒、流、死，自名例以下至断狱，十有二门，

^① 《睡虎地秦墓竹简》，第249页。

^② 《晋书·食货志》关于户调式的记载，有“丁男之户，岁输绢三匹，绵三斤，女及次丁男为户者半输……”而《初学记》卷二七《宝器部·绢》引《晋故事》，有“凡民丁课田，夫五十亩，收租四斛，绢三匹，绵三斤……”从中可知，《户调式》的内容，是包括在《晋故事》之内的。由此也可知晋代的“式”与“故事”之间的关系。

刑名轻重者，皆为敕。……表奏、帐籍、关牒、符檄之类凡五卷，有体制模楷者，皆为式。”（《宋史·刑法志》）这种体例基本上一直沿用到南宋末年，式的法律地位和作用大大下降了。元以后，格式连称，式失去其独立的法律地位。

第二章 一脉相承的法典

中国古代成文法典的编纂，主要是律典和令典的编纂。律典的编纂自《法经》发其端，自汉《九章律》定其名，至唐律集其大成；令典的编纂自曹魏令发其端，自晋令定其体例，亦至唐令集其成。从内容来看，律典以刑事法为主，而令典以行政法为主，所谓“律以正刑定罪，令以设范立制”（《唐六典·刑部》），正说明了两者之间的区别。除律典与令典之外，典章汇编也是一种重要的成文法典的形式。中国古代成文法典在立法上有一个共同的特点，那就是后世对前朝的法典编纂的体例和内容的继承性。从中国古代法典编纂的历史来看，从战国、秦汉以至明清，前后各朝法典的体例和内容沿革的痕迹清晰可见。可以这样说，中国古代二千多年的法典编纂是一脉相承的。

第一节 律典的发展

一、李悝的《法经》与商鞅“改法为律”

中国古代律典的编纂可说是从战国时魏国的《法经》开始的。

公元前 426 年,魏国的魏文侯任命李悝为相,实行改革。李悝主持的改革涉及政治、经济及法律等各个方面。在法律上,总结了春秋列国的立法经验,编纂了《法经》。这是我国古代第一部系统编纂的法典。

《法经》的原文已经失传,但在《晋书·刑法志》、《唐律疏议》以及明代董说的《七国考》中引用的西汉末年桓谭所著的《新论》一书中,保存了有关《法经》的篇目和内容^①。从这些记载来看,《法经》的内容共分为六篇,即《盗》、《贼》、《囚》(一作《网》)、《捕》、《杂》、《具》。关于这六篇的内容和编纂体例,《晋书·刑法志》中说:“(李)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、捕二篇;其轻狡、越城、博戏、借假不廉、淫侈、逾制,以为杂律一篇;又以其律具其加减。是故所著六篇而已,然皆罪名之制也。”

从有关记载来看,《法经》在编纂内容上的一个最主要的特点,就是“皆罪名之制”,即以刑事法为其主要内容。前五篇规定的是各种犯罪行为及处罚;最后一篇《具》法则是关于量刑原则的规定。这种编纂方式,对秦汉以后律典的编纂产生了直接的影响。

继魏国之后,各诸侯国也相继实行变法改革,先后编纂制定了各自的成文法律,如齐国有《七法》,楚国有《宪令》,韩国有《韩符》,赵国有《国律》。而对后世影响最大的,则是秦国商鞅变法以后编纂的

^① 关于《法经》引文的真实性问题,后人有不同看法。日本学者仁井田陞在《唐令拾遗》一书的序论中认为,后人关于《法经》六篇所依据的资料是《晋书·刑法志》等,但《史记》、前后《汉书》等对此却没有只言片语的记载。杨宽的 1980 年新版《战国史》后记中也认为“桓谭的《新论》是南宋时散失的,董说的这条引文究竟从哪里转引来的,无从考查,实不足信”。殷啸虎在《法经考辨》一文中认为,《晋书·刑法志》等史籍中关于《法经》的记载的可靠性是令人怀疑的;至于《七国考》中关于《法经》的引文,既不可能是《法经》的原文,也不可能是后人对《法经》真本的传抄(详见《法学》1993 年第 12 期)。

法律。

商鞅在主持秦国变法的过程中，以李悝的《法经》为蓝本，进行法律的编纂和修订工作，这就是后人所说的“改法为律”（《唐律疏议·名例》）。商鞅为了改革变法的需要，在《法经》六篇的基础上，制定了许多法律，大大丰富了法律的内容，为后来秦统一后法律的编纂奠定了基础。从1975年湖北云梦出土的秦商鞅变法以后的律文来看，仅律文的名目就有近三十种，远远超出了《法经》六篇的内容，其中大部分都为汉朝所承袭，部分内容直接纳入了汉朝的律典《九章律》。

李悝的《法经》和商鞅“改法为律”为后代律典的编纂体例和内容奠定了基础。后世律典正是在此基础上逐步发展完善的。正如《唐律疏议·名例》中所说的那样：“魏文侯师于里（李）悝，集诸国刑典，造《法经》六篇，……商鞅传授，改法为律。汉相萧何更加悝所造户、兴、厩三篇，谓九章之律。魏因汉律为一十八篇，……晋命贾充等增损汉魏律为二十篇，……唐因于隋，相承不改。”

二、《九章律》和汉律的演变

陈胜吴广起义后，各路群雄蜂拥而起。公元前206年，刘邦率军入关，秦皇朝灭亡。刘邦入关后，与关中百姓约法三章：“杀人者死，伤人及盗抵罪。”（《汉书·刑法志》）刘邦此举，深得民心，为以后统一中国奠定了基础。

但是，“约法三章”只是一种政治策略，是一时的权宜之计。汉皇朝建立后，便以“三章之法不足以御奸”（《汉书·刑法志》）为理由，由相国萧何主持律典的编纂工作。萧何在随刘邦进关中时，“独先入收秦丞相御史律令图书藏之”（《史记·萧相国世家》）。因此他以秦律为基础，从繁杂的秦律中选择了“宜于时”的九个方面，制定了《九章

律》^①。

《九章律》共有九篇，即盗律、贼律、囚律、捕律、杂律、具律、户律、兴律、厩律。它同样是以刑律为主。通常所说的汉律，主要是指《九章律》。《九章律》已经失传，除了史籍中保存的个别的有关规定外，具体内容已不可知。在1983年底至1984年初，在湖北江陵市张家山的西汉前期墓葬中，发现大量汉初竹简，其中有汉律竹简五百余支。从已清理出的竹简来看，律名与睡虎地秦简相同的，有金布律、徭律、置吏律、效律、传食律、行书律等；此外还有杂律、史律、告律、钱律等律名^②。由此可见汉代法律对秦律的继承。

《九章律》自萧何制定后，又经过几次修订。汉武帝时，出于加强君主集权的需要，由著名的“酷吏”张汤和赵禹主持法律的修订工作，定律令三百五十九章。此后律令内容不断增多。汉元帝时，曾下令对法律进行修订，但没有结果。至汉成帝时，“律令繁多，百有余万言”（《汉书·刑法志》），因此又再次下诏修订。

东汉皇朝建立后，曾废除了王莽当政时颁布的法律，恢复沿用汉律，但法律内容严酷繁杂的问题并没有得到解决。桓谭、陈宠等人先后提出了修订法律的建议，但“后汉二百年间，律章无大增减”（《魏书·刑罚志》）。直到东汉末年的汉献帝时，才由应劭主持，对汉律进行较大规模的修订。但不久东汉皇朝寿终正寝，汉律也被曹魏皇朝的法律所取代。

① 关于《九章律》的制定，通常的说法，是根据《晋书·刑法志》等史籍的记载，认为是萧何在《法经》六篇的基础上，另增户、兴、厩三篇而成。但不同的观点认为：《九章律》并非一人所作，而是萧何在秦律的基础上，删定整理为九个方面的规范，再由后人不断补充完善的（参见《九章律考辨》，载《历史教学》1990年第1期，另外还有不同观点，参见《萧何作律九章的质疑》，载《学术月刊》1984年第7期）。

② 《文物》1985年第1期，《张家山汉简概述》。

三、曹魏的《新律》

曹魏代汉时,基本上是全盘承袭了汉朝的法律。但汉律早已突破了原来“九章”的范围,而且每朝每代都有补充,加上除了律典外,还有大量的令、科、比的规范,同律文混杂在一起,以至于数量多到连司法官都无所适从的地步。而数量庞杂的汉律中,有相当部分的内容已不能适应社会发展的需要。魏明帝时,三国鼎立的局面已完全确立,政局基本稳定,在这种情况下,由陈群、刘劭等人主持律典的修纂,对汉律进行了较大规模的整理删减,并在此基础上,制定了《新律》十八篇,这也就是后人所说的“曹魏律”。

《新律》以汉《九章律》为基础,融合了其他有关律令规范,另增劫略律、诈伪律、毁亡律、告劾律、系讯律、断狱律、请贼律、惊事律、偿赃律等九篇,^①其余重复牴牾的汉律令科比条文则全部删除,使之在内容上更加严谨划一。在律典体例上,将原来作为总则的“具律”改为“刑名律”,并放在了首篇的位置,改变了原来律典总则部分“既不在始,又不在终,非篇章之义”(《晋书·刑法志》)的状况。这一体例,一直为后世律典所沿用。

曹魏《新律》十八篇基本上是对前朝(汉朝)律令的整理汇辑,即将前朝律令中合适的部分,汇辑成为本朝的律典。这种律典的编纂方式,同汉律对秦律的继承也是一样的。因此,尽管《新律》的篇章与汉律不同,但内容却依然是一脉相承,少有变化。

^① 由于《新律》已失传,而史籍作的有关记载也不一致,因此后人对《新律》十八篇篇名的说法也不同。本书采用的是较为通行的说法(参见程树德:《九朝律考·魏律考》,中华书局1988年版;杨鸿烈:《中国法律发达史》,商务印书馆1930年版;韩国磐:《中国古代法制史研究》,人民出版社1993年版)。

四、西晋的《泰始律》

曹魏末年,司马氏控制了朝廷的军政大权,取代曹魏政权已成必然趋势。为了替新皇朝的建立作准备,晋王司马昭以魏律繁杂严密为理由,命贾充、杜预等人对魏律进行删改。贾充等人按照“蠲其苛秽,存其清约”(《晋书·刑法志》)的修律原则,以汉《九章律》为基础,参照曹魏的《新律》,编纂新的律典,至晋泰始三年(267年)完成,次年正式颁布,所以又称为《泰始律》。

《泰始律》共二十篇,六百二十条^①。除了沿袭《九章律》中囚律以外的八篇篇名外,还沿用了魏《新律》的诈伪律、请赍律、告劾律、系讯律、断狱律、毁亡律六篇,另新增六篇。二十篇的具体篇名是:一刑名律,二法例律,三盗律,四贼律,五诈伪律,六请赍律,七告劾律,八捕律,九系讯律,十断狱律,十一杂律,十二户律,十三擅兴律,十四毁亡律,十五卫宫律,十六水火律,十七厩律,十八关市律,十九违制律,二十诸侯律。

《泰始律》比起汉魏律,在内容上具有礼律并重、刑宽禁简的特点,在律典的编纂上来说,也算得上是一个进步。加上《泰始律》制定后,晋武帝“亲自临讲”(《晋书·刑法志》),并由律学家张斐、杜预等人先后对律文加以注释,律注经晋武帝批准后颁行天下,与律文具有同等的法律效力,所以后人又称之为“张杜律”。随着西晋皇朝的统一,《泰始律》成为魏晋南北朝时期唯一的一部通行全国的法典,同时也是这一时期影响最大、施行时间最久的一部法典。正如程树德在

^① 《唐六典》卷六中记载的《泰始律》条文为一千五百三十条。程树德:《晋律考》怀疑其记载有误。但据《隋书·刑法志》载南齐王植集注张杜律为一书,凡一千五百三十条,可知《唐六典》所记载的似已包括张杜律注条文在内。

《九朝律考·晋律考序》中所说的：“晋自泰始四年，颁定新律，刘宋因之，萧齐代兴，王植撰定律章，事未施行，盖断自梁武改律，承用已经三代，凡二百三十七年。六朝诸律中，行世无如是之久者。”

五、南朝的梁律与陈律

南朝宋、齐、梁、陈四朝，在立法上基本是沿袭晋律。宋、齐两朝，全盘沿用晋律，齐永明年间，由王植根据张斐、杜预的律注编纂了《永明律》二十卷，一千五百三十条，但并没有颁布施行。

梁武帝时，鉴于前朝刑政多僻，律令不一，由蔡法度、沈约等人以齐《永明律》为蓝本，编纂了梁律二十卷，二千五百二十九条。从篇目上看，梁律将晋《泰始律》的盗律改为盗劫律，贼律改为贼叛律，请赍律改为受赍律，捕律改为讨捕律，并删去诸侯律，另增置仓库律，其余篇名及次序都与《泰始律》相同。在内容上，除了刑罚的执行及某些犯罪的量刑有所变化外，基本上也与《泰始律》相同。

陈武帝即位后，认为梁律“纲目滋繁，矧属乱离，宪章遗紊”（《隋书·刑法志》），命范泉等人重新修订律令，制定了陈律三十卷。但在内容上，仍然以梁律为基础，史称其“采酌前代，条流冗杂，纲目虽多，博而非要”（《隋书·刑法志》）。其实不仅陈律如此，整个南朝的法律大体上都具有这一特点。

六、北魏的律典

与南朝对峙的北魏皇朝建立后，十分重视对汉民族法律文化的吸收，通过借鉴汉族法律，改变部族习惯。北魏太武帝时命崔浩等人以汉魏律为基础，改定律典。至太和十六年（492年）完成并颁布了北魏律二十篇，八百三十三章（条）。

北魏律也已失传。篇名可考者只有十五篇,即刑名律、法例律、宫卫律、户律、厩牧律、擅兴律、贼律、盗律、斗律、系讯律、诈伪律、杂律、捕亡律、断狱律。另据推测,其余五篇可能是请贼律、告劾律、关市律、水火律、婚姻律^①。从可考的十五篇的篇名来看,除斗律外,其余篇目与晋《泰始律》基本相同,由此可见北魏律同样是在《泰始律》的基础上发展完善的。

七、泥古不化的北周《大律》

北魏灭亡后,分裂为东魏与西魏两个政权。西魏的大权事实上控制在宇文氏手中。不久,宇文氏代魏,建立了北周政权。北周政治制度带有浓厚的复古色彩,在典章制度上,照搬《周礼》中的六官制度,在律典的编纂上,同样也是如此。北周保定三年(563年)制定律典,称为《大律》,共二十五篇,具体是:刑名律、法例律、祀享律、朝会律、婚姻律、户禁律、水火律、兴缮律、卫宫律、市廛律、斗竞律、劫盗律、贼判律、毁亡律、违制律、关津律、诸侯律、厩牧律、杂犯律、诈伪律、请求律、告言律、逃亡律、系讯律、断狱律,一千五百三十七条。《大律》的篇章体例虽然是沿袭了魏晋律,但编排及数量上都是“烦而不当”(《唐六典》卷六),史载《大律》的内容模仿《周礼》,更显得泥古不化。后人说《大律》“大略滋章,条流苛密”(《隋书·刑法志》)。

八、简而不失的北齐律

北齐取代东魏后,于清河三年(564年)由封述、崔昂等人在北魏律的基础上,编纂了北齐律十二篇,篇目为名例律、禁卫律、婚户律、

^① 程树德:《九朝律考·后魏律考》。

擅兴律、违制律、诈伪律、斗讼律、贼盗律、捕断律、毁损律、厩牧律、杂律,共九百四十九条。同前朝律典相比,北齐律有两个重要变化:一是在体例上,将原来作为律典总则部分的刑名律与法例律两篇合而为一,称为名例律,这一体例确立后,一直为后世历朝律典所沿用,直到清末法律修订,才改名例律为“总则”;二是在内容上,在参照前朝律典的基础上作了较大的删修增损,由晋律及北魏律的二十篇归并为十二篇,据说律典内容“所增损十有七八”(《北齐书·崔昂传》),因而具有“法令明审,科条简要”(《隋书·刑法志》)的特点。北齐律所确立的篇章体例和律典的内容,大部分都被后来的隋唐律典所沿用,因此,北齐律在中国律典编纂史上,占有重要的地位。

九、承前启后的隋《开皇律》

公元581年,杨坚取代北周,建立隋朝。他即位后不久,就命高颉等人修订律典,同年10月颁布。这部律典基本上仍是前朝律典的翻版,少有变化,内容上仍然是严密苛惨,“故人多陷罪”(《隋书·刑法志》)。于是开皇三年(583年),杨坚又命苏威等人重修律典。苏威等人以北周律为基础^①,参照魏晋律及南北朝历代历法,尤其是北齐律,对律典进行了较大规模的修订,删除死罪八十一条,流罪一百五

^① 关于隋《开皇律》的蓝本问题,通行的说法,都认为它是以北齐律为蓝本制定的。比较有代表性的,就是陈寅恪在《隋唐制度渊源略论稿》中所说的“隋受周禅,其刑律亦与礼仪、职官等皆不袭周而因齐”,其依据便是《隋书·刑法志》中所说的隋律“多采后齐之制,而颇有损益”。但从隋律对旧律的删修来看,除死罪八十一条,流罪一百五十四条,徒杖罪千余条,共删去一千二百余条,加上保留的五百条,共一千七百余条,而北齐律不足一千条,在这基础上作删修显然是不可能的。而北周《大律》一千五百三十七条,隋初修律时又略有增加,后又在此基础上进行删修,应该是可能的(关于这一点,可详见倪正茂:《隋律研究》,法律出版社1987年版)。

十四条,徒、杖等罪千余条,定为十二篇:名例律、卫禁律、职制律、户婚律、厩库律、擅兴律、盗贼律(一说贼盗律)、斗讼律、诈伪律、杂律、捕亡律、断狱律,共五百条。这就是后人所称的《开皇律》。《隋书·刑法志》称:“自是刑网简要,疏而不失。”而《开皇律》所确立的编纂体例和内容及法律原则、法律制度,基本上都被后来的唐律所继承。因此,《开皇律》在中国律典编纂史上,具有承前启后的重要地位。

隋炀帝即位后,以杨坚当政时在司法实践中“禁网深刻,而百姓久厌严刻,喜于刑宽”(《隋书·刑法志》)为理由,命牛弘等人重修律典,于大业三年(607年)完成颁布,史称《大业律》。《大业律》在体例上,将《开皇律》的十二篇增为十八篇,基本上恢复了晋《泰始律》以来所设立的一些篇名;在内容上,对一些犯罪行为的量刑予以减轻,“其五刑之内降从轻典者二百余条,其枷杖决罚讯囚之制,并轻于旧”。(《隋书·刑法志》)仅从内容而言,《大业律》比起《开皇律》并没有什么不妥,只是《大业律》颁布后,并没有真正得到有效的贯彻执行,加上隋炀帝杨广的政权因施行暴政而被推翻,他当政时所颁布的《大业律》自然也被视为暴政的象征而废弃了。

十、集大成的唐律

隋朝末年,李渊起兵太原、平定长安以后,为了笼络民心,曾仿效刘邦“约法三章”的做法,与民约法十二条,规定除杀人、劫盗、背军、叛逆等行为要处死外,其余所有隋朝的苛法全部废除。唐皇朝建立后,于武德元年(618年)由刘文静等人参照隋开皇律令,根据“务在宽简,取便于时”(《旧唐书·刑法志》)的精神,制定五十三条格,作为临时法典。与此同时,又命裴寂等人以隋《开皇律》为蓝本,编纂律典,至武德七年(624年)完成颁布,史称《武德律》。这是唐律第一部正式律典。在内容上除了删除《开皇律》中过于苛细的条文,代之以五十三

条格的内容,以及三流各增加一千里、服役期(居作)都定为一年外,其余篇目、内容都基本上沿袭了《开皇律》。

唐太宗即位后,又着手进行了律典的修订,由长孙无忌等人主持,从贞观元年(627年)开始,至贞观十年(636年)完成,次年正月正式颁布,史称《贞观律》。《贞观律》虽然在体例上仍沿袭了《开皇律》和《武德律》,共十二篇,五百条,但在内容上却作了较大改动,“比隋代旧律,减大辟者九十二条,减流入徒者七十一条”,其余“削烦去蠹、变重为轻者,不可胜纪”(《旧唐书·刑法志》)。从史籍的记载看,《贞观律》所作的修改主要是在量刑方面,于篇章结构及条文方面似乎没有什么大的改动。

唐高宗即位后,又由长孙无忌等人对《贞观律》进行了一些修订,于永徽二年(651年)颁布,史称《永徽律》。《永徽律》颁布后,又由长孙无忌主持,以儒家经典及通行的令格式等规范为依据,对律文进行逐句的疏证解释,附于律文之后,于永徽四年(653年)颁布,共三十卷,称为《律疏》,元朝以后称为《唐律疏议》。《永徽律》及《律疏》在体例和内容上可以说是唐律的定本,因此后世所说的唐律,主要就是《永徽律》。

唐玄宗开元年间,又由李林甫等人主持律典的修订,刊定《开元律》十二卷,《开元律疏》三十卷。在内容上,除了对《永徽律》及《律疏》的个别文字及条目更动外,其他方面似乎并没有多大的改动。

以《永徽律》为定本的唐律共十二篇,五百条。其具体篇名是:

名例律: 名,是指刑罚适用的名称与等级;例,是指刑罚适用的体例原则等。其中具体规定五刑、十恶、八议以及自首、同居相隐等内容和一些专门的法律用语的解释,是唐律指导思想和基本原则的集中体现,共五十七条。

卫禁律: 是关于侵犯皇宫警卫及关津要塞保卫的违法犯罪的规定,共三十三条,包括两部分内容,一是侵犯宫殿庙社的犯罪,二是侵

犯关津及边塞保卫的犯罪。

职制律：是关于官吏职务方面的犯罪及有关行政公务方面犯罪的规定，共五十八条。主要内容有：一是关于职务方面的犯罪，二是违反驿传制度的犯罪，三是官吏贪赃枉法的犯罪。

户婚律：是关于妨碍和破坏户籍、土地、赋税管理以及婚姻家庭、继承方面违法犯罪的规定，共四十六条。

厩库律：是关于牧畜管理及仓库管理方面违法犯罪的规定，共二十八条。

擅兴律：是关于各种军事方面的犯罪及非法营造、兴建等方面的规定，共二十四条。

贼盗律：是关于严重危害统治秩序和财产制度犯罪的规定，共五十四条，主要内容有：一是危害皇权和统治秩序的犯罪；二是危害人身安全的犯罪；三是侵犯官私财产的犯罪。

斗讼律：是关于伤害罪及各种违反诉讼程序、妨碍诉讼的犯罪的规定，共五十九条。

诈伪律：是关于伪造皇帝印玺和官府文书的犯罪以及各种欺诈犯罪的规定，共二十七条。

杂律：是以上几篇所不能包括的犯罪行为的規定，共六十二条，主要内容有：一是各种违反社会治安管理的犯罪；二是买卖、借贷方面的违法犯罪行为；三是违反市场管理的违法犯罪；四是有关犯奸罪；五是关于毁坏官私财物的犯罪。

捕亡律：是关于各种追捕罪人过程中的违法犯罪行为，以及各种逃亡犯罪和容留、包庇罪犯的犯罪行为的規定，共十八条。

断狱律：是关于司法审判方面的违法犯罪行为的規定，共三十四条。主要包括：司法官吏违反监狱管理的行为、非法刑讯以及其他各种违法审判的行为。

唐律的内容以隋《开皇律》为基础，并作了较大的修订，吸收了前

代的立法经验和立法技术,集古代律典之大成,并成为后世立法的楷模,对后世立法产生了深远的影响,成为“中华法系”的典型代表。

十一、灵活应变的《宋刑统》

唐律自《开元律》刊定后,基本上没有再作过修订。但是一部一成不变的唐律,显然是不能适用社会情况变化的需要的。因此,自中唐以后,在立法实践中,通常是以“编敕”的方式来补律条的不足,即将一些以皇帝名义发布的临时性的条款经过汇编之后,成为固定的条款。唐宣宗时,又由张戣将通用的令、格、式以及敕条附于相关律文之后,并将律文按性质分为一百二十一门,加上律文后所附的令格式及敕条,共一千二百五十条,称之为“刑法统类”(又称“刑律统类”),因为它是大中七年(853年)颁布的,所以又称为《大中刑律统类》。《大中刑律统类》的颁布,是中国古代法典编纂体例上的一项重大变化,它改变了自秦汉以来的单纯的以律文为主的律典编纂形式,而代之以律文为主,附以相应的解释性及补充性、修正性的条款,使律典更具实用性与应变性,因而这种律典编纂方式直接被以后的历代皇朝所沿用。

继唐以后的五代时期,在律典编纂上,一般都采用了统编律令格式及敕条的方法,在律典名称上,也以“刑律统类”(简称“刑统”)为主。其中最有代表性的,就是后周显德年间颁布的《大周刑统》(又称《显德刑统》)。《大周刑统》与唐《大中刑律统类》相比,在内容上有两个重要变化,除了律文及令格式敕条外,还补入了唐律疏的内容,并根据各条的具体情况,或全录,或节录;二是增加了五代时期颁布的一些敕条^①。《大周

^① 从《宋刑统》中所收录的五代时期颁布的敕条看,尚有后唐十三条,后晋二条,后周三十八条。

刑统》共二十一卷，“刑名之要，尽统于兹”（《旧五代史·刑法志》）。

宋朝的律典编纂，沿用了前朝“刑统”的编纂体例。宋初，虽然参用包括唐律在内的前期律典及令格式敕等规范，但编纂律典的蓝本，却是后周的《大周刑统》^①，只不过将唐律“疏议”部分全文收录，并另外补入敕条十五条，删去一百零九条，此外还增加“起请”三十二条。律典全文共三十一卷（包括目录一卷），分为二百十三门，其中律文五百零二条，令格式敕条一百七十七条，起请三十二条，共七百十一条^②，于北宋建隆四年（963年）刊印颁行，因此称为《建隆重定刑统》，通称《宋刑统》。这是我国律典编纂史上第一部公开“模印颁行”的法典。

《宋刑统》虽然全文抄录了唐律及其疏议的内容，但体例上却完全不同，而是沿袭了自唐《大中刑律统类》所确立的编纂体例，尤其是《大周刑统》的编纂体例和内容。与唐律相比，《宋刑统》在编纂体例上主要有以下几方面的变化：

（一）分 门

① 关于《宋刑统》的蓝本问题，通行的说法，都认为《宋刑统》是在唐律的基础上制定的，有的甚至认为《宋刑统》就是唐律（或《唐律疏议》）的翻版。但从有关《宋刑统》制定的史籍记载看，这一说法并不确切。据《宋会要辑稿·刑法一·格令一》记载：“国初用唐律令格式外，又有《元和删定格后敕》，后唐《同光刑律统类》、《清泰编敕》、《天福编敕》，周《广顺续编敕》、《显德刑统》皆参用焉。太祖建隆四年二月五日，工部尚书、判大理寺窦仪言：“周刑统科条浩繁，或有未明，请别加详定”。从这一记载可以看出，宋初虽然参用前朝法律，但制定《宋刑统》的主要依据，却是后周《显德刑统》；制定《宋刑统》的主要动因，也是因为《显德刑统》科条浩繁，难以适用。关于这一点，在窦仪的《进刑统表》中也说得很明白。另外，《宋刑统》除律文及疏议部分外（这部分基本上也是原《显德刑统》的内容），其余部分均直接沿袭了《显德刑统》。因此，可以这样说，《宋刑统》虽然抄袭了《唐律疏议》的全部内容，但其体例却完全沿袭了《显德刑统》。

② 通行的说法，都认为《宋刑统》的条文为五百零二条，其实这只是其中律文部分的条文数，并不是《宋刑统》的全部。《宋刑统》的条文除律文外，还有令格式及敕条，以及“起请”部分，所以总数应为七百十一条。

《宋刑统》在每篇中按律文的性质又分若干门,共二百十三门,具体为:名例律二十四门,卫禁律十四门,职制律二十二门,户婚律二十五门,厩库律十一门,擅兴律九门,贼盗律二十四门,斗讼律二十六门,诈伪律十门,杂律二十六门,捕亡律五门,断狱律十七门。《宋刑统》将意义、内容相近或相关的内容并为一门,便于检索,更增加了律典的实用性。

(二) 令格式敕条

《宋刑统》在一些律文后面,附有相关的令格式及敕条,这些令格式敕条按发布时间的先后分列,其内容有删节的。也都注明“节文”。这些令格式敕条或用以补充律文之不足,或用以更改律文之规定,使《宋刑统》更具实用价值。

(三) 起 请

《宋刑统》在一些令格式敕条之后,附有“起请”,这是律典编纂者对原有律条及新增令格式敕条的内容审核详虑之后所作的修改意见,这些意见、建议一概冠之以“臣等参详”的字样。

除此之外,《宋刑统》在体例及内容上,还有几项重要变化,一是在《名例律》“杂条”门所附的“疏议”之后,有二十则“议”,这些“议”主要是对“疏议”的内容进行补充;二是将唐律中原有的“余条准此”的规定归并为一门,共四十四条,列于《名例律》,以便于检索;三是对律文中的个别疑难字句,进行了训释,这类训释一律标以“释曰”的字样,约有三十处;四是作了一些文字上的改动,删去了一些不必要的或过时的文字,并增加了一些新的内容。

《宋刑统》虽然沿袭了唐律及其疏议的内容,但并不是简单的抄袭,而是在体例及内容上有较大的发展,尤其是律敕合编、分门别类的律典编纂体例的确立,在注重律典的继承性的同时,更注重其实用性,使其更能灵活地适应社会发展变化的要求。自北宋中期以后,虽然编敕成为主要的立法活动,但这些编敕大都是按照十二篇律文的

体例,将相关的敕条编为一门,这种编敕体例,正是“刑统”编纂的继承和发展。明清时期律例合编的律典编纂体例,从某种意义上说,也是这种律敕合编体例的继承和发展。

十二、明朝的《大明律》

明朝律典的编纂,自朱元璋称吴王之后便开始了。吴元年(1367年)十月,朱元璋命李善长等主持律典的编纂工作,以唐律为蓝本,制定新律,至十二月完成,共有律文二百八十五条,因于洪武元年(1368年)颁布,所以又称洪武元年律。

洪武元年律是仿效《元典章》六部分篇的体例编纂的,计有吏律十八条,户律六十三条,礼律十四条,兵律三十二条,刑律一百五十条,工律八条。它虽然在内容上是根据唐律增损而成,但比较简单,而且没有《名例律》(这部分内容被放在了《大明令》中)。因此,洪武六年(1373年)又由刑部尚书刘惟谦等主持,详定《大明律》,并由朱元璋亲自对每条律文斟酌裁定,于次年颁布,这就是洪武七年律。

洪武七年律在体例上一准于唐律,分为十二篇;内容上以洪武元年律为基础,参照唐律,共定律六百零六条,分为三十卷。

洪武七年律颁布后,经过不断的修订补充,尤其是后来政治形势的变化,朱元璋废除中书省和丞相制度,以六部为最高国家机关,直接导致了律典编纂体例的变化。洪武二十二年(1389年),明朝又对《大明律》进行修订,在体例上,改变了原来仿效唐律的十二篇的体例,改为以六部分类,冠以《名例律》的体例;在内容上,将洪武七年以后历年增订的律文及条例按类编入,定为三十卷,四百六十条,至洪武三十年(1397年)正式颁布。自此“一代法始定,中外决狱,一准三十年所颁”(《明史·刑法志》)。

洪武三十年颁布的《大明律》共分七篇,律首附有五刑图、狱具图

和八礼图。五刑图把笞、杖、徒、流、死这五种刑罚的处刑等级及加减标准列入图中；狱具图规定了笞、杖、讯杖、枷、杻、索、镣七种狱具的制作材料、大小、轻重及适用等；八礼图也称丧服图，详细说明亲属关系。七篇律文的具体篇目为：名例律一卷，四十七条；吏律二卷：职制卷十五条，公式卷十八条，共三十三条；户律七卷：户役卷十五条，田宅卷十一条，婚姻卷十八条，仓库卷二十四条，课程卷十九条，钱债卷三条，市廛卷五条，共九十五条；礼律二卷：祭祀卷六条，仪制卷二十条，共二十六条；兵律五卷：宫卫卷十九条，军政卷二十条，关津卷七条，厩牧卷十一条，邮驿卷十八条，共七十五条；刑律十一卷：贼盗卷二十八条，人命卷二十条，斗殴卷二十二条，骂詈卷八条，诉讼卷十二条，受赃卷十一条，诈伪卷十二条，犯奸卷十条，杂犯卷十一条，捕亡卷八条，断狱卷二十九条，共一百七十一条；工律二卷：营造卷九条，河防卷四条，共十三条。

以上七篇共三十卷，四百六十条。其律条内容的覆盖面远远超过其所号称承袭的唐律。明律虽仅为四百六十条，但其条文往往合唐律四、五条为一条，新增唐律所无的条文就有一百六十多条，其中大多承袭元朝法律，还有相当部分为明律所独创。而其定罪量刑的重点也与唐律不同。清人薛允升指出：“大抵事关典礼及风俗教化等事，唐律较明律为重；贼盗及有关帑项钱粮等事，明律则又较唐律为重”^①。而这一变化，正体现了《大明律》更注重律典的实用性的特点。

《大明律》是中华法系又一代表性的法典。其特点是在编制上以各行政部门分篇，与《法经》以来主要以罪名分篇体例有所不同。各律之下又设门类，易于检索。全律文字浅显，通俗易懂。在内容上突出实用性，大大加强对君主专制政体的维护，因此对于以后的清朝有重大的影响，并和唐律一样成为邻近东亚国家立法的蓝本。

^① 《唐明律合编》卷九“祭享”条注。

十三、清代的三部律典

清入关之初,曾下令各问刑衙门,按《大明律》定罪量刑,并在《大明律》的基础上着手编纂律典,于顺治四年(1647年)完成,颁行全国,名为《大清律集解附例》。《大清律集解附例》事实上是《大明律》的翻版,其原因固然同律典的匆匆草就有关,但从另一方面来看,同清皇朝以明朝继承者自居的政治策略也有一定的关系。

《大清律集解附例》颁布后,曾作过一些小的修正,直到雍正五年(1725年),才对律文重新作了修订,删去一些过时的规定,并于雍正七年(1727年)颁布,名为《大清律集解》。《大清律集解》颁布后,“虽屡经纂修,然仅续增附律之条例,而律文未之或改”(《清史稿·刑法志》)。

乾隆五年(1740年)对《大清律集解》作了修订,主要作了一些体例上和文字上的改动,正式称为《大清律例》。该律典鉴于原律条之后大多附有条例,有的甚至附有几十条,因此以“门”相称,全律共四百三十六门,附例一千零四十二条。清朝的律典至此确立,此后再也没有对律文进行修订,只是不断附加条例,直到清朝末年实行“新政”,进行法律修订,引进西方法典编纂体例,《大清律例》才完全废止。

第二节 令典的发展

一、具有开创意义的曹魏令

秦汉时期,令作为一种独立的法律形式,在内容上与律并没有严格的区别,实质上只是律的修正或补充。曹魏时,在修订律典制定《新

律》的同时,又对汉代以来的令进行了删修,制定了《州郡令》四十五篇,《尚书官令》、《军中令》共一百八十余篇。曹魏令的性质和内容,比起汉令有一个重要变化,就是它不再包括刑事法的内容,而主要是行政方面(包括军政、民政等方面)的规章。例如,在修订《新律》时,将原《厩律》中有关行政性的内容抽出,另行制定《邮驿令》。曹魏修订律令,将律与令从性质上区分开来,具有开创性的意义,为晋代令典体系的确立奠定了基础。

二、确立令典体制的晋令

《晋书·刑法志》所谓“施行制度,以此设教,违令有罪则入律”,指出了晋律令之间的区别。晋初在曹魏令的基础上,将有关国家行政制度的规章汇集起来,编为令典,共四十卷,二千三百零六条,篇目是:一户令,二学令,三贡士令,四官品令,五吏员令,六俸廩令,七服制令,八祠令,九户调令,十佃令,十一复除令,十二关市令,十三捕亡令,十四狱官令,十五鞭杖令,十六医药疾病令,十七丧葬令,十八杂令上,十九杂令中,二十杂令下,二十一门下散骑中书令,二十二尚书令,二十三三台秘书令,二十四王公侯令,二十五军吏员令,二十六选吏令,二十七选将令,二十八选杂士令,二十九宫卫令,三十赎令,三十一军战令,三十二军水战令,三十三至三十八皆军法令,三十九、四十皆杂法令。晋令令典编纂体例的确立,对后世令典的编纂产生了直接影响。

三、南北朝诸令

南北朝对峙时代诸朝令典的编纂,继承了晋代令典的编纂传统。南朝的宋、齐两朝的令典,基本上沿袭晋令,没有什么发展。

至南梁时,在修纂律典的同时,进行了令典的修订编纂,制定了梁令三十卷,卷目是:一户令,二学令,三贡士赠官令,四官品令,五吏员令,六服制令,七祠令,八户调令,九公田公用仪迎令,十医药、疾病令,十一复除令,十二关市令,十三劫贼水火令,十四捕亡令,十五狱官令,十六鞭杖令,十七丧葬令,十八杂令上,十九杂令中,二十杂令下,二十一官卫令,二十二门下散骑中书令,二十三尚书令,二十四三台秘书令,二十五王公侯令,二十六选吏令,二十七选将令,二十八选杂工令,二十九军吏令,三十军赏令。

梁令虽然在篇目及内容上有所增损,但有二十三篇令的篇目完全沿袭了晋令。继南梁之后的南陈虽然也编纂了令典,但其篇目内容基本上也是沿袭梁令。北朝的北魏、北齐、北周也都编纂了令典。北魏令、北周令的具体篇目已不可知,北齐令五十卷^①,按尚书二十八曹为篇名进行分篇。这种分篇方法,与晋令以来的分篇体例不同,也没有被后代所仿效。

四、隋唐的令典

隋唐的律典编纂虽然主要沿袭了北朝的律典编纂体例,但令典的编纂却兼容了南北朝令典编纂体例。^②隋开皇元年(581年),高颀等人奉命参照前代法典编纂律令,制定了《开皇令》二十七篇,三十卷,于开皇二年(582年)颁布。具体篇目是:一官品令上,二官品令下,三诸省台职员令,四诸寺职员令,五诸卫职员令,六东宫职员令,

^① 关于北齐令的卷数,各书记载不一,《唐六典》说是五十卷,《隋书·刑法志》说是四十卷,《通典》说是三十卷,《旧唐书·经籍志》与《新唐书·艺文志》则说是八卷。

^② 隋令的篇名与晋令相同的有十篇,与梁令相同的有九篇,其余虽内容大体相近,但篇名不同,这些篇名中,有些很可能是北周令的篇名。

七行台诸监职员令,八诸州郡县镇戍职员令,九命妇品员令,十祠令,十一户令,十二学令,十三上诉选举令,十四封爵俸廩令,十五考课令,十六宫卫军防令,十七衣服令,十八鹵簿令上,十九鹵簿令下,二十仪制令,二十一公式令上,二十二公式令下,二十三田令,二十四赋役令,二十五仓库厩牧令,二十六关市令,二十七假宁令,二十八狱官令,二十九丧葬令,三十杂令。

唐令是在隋《开皇令》的基础上制定的。唐令同唐律一样,经过了几朝的修订。唐初武德年间,在《开皇令》的基础上,编纂令典,至武德七年(624年)完成颁布,这是唐朝的第一部令典。唐太宗即位后,又对令典进行修订,至贞观十一年(637年)颁布新令典,共三十卷,二十七篇,一千五百九十条。

自贞观颁布新令典后,唐高宗、中宗、睿宗几朝也对令典作过修订。至唐玄宗开元年间,又进行过三次修订。自开元二十五年(公元737年)修订后,唐令基本上没有再作大修订。

唐开元年间修订的令典共三十卷,二十七篇,一千五百四十六条^①,具体篇目是:一官品令(分为上下卷),二三师三公台省职员令,三寺监职员令,四卫府职员令,五东宫王府职员令,六州县镇戍岳渎关津职员令,七内外命妇职员令,八祠令,九户令,十选举令,十一考课令,十二宫卫令,十三军防令,十四衣服令,十五仪制令,十六鹵簿令(分为上下卷),十七公式令(分为上下卷),十八田令,十九赋役令,二十仓库令,二十一厩牧令,二十二关市令,二十三医疾令,二十四狱官令,二十五营缮令,二十六丧葬令,二十七杂令。

从上述二十七篇的篇目来看,除了个别篇目文字上的更动外,几

^① 唐令虽然也已失传,但日本学者仁井田陞撰有《唐令拾遗》一书,复原了部分唐令的内容(中文编译本,长春出版社1989年版)。

乎全部都是隋《开皇令》中原有的篇目。虽然唐令同隋令的内容可能不完全相同,但两者之间的因袭沿革是非常明显的。

五、唐以后令典的沿革

继唐之后的五代时期基本上沿用唐代的令典,只有后梁及后周对令典作过修订,但仍以唐令内容为基础,似乎没有多大的改动。北宋初年仍然沿用唐令,直到宋太宗淳化年间才着手令典的编纂。

淳化三年(992年)修纂的《淳化令》,是北宋第一次编修令典,但它实际上只是对唐《开元令》作一些文字上的修改而已。宋仁宗天圣年间,由吕夷简等人主持,对令典进行了较大规模的修订,仍以唐令为基础,“益以新制”(《历代刑法考·律令六》)。此后元丰、元祐、元符、政和年间,以及南宋的绍兴、乾道、淳熙、庆元、淳祐年间,都进行过令典的编纂。这些令典仍然是以唐令为基础,在内容上虽有一些变化,但因袭唐令的痕迹很明显。

六、明朝的《大明令》

明朝令典的编纂,是元至正二十七年(1367年)十月开始,同年十二月完成,并于洪武元年(1368年)正式颁布,共一百四十五条。它是仿效《元典章》的体例,按六部分篇,计吏令二十条,户令二十四条,礼令十七条,兵令十一条,刑令七十一条,工令二条。

《大明令》的性质与内容,与前朝的令典不尽相同,最突出的特点,就是将刑事法与行政性规章混杂在一起。在刑令中,有不少是关于刑法通则性的规定,另有一小部分则是关于具体定罪量刑的规定,这些内容,在后来修订《大明律》时,都被编入了律典之中。因此,《大明令》实际上只是一部临时性的法典,是开国之初作为权宜而被制定

的,在内容上与同时起草的律典并没有严格区别。关于这一点,明代的邱浚曾这样说过:“洪武元年,即为《大明令》,颁行天下,盖与汉高祖入关约法三章同一意也。……律者,刑之法也;令者,法之意也。法具则意寓于其中。草创之初,未暇详其曲折,故明示以其意所在令是也;平定之后,既已备其制度,故详载其法之所存律是也。”(转引自《春明梦余录》卷四四)

所以,不仅《大明令》的性质与内容与前代的令典不尽相同,而且它的地位与作用也已发生了变化。事实上,作为国家规章汇编的令典,已逐渐被典章汇编的形式所取代。自洪武元年的《大明令》后,再也没有令典编纂之举,而是代之以后来的《会典》的编纂了。

第三节 典章的汇编

中国古代的典章汇编,是有关国家机关的组织与行政规章的系统、全面的汇编,具体反映了一朝的政治、经济、军事、法律、文化教育等各项制度。典章汇编的内容虽然不一定是现行的法典,但基本上都是国家机关活动的准则和依据,而典章的汇编,从某种意义上来说,也是一项重要的立法活动。

中国古代的典章汇编,就其渊源而言,无疑当推《周礼》一书了。《周礼》是系统追述西周政治制度的著作,由于它在诸经中最为晚出,后人对其制作年代及所反映的制度产生了种种争论。有的认为《周礼》仅仅是一部理想的鸿纲大典,有的认为《周礼》是周公的政治制度,还有的则认为《周礼》是综合了春秋战国时期的官制编纂而成的。但随着《周礼》一书的经典化,它的体例和内容被后世奉为编纂作为治国大典的典章汇编的楷模。

《周礼》是按照国家机关的组织体系，即所谓的“六官”制度编纂的，即天官冢宰、地官司徒、春官宗伯、夏官司马、秋官司寇、冬官司空，并分别规定了各官的组织体系、职责以及相应的法令规章等，内容非常严密、具体。客观地说，西周时是不可能有如如此完善的组织体系的。《周礼》一书的内容无疑带有较大的理想化成分，但它所确立的国家组织体例，却对后世产生了很大的影响，尤其是《周礼》按职官分典的编纂体例，成为后世典章汇编的主要理论依据。

一、《唐六典》

中国现存最早最完整的典章政书是唐朝编纂的《唐六典》。与后来的典章汇编并不完全相同，它只是一部国家机关的志典，但它在编纂体例上，确立了以国家机关各部门为基础进行分篇，并附以相应的律令规章的体例，对后世典章汇编的体例产生了直接的影响。

《唐六典》是唐玄宗开元十年(722年)开始编纂的。由于唐皇朝将《周礼》奉为治国经世之大典，因此唐玄宗也想仿效周公制礼作乐之举，创立一代制度。他指示张说等人按照《周礼》理(治)典、教典、礼典、政典、刑典、事典的说法，以六官的体例编纂《唐六典》。虽然唐朝的官制是仿效《周礼》的“六官”而设六部，但实际上却要比“六官”复杂得多，完全按照“六官”的体系编纂，是很难反映唐朝国家机构体制的，因此绵延数年却始终无法编纂出来。最后采取了用“六典”之名，而实际上按照当时国家机构的组织体制进行编纂的办法，于开元二十六年(738年)完成，历时十六年。

《唐六典》共三十卷，其篇目是：卷一，三师、三公、尚书省；卷二，吏部；卷三，户部；卷四，礼部；卷五，兵部；卷六，刑部；卷七，工部；卷八，门下省；卷九，中书省；卷一〇，秘书省；卷一一，殿中省；卷一二，

内官侍中省；卷一三，御史台；卷一四，太常寺；卷一五，光禄寺；卷一六，卫尉寺、宗正寺；卷一七，太仆寺；卷一八，大理寺、鸿胪寺；卷一九，司农寺；卷二〇，太府寺；卷二一，国子监；卷二二，少府监、军器监、铸钱监等；卷二三，将作监、都水监等；卷二四，左右卫、左右骁卫、左右武卫、左右领军卫；卷二五，左右金吾卫、左右监门、左右千牛卫、左右羽林军；卷二六，太子三师、三少、太子詹事府、左右春坊内房内官；卷二七，太子家令、率更寺、仆寺；卷二八，太子左右卫诸率府；卷二九，诸王府、公主邑司；卷三〇，三府、督护、州、县。

从《唐六典》的内容来看，它以有关政府组织的令典及行政规章为依据，记载中央与地方国家机构的设置、编制、品秩、职责，以及相应的选拔、任用、考核、奖惩制度等，并以历代官制沿革及故事作为注释，具有唐朝的组织法典或官制法典的性质^①，是唐代法典编纂自《唐律疏议》之后的又一成就。

二、元朝的典章汇编

元朝由于受其民族习惯的影响，在法律上以习惯法和判例法为主，并没有统一的成文法典。即使是被后人视为元朝律典的《大元通

^① 关于《唐六典》的性质，法律史学界有不同的看法，比较多的看法认为《唐六典》是一部“行政法典”。我们认为这一看法不妥。这是因为：首先，从内容上来看，《唐六典》中所涉及的，只是当时作为行政规章汇编的令典的内容的一部分，即有关国家机构组织及活动的那部分内容，而不是行政法的全部内容，称之为“法典”显然是不合适的；其次，行政法典本身就是一个现代法学概念，它除了行政规范、行政管理的内容外，还包括行政救济的内容，而这部分内容在专制时代行政规章中是不可能予以系统、全面规定的（当然并不排除个别的例外）。因此，将《唐六典》视为“行政法典”，在理论上也是缺乏足够依据的。参见《中国法律制度史研究通览》，第189页。

制》，实际上也只是一部以判例法为主的律令汇编而已^①。因此，元朝的典章汇编同样也具有这一特点。

元朝最主要的一部典章汇编，就是元英宗至治二年（1322年）编纂完成的《大元圣政国朝典章》，简称《元典章》。《元典章》是由诏令、条格、断例汇编而成的，它是一部以判例法为主的法令汇编，“所载皆案牍之文”（《四库全书总目》卷八三）。这一点与以前及以后的各朝的典章汇编不同。《元典章》分前集和新集两部分。前集六十卷，分诏令、圣政、朝纲、台纲、吏部、户部、礼部、兵部、刑部、工部十门，共三百七十三目，每目各分若干条格；新集不分卷，包括国典、朝纲、吏部、户部、礼部、兵部、刑部、工部八门，门下分目，每目也分若干条格。

《元典章》收录了自元初以来五十余年的典章制度，内容丰富，被视为元朝典章制度的比较全面的反映。在体例上，采取了以六部为纲的编纂体例，这在唐朝编纂《唐六典》时就设计出来却未能采用的典章汇编的编纂体例，终于确立，并被明清的律典编纂所仿效。

三、明朝的《明会典》

明朝的典章汇编称为“会典”，它是总“会要”与“典章”之义，仿效《周礼》以及《元典章》的体例编纂的。

^① 《大元通制》由四部分组成，一是制诏，是皇帝颁布的一个敕令，共九十四条；二是条格，主要是一些行政方面的事例，按照唐宋令典的体例分篇，共一千一百五十一条，分为二十七篇；三是断例，是一些具有典型意义的刑事判例的汇编，编纂方式仿效宋代的断例，即按唐律十一篇的体例（不包括名例部分），共七百七十七条；四是令类，又称别类，是不属于格例的其他方面的判例，共五百七十七条。《大元通制》现仅存“条格”部分十九篇，其余部分均已散佚。有的著作认为《元史·刑法志》所收录的就是《大元通制》，其实这只是《经世大典·宪典》的部分内容，篇章体例与《大元通制》是不同的（当然，有部分内容是《大元通制》的原文）。

明朝会典的编纂,开始于明孝宗。弘治十年(1497年),明孝宗以累朝典制,散见于简册卷牍之间,百司难以查阅,民间无法悉知,便命儒臣分馆编辑,至弘治十五年(1502年)完成,称为《大明会典》,共一百八十卷,但还没有颁行,明孝宗便去世了。

明武宗即位后,由李东阳等对《大明会典》重新作了校订,于正德六年(1511年)正式颁布,称《正德会典》。

其后,明世宗又命阁臣霍韬等续修会典,将弘治十六年(1503年)至嘉靖二十八年(1549年)历年的事例随类补入,并订正了一些差误,但修订完成后并没有刊行。

明神宗万历四年(1576年)又命重修会典,由张居正、申时行等主持,历时十二年,至万历十五年(1587年)完成,称《万历重修会典》。现在所说的《明会典》,一般就是指《万历重修会典》。

《明会典》共二百二十八卷。在体例上,以六部为主的职官制度为纲,以事物、名数、仪文、等级、为目,分述各国家机关的职掌及历年事例。全典分文职衙门与武职衙门两部分。文职衙门共二百二十六卷,第一卷为宗人府,以下为吏部(第二至第一三卷)、户部(第一四至第四二卷)、礼部(第四三至一一七卷)、兵部(第一一八至一五八卷)、刑部(第一五九至一八〇卷)、工部(第一八一至二〇八卷)、都察院(第二〇九至二一一卷)、通政使司、中书舍人(第二一二卷)、六科(第二一三卷)、大理寺(第二一四卷)、太常寺(第二一五卷)、詹事府、左右春坊、司经局、顺天府、应天府(第二一六卷)、光禄寺(第二一七卷)、太仆寺(第二一八卷)、鸿胪寺(第二一九卷)、国子监(第二二〇卷)、翰林院(第二二一卷)、尚宝司(第二二二卷)、钦天监(第二二三卷)、太医院(第二二四卷)、上林苑监、五城兵马指挥司(第二二五卷)、僧录司、道录司、神乐观(第二二六卷);武职衙门仅二卷,五军都督府(第二六七卷)、锦衣卫等十二卫(第二六八卷)。南京衙门事例附于各相关衙门之后。

《明会典》中所收录的律令规章,以洪武二十六年(1393年)刊布的《诸司职掌》为主,参以《皇明祖训》、《大诰》、《大明令》、《大明集礼》、《洪武礼制》、《礼仪定式》、《稽古定制》、《孝慈录》、《教民榜文》、《大明律》、《军法定律》、《宪纲》等十二种法律典籍以及百司之册籍和历年有关之事例汇辑而成。正如万历《御制重修明会典》的序文中所说,是“辑累朝之法令,定一代之章程,鸿纲纤目,灿然具备”,堪称是明朝法律典章之大全。

四、清朝的《清会典》

清朝的典章汇编沿用了明朝会典的编纂体例,但在具体内容及编纂方法上又有所发展。

《清会典》的编纂,经历了康熙、雍正、乾隆、嘉庆、光绪五朝。

《康熙会典》的编纂,是从康熙二十四年(1684年)开始,至康熙二十九年(1690年)完成,体例上仿效《明会典》,共一百六十二卷,收录了自康熙二年(1663年)至康熙二十五年(1686年)的律令规章及有关事例。

《雍正会典》是雍正二年(1724年)开始编纂,至雍正十年(1732年)完成,共二百五十卷。由于它只是《康熙会典》的续编,所以内容体例虽有所调整,但并没有太大的变动。

《乾隆会典》是乾隆十二年(1747年)开始编纂,至乾隆二十九年(1764年)完成。《乾隆会典》在体例及内容上的一个重大变化,就是将原来附在会典之后的则例同会典分开,另行编纂,计有会典一百卷,则例一百八十卷。

《嘉庆会典》是嘉庆六年(1801年)开始编纂,至嘉庆二十三年(1818年)完成,共由三部分组成,会典八十卷,事例九百二十卷,图一百三十二卷。事例的编排,按各部、院衙门之事例,分门分目;图一

千四百三十幅,每图都附以说明。

《光绪会典》自光绪十二年(1886年)开始编纂,至光绪二十五年(1899年)完成,共有会典一百卷,事例一千二百二十卷,图二百七十七卷。

《清会典》经过历朝的续修,体例、内容更加完备。从体例上而言,它以六部为纲,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”(《大清会典·凡例》);从内容上而言,汇集了历年颁布的有关国家机构组织活动的律例规章,不仅是国家典章的汇编,同时也是国家机构活动的准则和依据,“会典所载,皆百臣奉行之政令”(《续修大清会典序》)。因此,《清会典》在体例及内容上,集中国古代典章汇编之大成,堪称是中国古代典章汇编的代表。

第三章 亲亲及尊尊——亲族 婚姻制度

古代社会的细胞是家族，而婚姻又是家族的基础，家族与婚姻制度可说是古代社会最基本的制度。中国古代的思想家也很早就注意到这一点，如《易·序卦》所称：“有天地，然后有万物；有万物，然后有男女；有男女，然后有夫妇；有夫妇，然后有父子；有父子，然后有君臣；有君臣，然后有上下；有上下，然后礼义有所错。”《礼记·昏义》称：“婚礼者，礼之本也。”“男女有别，而后夫妇有义；……而后父子有亲；……而后君臣有正。”婚姻是夫妇、父子、君臣之义的起始。而在中国古代，号为“家国一体”，在理论上，君主应该是全国的家长，而家长是家族中的君主。因此家族与婚姻制度可说是中国古代法律文化的基石。

第一节 亲族关系

本志的第一章已经介绍了中国法律起源的特点之一，就是在强化血缘关系联系的基础上建立起国家及法律体系。后世的法律对于

亲族制度也是极为重视的。而这些制度的源头至少可以追溯到西周的宗法制。

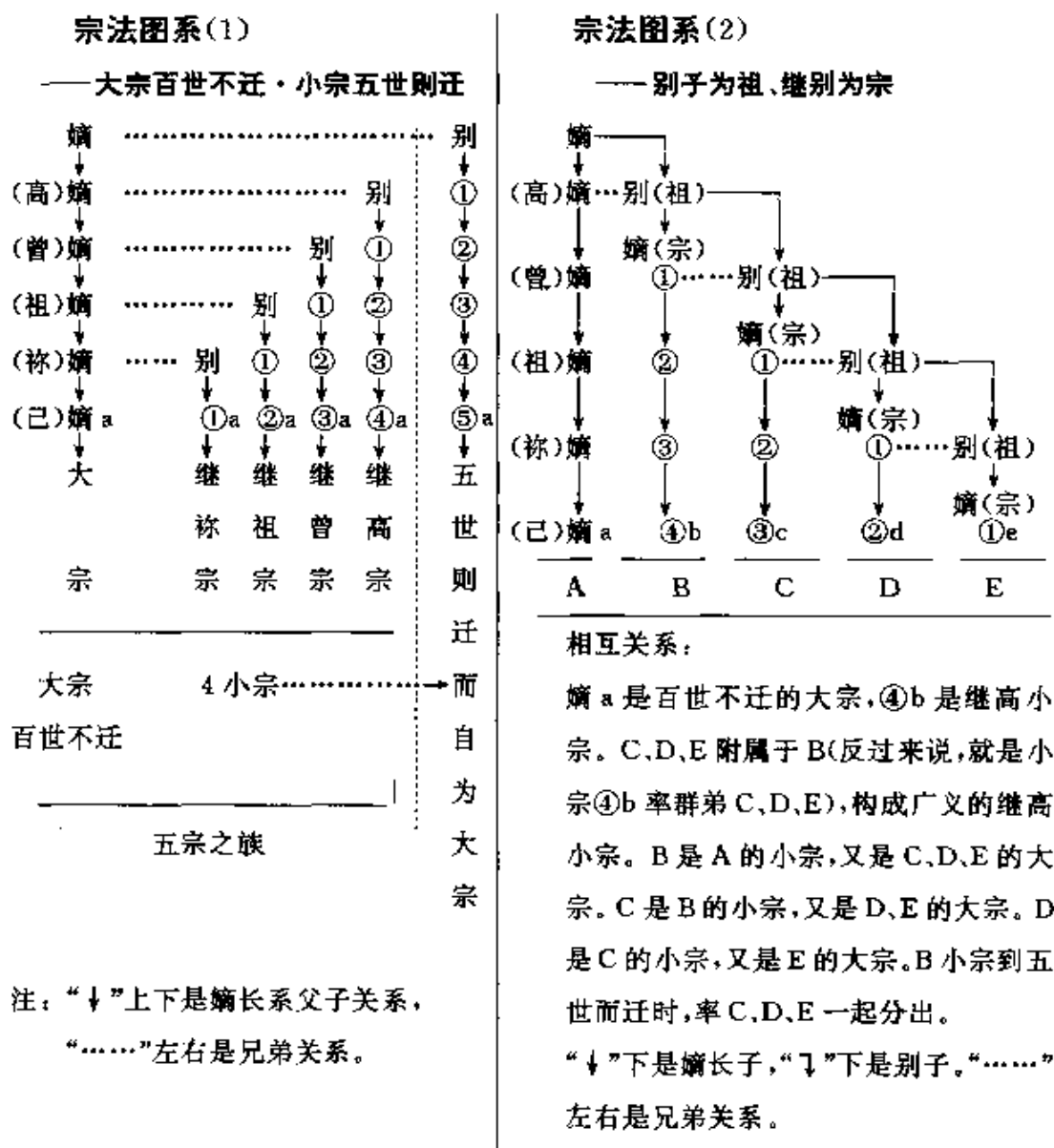
一、西周的宗法制

西周以祖先崇拜号召并驾驭各部族，组成基于祖先崇拜、血缘关系的大国家。其宗法制的原则是：祭祀始祖（始祖在祖先崇拜的时代也就是最高神）的主祭权只能由始祖的直系嫡长子后代单线传承，是为“百世不迁”的“大宗”；而嫡长子之外的众多兄弟只能祭祀到其五代祖先（高祖）为止，是为“五世则迁”的“小宗”。周王室作为同姓各国的主干“大宗”，各国国君相对于周王室为分支“小宗”。而在各国之中，各国国君又为本国的“大宗”，国君嫡长子以外的诸兄弟们为卿大夫，系本国的“小宗”。依此类推，宗法制将诸多的居各部族统治地位的家族按父系的直系血亲关系组织起来，形成等级分明、主从明确的亲族关系。最高神的主祭权自然也就象征着最高的统治权，表明在亲族血缘关系上的主导地位，因此总是大宗统率小宗。所谓“上治祖、祢，尊尊也；下治子孙，亲亲也；旁治昆弟，合族以食，序以昭繆，别之以礼义，人道竭矣！”（《礼记·大传》）而这种亲族关系和分封制及世卿世禄制相联系，也就是当时的国家政治关系。

按照儒家所归纳总结的西周礼制，具体而言，宗法制的结构是这样的：周王室的嫡长子、嫡长孙世代沿袭为天子、为大宗，而周天子的兄弟从这大宗中分出为小宗。兄弟就其本宗而言又是始祖，其第六代嫡长子时就将原始祖牌位从祖庙中迁走，专祭这个本宗的始祖。这种祭祀及分层的关系可见附图——“宗法图系”^①。

^① 叶孝信主编，《中国民法史》，第89页。

附图：



由此组成的宗法制血缘关系网，从直系来看，有高祖、曾祖、祖、父、己身、子、孙、曾孙、玄孙这样九代；从旁系来看，和己身同辈分的有同高祖的族兄弟、同曾祖的再从兄弟、同祖的堂兄弟、同父的兄弟这样五个层次。就伦理而言，上亲父、下亲子；以父亲祖，以子亲孙；以祖亲高、曾，以孙亲曾、玄，所谓“亲亲以三为五，以五为九，上杀，下杀，旁杀而亲毕”（《礼记·丧服小记》）。在这范围之外的就不算是亲属。为表示亲属的等级，采用的是以亲属去世时所应为其穿着的丧服

区别,丧服不仅是简单的服丧的标志,也是亲属等级的象征。

据儒家的说法,西周时宗法制下,其血缘亲属内部关系是这样的:承继始祖祭祀权的嫡长子为宗子,为宗族的中心。“宗,尊也,为先祖主也,宗人之所尊也。”(《白虎通德论·宗族》)一宗之内,堂兄弟以内都应该异居而同财,“异居而同财,有余则归之宗,不足则资之宗”(《仪礼·丧服子夏传》)。宗子具有财产的处分权。一宗之内的主祭权属于宗子,“支子不祭,祭必告于宗子”(《礼记·曲礼》)。其他的亲属都要尊奉宗子,“适子、庶子,祇事宗子宗妇。虽贵富,不敢以贵富入宗子之家;虽众车徒,舍于外,以寡约入。子弟犹归器。衣服、裘衾、车马,则必献其上,而后敢服用其次也。若非所献,则不敢以入于宗子之门”(《礼记·内则》)。

这样的宗法制度究竟在多大程度上是西周的历史实际,现在已不得而知。经过春秋战国的变化,和宗法制紧密联系的分封制、世卿世禄制已瓦解,贵族阶层也很难再按宗法制聚合为大家族。秦国商鞅变法强行推行小家庭制,为国家提供更多的剥削对象。宗法制本身也已趋于瓦解。然而儒家却将其发展为一整套家族构成的理想制度,盼望着能够依此重建家族的体系,从而对后世发生重大的影响。

二、亲属的范围及等级

秦汉时法律上的亲族制度可能与西周的宗法制关系不大。按照秦国的法律传统,儿子成年后就“出分”,和父母分户。或许当时实行的是以父母与未成年子女组成的核心家庭制。国家的赋税也都是以这样的小家庭为对象的。

西汉时儒家的理论重新开始流传,宗法制的原则也开始复活。经过两汉的发展,至西晋定律,正式将儒家的家族亲属理论制定为法

律,即所谓“准五服以制罪”^①。丧服或服制成为法定的亲属等级。以后各代都沿用这项制度,宋元明清时代的法典,在律首都载《服制图》,明确各种亲属在服制等级中的地位。

中国古代的法律将一个人的亲属分为宗亲(或本亲)、外亲、姻亲三大类,而以宗亲为主体,以当亲属去世时为其所穿着的丧服为亲属等级标志。宗亲是以己身直系血亲为中心的、与父系血缘有关的亲属。按照宗法制的原则,从己身上溯到高祖、下计至玄孙的九代均划入宗亲范围,号为“九族”。在这个范围内应互相为对方穿着丧服的亲属,就是“有服亲”。有服亲又按血缘的亲疏划为五等,故称“五服”。

丧服起源于因亲属死亡而导致的悲痛欲绝、不修边幅,血缘越近,越是悲痛,着装也就越发的粗疏。为父之死而穿着的是“斩衰”(斩是不缝衣边,衰音 cuī,是生粗麻布),服丧三年(实为二十七个月)。为祖父、伯叔父、兄弟、子等最近亲属之死而穿着的是“齐衰”(齐即缝衣边),服丧一年。为堂兄弟等近亲属之死而穿着的是“大功”(大,即粗;功,指熟麻布),服丧九个月。为再从兄弟等亲属之死而穿着的是“小功”(小,即细),服丧六个月。为族兄弟等亲属之死而穿着的是“缌麻”(缌,细麻布。缌麻为疏纤细熟麻布),服丧三个月。

与丧服相适应的亲属等级可参见附图(清律的《本宗九族五服正服图》)。最重要亲属是斩衰亲的父母;其次是齐衰亲(因为服丧一年,因此一般称期亲,其中又分为是否应持哭杖行走的杖期及不杖期),有直系的尊亲如高、曾、祖父,也包括直系的卑亲如诸子、嫡孙;也有旁系的尊亲如伯、叔、姑,旁系的平辈如兄弟姊妹,旁系的卑亲如侄子,等等。斩衰亲和期亲构成法律关系最为紧密的亲属。大功亲包括直系的卑亲亲属如众孙,旁系的尊亲如出嫁的姑母,旁系的平辈如出嫁的姊妹、堂兄弟等等。大功亲以上构成法律上的近亲属。小功亲主

^① 详见本志第4章第1节。

要包括旁系尊亲的伯叔祖父、祖姑、堂伯叔父等；旁系的平辈如再从兄弟等；旁系的卑亲如堂侄、侄孙等。缌麻亲为法律上的远亲，包括旁系的尊亲如族曾祖父母、堂伯叔父母、族伯叔父母等；旁系的平辈如族兄弟等；旁系的卑亲如再从侄、堂侄孙、曾侄孙；直系的卑亲如曾孙、玄孙。

五服之外的亲属仍为无服亲，遇丧不用穿着丧服，按古礼制袒露左臂（袒），去冠挽发（免），故称“袒免亲”。袒免亲原只限于本宗九族之外一等的亲属，后扩大为同宗亲属。明清律规定袒免亲遇丧，素服、尺布缠头。

本亲的女性亲属如出嫁，其亲等就都要降低一级。如嫁后又归宗，仍为原服制。男性亲属如出继，为本生亲属服制皆降一等。

外亲指母系的亲属，有法律后果的范围比之本亲大为缩小，原来外祖父母、舅、姨均仅为最轻的缌麻亲，唐以后才改为小功亲。表兄弟姊妹均为缌麻亲。此外无服。

古代姻亲范围比现代民法的范围要小得多，本亲的妻子加入夫家本亲，成为夫家服亲。古代的姻亲主要指妻子的亲属“妻亲”，在服制上也极轻，仅妻父母、女婿互为缌麻亲。其余均为无服亲。

三、亲属关系的法律效果

设定严格的五服亲等，具有积极和消极的法律效果。主要有以下几个方面。

在刑法方面（详见本志的第四章），总的原则是亲属之间的侵犯行为无不按照服制所确定的尊卑、长幼、亲疏关系来定罪量刑。在人身侵害方面，以卑犯尊、以幼犯长必须加重，以尊犯卑、以长犯幼可以减轻或无罪，依所侵犯对象的由疏至亲逐级加重；但在财产侵害方面，则依所侵犯对象的由疏至亲而逐级减轻。同时个人会因亲属的

附表：本宗九族五服正服图表

<p>凡姑、姊及孙女，或在室出嫁，或被出而嫁，或已嫁而归，并与男同。无子而嫁者，为姊及侄。皆杖期。</p>		<p>高祖父、太祖母、太公、太婆、齐衰三月</p>	<p>凡嫡孙父卒，为祖父母承重，服斩衰三年。高祖父母承重，服亦同。祖在，为祖母，杖期。</p>
	<p>族父之再从姊妹，即曾祖姊妹，在室出嫁，无服。</p>	<p>父母、祖母、齐衰三年</p>	<p>族伯叔父母，谓父之再从兄弟，即父兄弟之再从兄弟，曾祖兄弟，总麻。</p>
<p>堂姑，谓父之亲姊妹，在室出嫁，小功。</p>	<p>姑、祖母、齐衰杖期</p>	<p>堂伯叔父母，谓父之伯叔兄弟，及堂伯叔兄弟之妻，小功。</p>	<p>堂伯叔祖父母，谓祖之伯叔兄弟，及堂伯叔兄弟之妻，小功。</p>
<p>族祖之姊妹，在室出嫁，无服。</p>	<p>曾祖母、太公、太婆、齐衰三月</p>	<p>族曾祖父、伯叔、太公、太婆、齐衰三月</p>	<p>族伯叔祖父母，谓祖之伯叔兄弟，及堂伯叔兄弟之妻，小功。</p>

族姊妹 谓三从姊妹， 高祖姊妹	再从姊妹 谓父之伯叔 兄弟之子女， 即同曾祖姊妹	堂姊妹 谓同祖伯叔 姊妹	姊妹 谓己之姊妹	己身	兄弟之亲 谓兄弟之期年 兄弟妻 兄弟妻 兄弟妻 兄弟妻	堂兄弟 谓同祖伯叔 兄弟	再从兄弟 谓父伯叔兄弟 之子女，即同曾 祖兄弟	族兄弟 谓三从兄弟， 高祖兄弟	凡男为 人后者， 为本生亲 属，皆降一 等。唯本 生父母降 杖，父母 报服同。
族姊妹 谓三从姊妹， 高祖姊妹	再从姊妹 谓父之伯叔 兄弟之子女， 即同曾祖姊妹	堂姊妹 谓同祖伯叔 姊妹	姊妹 谓己之姊妹	己身	兄弟之亲 谓兄弟之期年 兄弟妻 兄弟妻 兄弟妻 兄弟妻	堂兄弟 谓同祖伯叔 兄弟	再从兄弟 谓父伯叔兄弟 之子女，即同曾 祖兄弟	族兄弟 谓三从兄弟， 高祖兄弟	凡男为 人后者， 为本生亲 属，皆降一 等。唯本 生父母降 杖，父母 报服同。
族姊妹 谓三从姊妹， 高祖姊妹	再从姊妹 谓父之伯叔 兄弟之子女， 即同曾祖姊妹	堂姊妹 谓同祖伯叔 姊妹	姊妹 谓己之姊妹	己身	兄弟之亲 谓兄弟之期年 兄弟妻 兄弟妻 兄弟妻 兄弟妻	堂兄弟 谓同祖伯叔 兄弟	再从兄弟 谓父伯叔兄弟 之子女，即同曾 祖兄弟	族兄弟 谓三从兄弟， 高祖兄弟	凡男为 人后者， 为本生亲 属，皆降一 等。唯本 生父母降 杖，父母 报服同。
族姊妹 谓三从姊妹， 高祖姊妹	再从姊妹 谓父之伯叔 兄弟之子女， 即同曾祖姊妹	堂姊妹 谓同祖伯叔 姊妹	姊妹 谓己之姊妹	己身	兄弟之亲 谓兄弟之期年 兄弟妻 兄弟妻 兄弟妻 兄弟妻	堂兄弟 谓同祖伯叔 兄弟	再从兄弟 谓父伯叔兄弟 之子女，即同曾 祖兄弟	族兄弟 谓三从兄弟， 高祖兄弟	凡男为 人后者， 为本生亲 属，皆降一 等。唯本 生父母降 杖，父母 报服同。
族姊妹 谓三从姊妹， 高祖姊妹	再从姊妹 谓父之伯叔 兄弟之子女， 即同曾祖姊妹	堂姊妹 谓同祖伯叔 姊妹	姊妹 谓己之姊妹	己身	兄弟之亲 谓兄弟之期年 兄弟妻 兄弟妻 兄弟妻 兄弟妻	堂兄弟 谓同祖伯叔 兄弟	再从兄弟 谓父伯叔兄弟 之子女，即同曾 祖兄弟	族兄弟 谓三从兄弟， 高祖兄弟	凡男为 人后者， 为本生亲 属，皆降一 等。唯本 生父母降 杖，父母 报服同。

犯罪而牵连受罚。历代法律都规定对于重大犯罪的处罚按照服制等级株连亲属。即所谓连坐及缘坐。

在民法方面(详见本章第四节及第五章),根据宗法制的原理,提倡亲属之间的互相帮助救济。唐以前近亲属之间有相互继承遗产的权利。亲属可以为“无后”(无子)的家族设定拟制的后代,以继承宗祧。凡出让土地房屋亲属有先买权。

在诉讼法方面(详见第六章),除了反对朝廷统治的重大犯罪,对其他的犯罪亲属之间应互为“容隐”,尤其对尊亲不得提起诉讼。

四、后世的宗族组织

汉代已有很多累世合族聚居的事例。三国两晋南北朝时期,世家大族势力强大,其组织形式并不完全按照儒家的宗法制理论。这些大族一般都以某一家族为中心,众多的族众宾客依附于中心大家族,主要是由异居异财的家族聚集而成,并不一定是严格的同一始祖所出的后代,甚至并不一定是同姓。其聚合的动力也不是出于对祖先神的祭祀,其活动也完全不是以祭祀为中心的。这时宗族的活动主要依靠大家族的主持及资助。

北宋时期出现了族产,从而形成了新的宗族组织。族产是由族中的有力者捐助的,一旦捐出后,就成为宗族本身的财产,不再属于任何个人。族产主要是土地、房产等不动产,依靠出租给外姓耕种或经营以获取收益。其收益主要用于救济贫穷族人,因此一般都号为“义庄”。收益的另一主要用途是用于宗族的祭祀经费,一般专门指定一笔不动产为“祭田”。此外族产的收益还用于资助族人参加科举考试。宗族由此具有近代民法中的财团法人的性质。

宗族一般按照儒家学说来构建,是同宗家族的聚合体。并不是以大宗的宗子为中心的,也不同居共灶,各个家族仍为完全独立的生活

及经济单位。但在婚姻、继承、析产、纠纷的解决等方面要接受宗族调节。宗族的长辈对于宗族事务有发言权，而日常事务的处理则推举族长负责处理。宗族制定族规家法，用以规范族人的行为。宗族一般都建设祠堂，作为宗族祭祀活动的中心。宗族供奉本族的始祖，编写本宗的谱系。族产作为宗族的物质基础，使宗族可以聚合同宗的族人，为族人提供经济、血缘、安全、教育等等帮助，成为一种真正的社会组织。所谓“凡祭祀、燕享、丧婚、交际，各有品节；出分、出赘之习，不入乎其门；而相养相敬之恩，涖洽于其族也！”^①

宗族的形成受到政府及法律的鼓励。为后世创立义庄族产规则的是北宋名臣范仲淹，据《范文正公集》所载《建立义庄规矩》，范仲淹为此曾上奏朝廷，称：“臣仲淹，奋身孤藐，遭世休明，深念保族之难，欲为传远之计，自庆历、皇祐（1041—1054）以来，节次于苏州吴、长两县置田亩，立义庄，贍同姓。创立规矩，刻制板榜，以贍后人。”该“规矩”还记载宋朝廷还曾应范仲淹之子的要求，特降指挥，允许苏州官府受理违反义庄规矩的诉讼。北宋元祐七年（1092年）诏：“诸大中大夫、观察使以上，每员许占永业田十五顷；余官及民庶愿以田宅充奉祖宗飨祀之费者亦听。官给公据，改正税籍，不许子孙分割典卖，止供祭祀。有余，均贍本族。”^②法律正式保护族产的独立性质。并允许以超过限额的土地作为族产，减免田赋。族产制度以及宗族组织得以迅速普及。

明清时法律进一步加强宗族的地位，允许宗族在一定程度上“自治”。如明清律例对于婚姻、立嗣等事涉家族利益的纠纷都允许宗族讨论决定，甚至默认宗族对于族人纠纷或轻微犯罪的裁判及惩治。对于侵害宗族的行为则予以严惩。如清条例规定：“凡子孙盗卖祖遗祀

^① 宋·胡寅：《斐然集》卷二〇《施氏义田记》。

^② 《宋会要辑稿·食货·民产杂录》。

产至五十亩者,照投献捏卖祖坟山地例,发边远充军。不及前数及盗卖义田,应照盗卖官田律治罪。其盗卖历久宗祠一间以下,杖七十,每三间加一等,罪止杖一百徒三年。”^① 各宗族的族规也都具有遵循礼教、严守国法的内容。明清时有很多恢复宗法制或加强宗族势力的议论,如顾炎武在其名著《日知录》中称最理想的社会应该是“一家之中,父兄治之;一族之中,宗子治之”。清《聚民论》则主张:“凡族必有长,而又择其齿德之优者以为之副。凡劝道风化,以及户婚田土争竞之事,其长、副先听之,而事之大者,方许之官。国家赋税力役之征,亦先下之族长。族必有田以贍孤寡,有塾以训子弟者,有器械以巡徼盗贼,惟族长以意经营,而官止为之申饬。”^② 这种官府控制下的宗族自治观念,对于明清时期的实际司法自然有着很大的影响。族规实际上成为国法的补充。

第二节 家庭制度

在古代法律上,家与族往往是两个概念:家一般指同居共财的家庭,和行政法上的户相对应;而族一般指有同一男性血缘关系家的集合体。为避免混乱,在此以家庭一词来代替家族。

一、家 长

家庭的统率者是家长,《墨子·天志上》称“恶有处家而得罪于家长而为可也”。和国家只能有一个最高统治者一样,中国古代从来认

^① 《大清律例通考》卷九《户律·田宅》。

^② 《皇朝经世文编》卷五八《礼政五·宗法上》。

为家长只能是一个,如《荀子·致仕》:“父者,家之隆也,隆一而治,二而乱。”《礼记·坊记》:“家无二主,尊无二上。”司马光《书仪·居家杂仪》:“凡诸卑幼事无大小,必咨禀于家长。”“安有父母在上而其下敢恣行不顾者乎?虽非父母,当时为家长者,亦当咨禀而行之。则号令出于一人,家始可得而治矣!”

在男性祖先被奉为祖先神的环境里,自然是以同居的最高辈分的男性直系尊亲——父、祖父为唯一的家长。像这样的父家长制是世界上许多古代文明都曾有过的现象,不过中国古代的父家长制颇具特色的是,在相对于子孙等卑亲属的时候,母亲也具有家长的地位。无论礼书、律例,言及家长时都是祖父母、父母并提。当然母亲的家长权来自父权,是因父之妻才被提及的,父亲是家长权力的主动者、发动者,母亲只能是顺从或执行这一权力。法律上规定在受到卑幼的侵害时,侵害母与侵害父的行为一般都予以同样的处罚。在相对于父时,母作为妻则又居于卑幼的地位。从服制上来说,唐以前,父在,子只为母服期丧,唐代开元年间经过一场大辩论,才决定改为子为母服齐衰三年。明初立法,才将母服提高为斩衰三年。

当父亲去世后,家长权往往就由母亲代掌,其资格的取得是必须以“守志”为前提。因为守志,寡母就成为亡父的替身,是替亡夫在行使权力。儿子成年为家长,对于寡母仍要行孝。虽然有“妇人从人者也,幼从父兄,嫁从夫,夫死从子(注:从,谓顺其教令)”(《礼记·郊特牲》)的教条,但历代法律从不将寡母列为要受已成年儿子教令的对象,相反,在侵害及财产的纠纷上,法律依然将寡母视为具有家长身分的对象。

二、三父八母

由于复杂的妻妾及再婚等因素,父母的称呼往往比较混乱。因此

中国古代法律专门有设定父母称呼及其在服制亲属关系上意义的内容。如《唐律疏议·名例》“其嫡、继、慈母，若养者，与亲同”，即规定嫡母、继母、慈母、养母的服制和亲母相同。根据律疏解释，嫡母是指父亲的原配正妻，其他妾生子应称其为嫡母；继母是指嫡母死亡或被父亲休弃后，父亲再娶者；慈母专指无子之妾依夫命抚养其他无母的庶子，该庶子称该妾为慈母；养母是指无子而养同宗过继之子。元明清的律典都在律首载《三父八母图》，以说明称呼及服制。

三父是指“同居继父”、“不同居继父”、“从继母嫁继父”。其中的同居继父又分为“两无大功亲同居继父”（继父无子、继子也无伯叔兄弟）和“两有大功亲同居继父”（继父有子或孙，继子有伯叔兄弟）两种，前者继子为继父服期年，后者继子为继父服齐衰三月。不同居继父也分为“今不同居继父”（曾同居而现已不同居）和“不同居继父”（从未曾同居）两种，前者的服制为齐衰三月，后者为无服。从继母嫁继父是指随继母至继母后夫家生活，服制为齐衰杖期年。很明显，在这三父之中，无一和继子形成了正式的父子关系。

八母是指养母、嫡母、继母、慈母、嫁母、出母、庶母、乳母。养母为“自幼过房与人”者的拟制母亲，过房养子应服斩衰三年。嫡母是妾生子对父亲正妻的称呼，同样服斩衰三年。继母是父亲的后妻，诸子应服斩衰三年。慈母是指妾生子的生母因死亡或被出，由父亲指定其他的妾加以抚养，也应服斩衰三年。嫁母是指父亲死后，改嫁他人的亲母，亲子应为其服齐衰杖期。出母是指被父亲休弃的母亲，亲子应服齐衰杖期。庶母是指父亲的有子妾，其亲生子应为其服斩衰三年，其他的众子服齐衰杖期。乳母是指父亲指定代为哺育的父妾，被乳之子应为其服緦麻。

三父八母的区别当然不仅仅是为了丧服，以上的这些规定同时也就意味着相对人与其在法律上的亲属关系。

三、家庭关系

和世界上许多古代文明一样,中国古代的家庭也是一个处在父家长权威之下的集合体。家庭人员之间的关系主要有身分上的、财产上的,等等。

(一) 身份关系

古代法律赋予家长具有对于卑亲属进行教育、命令、约束及必要时进行惩戒的权力。这种惩戒权一是家长对子孙卑幼直接进行惩戒的权力,按《说文》“父,矩也。家长率教者,从又举杖。”所谓“家无怒笞,则竖子婴儿之有过也立见”(《吕氏春秋·荡兵篇》)。秦二世胡亥和赵高合谋假始皇诏赐长子扶苏死,扶苏称:“父而赐子死,尚安敢复请?”(《史记·李斯列传》)甘愿自杀。这个事例或许表明当时父家长可以杀子。但汉儒在《白虎通德论》中称“天地之性人为贵,人皆天所生也,托父母气而生耳。王者以养长而教之,故父不得专也”。可能已禁止杀子。北魏律及唐宋法律对于杀子都要处徒刑,只允许以扑责。《唐律疏议·斗讼》律疏:“祖父母、父母有所教令,于事合宜,即须奉以周旋,子孙不得违犯。”而元明清的法律甚至允许父母“依法决罚”不服教令的子孙至死。“诸父有故殴其子女邂逅致死者免罪。”(《元史·刑法志》)即使是“非理毆杀”也不过处杖一百。

惩戒权的另一方面是父母可以将认为不孝顺的子孙送交官府请求处治。云梦出土的秦简“封诊式”有一“迁子”的爱书,内容是父亲请求将已分居的亲子断足、迁往蜀郡边地,官府即应其所请,将其子断足并准备解送蜀郡。另一例是“告子”,父亲请求杀死不孝的儿子^①。

^① 《睡虎地秦墓竹简》,第261—263页。

后世法律依然保持这一传统,只是一般不同意直接处死刑。清代条例允许父母呈请将不孝子孙发遣云贵。^①

法律认定家长代表全家,并应为家庭成员的行为负责。唐《户令》:“诸户主,皆以家长为之。”(《通典·食货七·丁中》)按时申报户口,不得荒芜土地,按时缴纳赋税等等都是由户主承担责任。唐以后各代法律都规定一家共同犯罪,一般以家长为首犯。

由于婚姻是关系到祖先血脉延续的大事,主婚权自然也是由家长一手掌握。婚姻的缔结至婚礼的进行,无一不是由家长来推进的,子孙只是被动的接受,甚至除了婚礼的最后阶段以外,当事人都可以不出场。

与家长的权力相对应,子孙之类的卑亲属则承担着服从家长统率、尽力劳作供养家长的义务。如果忽视或反抗就构成重罪。同时,妻子在和丈夫相对的场所就处在了卑幼的地位,如《唐律疏议·斗讼》律疏“其妻虽非卑幼,义与期亲卑幼同。”夫殴、杀、诬告等侵害妻子的行为都可减轻处罚。

(二) 财产关系

家庭的财产在理论上应该是“同居共财”,由家长统一管理处分。《礼记·坊记》“父母在不敢有其身,不敢私其财。”同书《内则》也称:“子妇无私货,无私畜,无私器,不敢私假,不敢私与。”至晚从唐律起,律典都有“卑幼私辄(或擅)用财”的罪名。子孙“别籍异财”一直是不孝重罪之一种。

值得注意的是妻子嫁妆财产的所有权问题。从云梦出土的秦简“法律答问”来看,秦代的法律似乎对于妻子的财产是另外计算的。如妻子告发有罪的丈夫,原来应该连坐没收的妻子的陪嫁奴婢、衣物都可以不没收。相反如果是妻子因犯罪被捕,其陪嫁的财产都要给予丈

^① 《大清律例通考》卷四《名例律上》。

夫^①。《礼记·杂记》汉儒郑注引汉律“弃妻界所赀”，允许妻子将嫁妆带走。汉代司马相如和丧夫归宗的卓文君一起私奔，卓文君的父亲最后被迫“分予文君僮百人、钱百万，及其嫁时衣被财物”（《史记·司马相如列传》），这里的“嫁时衣被财物”，即卓文君第一次结婚时的嫁妆，在丈夫死后归宗时带回娘家，而私奔时未及带走。《宋刑统·户婚》引唐《户令》有关家庭析产的“应分条”中，有“妻家所得之财，不在分限”。可见，妻子的嫁妆还有一定程度上的独立性。但元代法律规定：“今后应嫁妇人不问生前离异、夫死寡居，但欲再适他人，其元随嫁妆奁财产，一听前夫之家为主，并不许以前搬取随身。”^②以后明清的律例基本照搬了这项法律。妻子对于自己的嫁妆的所有权要以是否坚持守寡为前提，说明在丈夫活着的时候，法律也不保护妻子嫁妆的独立性。结婚以后嫁妆已自然加入夫家的财产。

四、立 嗣

中国古代高度重视生育后代的问题，以养儿防老、延续宗祧。如果一个人未能生育亲子，就是没有“后”，其祖先及其自身在阴间都要得不到血食祭祀，这是最可怕的事。因此要给没有亲身后代的人拟制一个后代，这就是立嗣。习惯上称之为“立嗣子”，“嗣子”，“承继子”，“立继子”，“过继子”，“继子”，“过房子”，等等。

虽然“神嗜饮食”（《诗·小雅·谷风·楚茨》），但是“神不歆非类”（《左传·僖公十年》），理论上祭祀者如与先祖无血缘关系，先祖神就无法享受祭品。因此拟制的儿子必须是同宗后代。《仪礼·丧服

^① 《睡虎地秦墓竹简》，第224页。

^② 《元典章》卷一八《户部·婚姻·夫亡》。

传》称“为人之后”，“同宗则可为之后”就是这个意思。西汉末年法令规定王侯“亡子而有孙、若子同产子者，皆得以为后”（《汉书·平帝纪》），“子同产子”就是以兄弟之子为子。唐《户令》规定“无子者，听养同宗昭穆相当者”^①，允许收养同宗的下一辈分（侄子）为自己的后代。这种收养是以延续香火为目的的，只能是一人，晋令：“无子而养人子以续亡者后，于事役复除无回避者，听之，不得过一人。”^② 后世法律对于收养同宗为后又设定顺序，如《大明令·户令》：“无子者，许令同宗昭穆相当之侄承继。先尽同父周亲，次及大功、小功、缌麻，如俱无，方许择立远房及同姓为嗣。”

古代严格意义上的、法律所称的养子就是上述的这种同宗养子。如果收养异姓为子，即使不是“为后”，仍旧触犯刑律，视为犯罪行为。《唐律疏议·户婚》“养异姓男者，徒一年；与者，笞五十。”律疏的解释是“异姓之男，本非族类。”同样也不得收养贱民为子孙，“养部曲及奴为子孙者，杖一百，各还正之。”明清律依旧设此罪名，“其乞养异姓义子以乱宗族者，杖六十。若以子与异姓人为嗣者，罪同。”而且收留迷失子女出卖他人或自己留为子孙者，要杖九十、徒二年半^③。不过古代法律又为此设定但书，上引唐律之后又有“其遗弃小儿年三岁以下，虽异姓，听收养，即从其姓”的规定，律疏对此的解释也是出于人道的理由：“其小儿年三岁以下，本生父母遗弃，若不听收养，即性命将绝，故虽异姓，仍听收养，即从其姓。如是父母遗失，于后来识认，合还本生；失儿之家，量酬乳哺之直。”上引明清律条也有相同的规定，但又加以限制：“但不得以无子遂立为嗣。”异姓养子不得为嗣，一般习称“假子”、“义子”、“螟蛉子”，等等。

① 《唐律疏议》卷一二《户婚》“养子舍去”条律疏引。

② 《通典》卷一九《礼二九·嘉一四》引。

③ 《大清律例通考》卷八《户律·户役》。

一旦被收养后,养子和本生父母的服制就要降低一级,而要为养父母服斩衰。同样也就要对养父母承担和亲子同样的义务。尤其是不得擅自归宗,上引唐律条文有“诸养子,所养父母无子而舍去者,徒二年。若自生子及本生无子,欲还者,听之”。明清律依旧有此条,只是处罚减为杖一百,并加“发付所养父母收管”。明清时附于上引律文的条例还规定:“若继子不得于所后之亲,听其告官别立。其或择立贤能及所亲爱者,若于昭穆伦序不失,不许宗族指以次序告争。”因此选择权在于养父母。

在和养父母其他的卑亲属,如义子、女婿、后生的亲子的关系上,主动权也完全在于养父母。上引明清的条例又有:“若义男、女婿为所后之亲喜悦者,听其相为依倚,不许继子并本生父母用计逼逐,仍酌分给财产。”三岁以下收养的异姓养子也不可强迫归宗。养父母后生养子,养子要按养父母的意思,可以归宗,也可以仍旧在养父母家生活,将来与亲子共同继承财产。

立嗣是为了祭祀祖先,但如果被继承人在生前并未收养嗣子,就可以在他死后由其他人为他指定一个嗣子来延续其香火,同时也继承他的财产。这种嗣子的设定主要是为了继承,所以又称为继绝子。在被继承人死后为其指定继承人的法律是中国古代特有的现象,如果硬要为这种现象加一个现代民法概念的话,就只能说是“死后养子”了。^①宋代规定这种指定的顺序是:父死而母在,就要由母亲从同宗的侄辈中挑选;父母皆亡,由近亲尊长指定。前者称“立继子”,后者称“命继子”。“立继者,谓夫亡而妻在,其绝,则其‘立’也,当从其妻;命继者,谓夫妻俱亡,则其‘命’也,当惟近亲尊长。”^②但后世的法律则有所修正,《大明令·户令》:“凡妇人夫亡无子守志者,合承夫

^① 叶孝信主编:《中国民法史》,第398页。

^② 《名公书判清明集》卷八《户婚门·立继》。

分，须凭族长择昭穆相当之人继嗣。”母亲的“立继权”被剥夺，转给了宗族的族长。

立嗣在理论上是祭祀祖先的问题，但实际上涉及的是家族财产的再分配，因此历代有关立继的诉讼层出不穷，主要问题有能不能为未婚的死者指定嗣子，独子能不能出继这样两大难题。清乾隆年间斟酌前后已有法令，制定条例加以规范。规定一般情况下“寻常夭亡未婚之人，不得概为立后”，但在“独子夭亡”、“出兵阵亡”这两种情况下，可以为其立嗣。另外在立嗣时“如可继之人亦系独子，而情属同父周亲、两相情愿者，取具合族甘结，亦准其承继两房宗祧”。这种承继两房宗祧的嗣子被称为“兼祧”，原来就是民间的习俗，至此转为正式的法律。当然这条条例仍然比较模糊，如对“寻常夭亡”的年龄并未说明，一般按照清《户部则例》，当为二十岁上下^①。清代有关立嗣的诉讼依然是困扰司法机关的难题。

第三节 婚姻制度

中国远古时代的婚姻习惯已难考证，从各种史书记载的传说来看，或许在远古时代曾存在过多种形态的婚姻习惯。如《周礼·媒氏》称：“仲春之月，令会男女，是时也，奔者不禁。”可能是远古自由婚习惯的孑遗。《周易》有“匪寇婚媾”之说，《礼记·曾子问》“孔子曰：嫁女之家三夜不息烛，思相离也；娶妇之家三日不举乐，思嗣亲也。”《说文》“婚，礼：娶妇以昏时，故曰婚。”或许是反映了远古抢掠婚的痕迹。至西周时基于买卖婚转化而来的聘娶婚制成为主流，并确定为周礼的重要内容之一，经儒家的解说发挥后，对后世的婚姻制度发生了深

^① 参见《读例存疑》卷九《户律·户役》“立嫡子违法”条按语。

远的影响。

一、婚姻的目的与一夫一妻多妾制

至迟至西周时，一夫一妻多妾制的婚姻制度就已确立。这一制度的出发点是为了能够延续宗族的血脉。《礼记·昏义》对于婚姻的目的总结为：“婚礼者，将合二姓之好，上以事宗庙，而下以继后世也。”这种观念反映了中国古代重于祖先崇拜、生殖崇拜的习俗，婚姻主要是被作为可以延续后代、可以永远祭祀祖先的手段。同时西周又重视宗法，强调嫡长子继承，为确定嫡长子就需要确定正妻的地位。所以为保证后嗣和区别嫡庶，就需要在男子的多个配偶中确定不同的地位。

在古代礼制及法律中，都强调一夫只能有一个正妻。《礼记·昏义》称古者天子后立六宫、三夫人、九嫔、二十七世妇、八十一御妻。但《周礼》则言西周王者立一后，下有三夫人、二十七世妇、八十一女御。《左传·桓公十八年》载辛伯语：“并后匹敌，两政祸国，乱之本也。”后世法律都规定有妻再娶为重婚之罪，唐宋时要处以徒刑一年，后娶之妻应强制离异，如欺妄冒娶，加徒半年。明清律规定要处杖九十，后妻强制离异。

古代礼制及法律对于妾的数目也有限制，主要原则是必须按其社会地位而定妾的数目。据儒家经典的说法，西周时天子娶后，后之国随嫁二女，同姓三国之女随嫁各三人，后连同这些随嫁的侄娣共十二女；诸侯娶一国，则两国往媵之，以侄娣从，共一娶九女；卿大夫娶同国，妻之侄娣随嫁为媵；士有一妻二妾或一妻一妾；而庶人唯一妻，即匹夫匹妇。后世法律依然往往有类似的制度。如晋令规定：诸王置妾八人，郡公及侯置妾六人，第一、第二品官可有妾四人，第三、第四品官可有妾三人，第五、第六品官可有妾二人，第七品以下可有

妾一人^①。唐代规定五品以上的正妻外的配偶称媵,五品以下称妾,各有明确的数量限制:“亲王孺人二人,视正五品;媵十人,视正六品。嗣王、郡王及一品,媵十人,视从六品。二品,媵八人,视正七品。三品及国公,媵六人,视从七品。四品,媵四人,视正八品。五品,媵三人,视从八品。降此已往皆为妾。”^②《元史·刑法志》载元代法律“有妻妾复娶妻妾者,笞四十七,离之”。可见妾也以一人有限。明代规定亲王妾媵十人为止,世子、郡王妾额为四人,长子及将军(皇族封号)妾额三人,中尉(皇族封号)妾额二人。官员可以娶妾,而普通庶民只能在“年四十以上无子”的情况下才可娶妾一人(《大明令·户令》)。《大明律·户律·婚姻》规定娶妾超过规定的应处以笞四十的刑罚,但却并不同时规定应“离异”,因此这一法律在很大程度上不过是具文而已。清律废除了这一条文。

所谓“妻者,齐也,与夫齐体”(《白虎通·嫁娶》);“一之与齐,终身不改”(《礼记·郊特牲》);“夫妻一体也,……夫妻牝合也”(《仪礼·丧服·子夏传》),都说明正妻的地位在众多的配偶中是最高的,在为祖先延续后代的作用上与丈夫平齐。正妻要经过正式而繁琐的程序聘娶,所谓“聘则为妻”;而妾无须正式的程序,可以是陪嫁、随嫁,可以是买来的女奴。《释名》:“妾,接也。以贱见接幸也。”《唐律疏议·户婚》律疏:“妾通买卖,等数相悬。”妾与夫家的关系是买卖关系,双方并无“合两姓之好”的亲戚关系。妾不具有家长的地位,相反她是处在家长的权威之下。家长殴妻罪减殴凡人二等,而殴妾又减殴妻罪二等(减凡四等)。唐宋法律规定家长杀妾减凡二等,至重不过流刑。明清律更减为罪止杖一百徒三年。《仪礼·丧服·子夏传》称“妾之事女君与妇之事舅姑等”,后世法律也规定妻如殴、伤妾都可减凡

① 《魏书》卷一八《太武五王传》引晋令。

② 《唐六典》卷二《吏部司封郎中员外郎》。

二等。妾如殴家长则加妻殴夫罪一等，折伤以上加凡斗四等，加至死刑。妾殴妻也要加凡一等。

由于妻妾的地位截然不同，所以古代法律严禁紊乱妻妾的位置。如《穀梁传·僖公九年》载诸侯葵丘之会的盟约就有“勿以妾为妻”。西晋泰始十年（274年）诏：“嫡庶之别，所以辨上下、明贵贱。而近世以来，多由内宠。自今以后，皆不得登用妾媵以为嫡正。”（《晋书·武帝纪》）《唐律疏议·户婚》规定：“诸以妻为妾、以婢为妻者，徒二年。以妾及客女为妻、以婢为妾者，徒一年半。各还正之。”婢女要经放良、或生子后才可为妾。明清律也有类似的规定，以妻为妾，处杖一百，如是妻尚健在即以妾为妻，处杖九十，并须改正。

二、婚姻的成立条件

（一）“父母之命，媒妁之言”

《孟子·滕文公下》称：“不待父母之命、媒妁之言，钻穴隙相窥、逾墙相从，则父母、国人皆贱之。”可见至少在战国时期，这两项要件已是民间的习俗，也很有可能已是成立婚姻的法律要件。

既然婚姻是为了祖宗及两姓的利益，双方当事人的意思在婚姻的缔结问题上就几乎是无足轻重的。提出议婚及主婚者都是男方的家长，当事人只是一个被动的角色而已。必须由“父母之命”来开始和进行议婚、婚礼的程序，这在西周的礼制中已经存在。甚至即使新妇已迎娶至家，只要没有举行祭拜男家先人的“庙见”仪式，仍不能算是成婚。

后世法律都强调婚姻必须由尊长主婚，尊长自然首先是祖父母、父母，其次是伯叔，再次为兄长。如唐律提到婚姻应由期亲尊长主婚，而据《唐律疏议·名例》律疏，尊长是指祖父母、父母、伯叔姑、兄弟。

唐令文也有“伯叔若无，始及兄弟”的规定^①。《大明令·户令》“凡嫁娶，皆由祖父母、父母主婚；祖父母、父母俱无者，从余亲主婚。”清代的《清律辑注》认为，“余亲当尽伯叔父母、姑、兄姊、外祖父母，如无，则从余亲尊长。”其顺序上除加有外祖父母外，和唐宋时法律并无不同。婚姻如违反法律，处罚的是主婚人。因为婚姻本身是由主婚的尊长决定的，当事人只有被动接受的义务，如成为一项犯罪，自然是以主婚人为主犯。

然而后世法律对于“父母之命”的原则也有所修正。随着人口流动的逐渐频繁，在很多情况下子孙来不及等待“父母之命”就自行结婚，法律对此也是认可的。如《大明律·户律·户婚》在“男女婚姻”律条中特意规定：“若卑幼或仕宦、或买卖在外，其祖父母、父母及伯叔父母、姑、兄、姊，后为定婚，而卑幼不知，自娶妻已成婚者，仍旧为婚。未成婚者，从尊长所定。违者杖八十。”对于既成事实，家长就应该承认。

开始议婚必须依靠专门的媒妁来进行，这也是在西周时就已是礼的要求。《诗·豳风·伐柯》：“娶妻如之何？匪媒不得。”《礼记·曲礼》的解释是：“男女非有行媒，不相知名；非受币不交不亲，以厚其别也。”据《周礼》的说法，西周已设有“媒氏”的官职，负责撮合男女的婚姻。不过似乎在春秋战国时期私媒在民间更活跃，《战国策·燕策》言“周地贱媒，为其两誉也，之男家曰女美，之女家曰男富”。《唐律疏议·名例》律疏：“嫁娶有媒”，《户婚》律疏：“为婚之法，必有行媒”。可见当时法律要求由媒人代双方议婚。元代法律曾规定媒妁要由当地官府及社长、巷长等严格挑选“信实妇人”充当，并经官府登记^②。明清时在各地指定“官媒”，除承担撮合婚姻外还要为

^① 《唐令拾遗》，第159页，引据日本古代《令集解》。

^② 《通制条格》卷四《户令·嫁娶》载至元八年（1271年）诏书。

人口买卖充当见证。

(二) 婚 龄

按照《周礼·地官·媒氏》的说法,西周时“男三十而娶,女二十而嫁”。这一法定的婚龄似乎过高。另据《礼记·曲礼》的说法,男子二十岁行冠礼,结发戴冠为成年;女子十五岁及笄,以簪结发为成年。或许是男二十岁、女十五岁可成婚。

云梦出土的秦简“法律答问”部分有“女子甲为人妻,去亡,得及自出,小未盈六尺,当论不当? 已官,当论;未官,不当论。”^① 据此,秦代法律似乎是以身高来衡量是否达到婚龄的。而这一制度似乎并未被汉朝沿袭,汉惠帝时下诏“女子十五以上不嫁者五算”(《汉书·王吉传》),对满十五岁未嫁的女子加倍征收人头税,则可视为汉代的法律规定女子以十五岁为法定婚龄。

后世的法定婚龄都较低。如北周建德三年(574年)诏:“自今男年十五、女年十三,爰及鳏寡,所在以时嫁娶。”(《北史·周本纪》)唐贞观元年(627年)诏规定的婚龄为男二十岁、女十五岁,但开元二十二年(724年)诏则又减为男十五岁、女十三岁就可成婚,并编为令文^②。这一规定被沿用至宋代。元代法令规定的婚龄为男十六岁、女十四岁,明清沿袭。

对于指腹为婚,历代法令并无规定。元至元六年(1269年)诏:“男女婚姻或以指腹、并割衫襟为亲,既无定物婚书,难成亲礼。今后并行禁止。”(《通制条格·户令·婚娶》)明清沿袭这一规定。另外,约从宋代开始,民间流行童养媳风俗,以成年后娶为儿媳的目的收养女童。这在法律上没有明确的规范,仅元代法律曾规定:“诸以童养未成婚男妇转配其奴者,笞五十七。妇归宗,不追聘财。”(《元史·刑法

^① 《睡虎地秦墓竹简》,第222页。

^② 《唐令拾遗》,第158页,引据《司马氏书仪》、《文公家礼》及日本《养老户令》。

志》)宋至明清在司法实践中一般都将童养媳视为未成婚,如有侵犯视同凡人处理。

(三) 六 礼

据《礼记·昏义》、《仪礼·士婚礼》,西周婚姻已有“六礼”的程序,按照唐人孔颖达疏,“六礼”为纳采、问名、纳吉、纳徵、请期、亲迎。“纳采”为采择之礼,由男方家长向女方家长提亲,一般以大雁为采礼,取雁为候鸟、信时守约之义。“问名”为男家具书问女方姓名出生年月及其生母之姓氏。“纳吉”为男家将女方姓名生辰占卜得吉兆,备礼通知女家。“纳徵”在春秋时又称“纳币”,即纳聘财。徵即成,男家择吉日向女家送上聘财即为婚约的确定。聘礼一般为丝织品,贵族还要加上兽皮、玉器等。“请期”为男家与女家商议正式成婚的日期。“亲迎”为最后成婚的仪式,男女双方至此方才亲身参与这件终身大事,由男方承父命先至女家拜祭女家的祖先,再赶回家中,迎候女方的到来,“共牢而食,合卺而酹”后,才算完成程序。

先秦的“六礼”恐怕只是当时贵族之间的婚礼,一般的庶民是否能够具备这样复杂而花费很大的程序是值得怀疑的。就目前所能见到的资料而言,秦汉时法律对于婚姻的缔结程序并无明确规定。《隋书·礼仪志》载北齐制度,规定“六礼”所用的财物,六礼的每一步骤所送礼物应为“羔羊一口、雁一只,酒、黍、稷、稻、米、麦各一斛”,庶民减半。纳徵所用财物也按社会身份设定不同标准。可见当时六礼已是法定的婚礼程序。

宋代的儒学著作《(朱)文公家礼》等将六礼简化,将纳吉并入纳徵、将问名并入纳采,改行以纳采、纳徵、亲迎三礼为主的婚礼程序。在民间产生很大的影响。元代法律规定民间婚礼应按照文公家礼。《通制条格·户令·婚姻礼制》规定,婚礼应行“议婚”(由媒妁往来通言)、“纳采”(包括问名、纳吉)、“纳币”、“亲迎”、“妇见舅姑”(于成亲次日进行)、“庙见”(于成亲后第三日进行)、“婿见妇之父母”(庙见后

的次日)诸礼。《大明令·户令》也规定：“凡民间嫁娶，并依文公家礼。”但并不详细列举细目。

(四) 婚书与聘财

《周礼·地官·媒氏》称“凡娶判妻入子者，皆书之”，据此西周时或许要求男女结婚要经过官府的登记。上引云梦出土的秦简“法律答问”中，提到的“已官”、“未官”，当为秦代法律规定婚姻必须经过官府登记程序。后世法律对于婚姻的形式要件一般没有这样的经官登记的要求。在法律上对于民间婚姻程序要件的规定，主要是要求具备“婚书”或“聘财”要件。

《唐律疏议·户婚》：“诸许嫁女已报婚书及有私约(律注：约，谓先知夫身老、幼、疾、残、养、庶之类)而辄悔者，杖六十。虽无许婚之书，但受聘财亦是(聘财无多少之限。酒食者非。以财物为酒食者，亦同聘财)。”律疏解释律注“已报婚书”为“谓男家致书礼请，女氏答书许讫”。敦煌出土的唐代文书中有几件这种婚书的样文：

通婚书 △顿首顿首。触叙既久，倾慕良深(如未相识即云：久藉徽猷，未由展覲)。倾慕之至，难以名言。时候伏惟 △位动止万福，愿馆舍清休(如前人无妻即不用此语)。即此△蒙稚免，展拜未由，但埤翹轸重。谨奉状不宣。 △郡姓名 顿首顿首。 (别纸)△自第几男(或弟、或侄△△)，年已成立，未有婚媾。承贤第△女(或妹、侄女)，令淑有闻，四德兼备。愿法高援，谨同媒人△氏△乙，敢以礼请托。若不遗，伫听嘉命。 △自。

答婚书 △顿首顿首。久仰德风，意阙披展(如先相识即云：求展既久，倾慕良深)。忽辱荣问，慰沃逾增。时候伏惟 △动止万福，愿馆舍清休(前人无妻即不用此语)。即此△蒙稚免，言叙未由，但增企除。谨奉状不宣。 △郡姓名顿首顿首。 (别纸)△自第几女(或妹、侄、孙女)，年尚初笄，未闲

礼则,承贤第△男(或弟、侄、孙),未有伉俪,顾存姻好,愿托高援。谨回媒人△氏。不敬△自。^①

后世的婚书与之大同小异,但更强调聘财的重要性。元代法令明确规定婚书不得用“彝语虚文”,要明写聘财的种类数量,并要采取“合同”文书(有骑缝记号的复本文书)的形式,双方家长要亲自签署。不具备这些形式要件的婚书均在裁判上认定为假伪,为无效婚书^②。如元代《新编事文类聚启割青钱》卷七所载婚书式:

纳聘书式 某州、某县、某处、姓某,今凭某人为媒、某人保亲,以某长男名某,见年几岁,与某处某人第几令爱、名某姐,见年几岁,缔亲。备到纳聘财礼(若干)。自聘定后,择日成亲。所愿夫妻偕老,琴瑟和谐。今立婚书为用者。

年月日合同婚书(大字) 婚主姓某押 女婿姓某押 保亲姓某押 媒人姓某押

回聘书式 具乡贯姓某,今凭某人为媒、某人保亲,以某第几女、名某姐,见年几岁,与某处某人几男名某,见年几岁,结亲。领讫财礼(若干)。自受聘后,一任择日成亲。所愿夫妻保守,永续繁昌。今立婚书为用者。

年月日合同婚书(大字) 婚主姓某押 保亲姓某押 媒人姓某押

明清的法令对此没有明确规定,但实际上沿袭元代法令对于婚书的要求,尤其是对于聘财的记载仍被认为是判断婚书是否有效的要件。

《晋书·刑法志》言晋律“崇嫁娶之要,一以下聘为正,不理私约”,聘财的重要性超过了双方私下的约定。而唐律所言“私约”实际

^① 转引自[日]仁井田陞:《中国身份法史》,座右宝刊行会1942年版,第348页。

^② 《元典章》卷一八《户部·婚姻》“嫁娶礼书”。

是婚书之外双方关于特殊情况的说明。聘财仍是最重要的要件，唐律的律疏在解释上条律文时称：“婚礼，先以聘财为信。故礼云：聘则为妻。……即受一尺以上，并不得悔。”尽管可能双方当事人从未见过面，但只要女方家长接受了聘财即在法律上成立了婚姻关系。唐律规定如女方家长在接受了聘财后更许他人处杖一百；已成婚者处徒一年半，女追还前夫。元代法令按户等设定聘财的限额，上户金一两、银五两、彩缎六付、杂绢四十匹；中户金五钱、银四两、彩缎四付、杂绢三十匹；下户银三两、彩缎二付、杂绢十五匹。并减轻了悔婚的处罚，悔婚处笞三十七下，更许他人笞四十七下，已成婚者笞五十七下^①。明清律改为男女双方悔婚均笞五十，女方更许杖七十，已成婚者杖八十。

成立婚书或接受聘财后，男方也承担在一定期限内举行亲迎仪式成婚的义务。唐《户令》有：“凡结婚已定，无故三月不成，及逃亡一月不还、若没落外蕃一年不还者、及犯徒罪以上，女家欲离者，听之。”^②而据宋代的《名公书判清明集》所载宋代法条“诸定婚无故三年不成婚者，听离”^③，成婚年限较长。但唐宋的立法似乎都没有考虑聘财需否返还的问题。《大明令·户令》则明文规定：“若已定婚，未及成亲而男女或有身故者，不追财礼。其定婚，女犯奸经断，夫家愿弃者，追还聘财。五年无故不娶、及夫逃亡过三年不还者，并听经官告给执照，为行改嫁，亦不追聘财”。

娶妾原为买卖行为，故《唐律疏议·户婚》律疏称“娶妾仍立婚契”。无须举行六礼之类的程序。元代规定娶妾也必须立婚书。这种婚书的形式在法律上并没有明确的规定，如据明《万书萃宝》一书所载的妾婚书式：

^① 《通制条格》卷三《户令·婚姻礼制》。

^② 见《唐令拾遗》，第161页，引据日本《养老户令》。此条令文因无中方史料的记载，是否确为唐令原文当存疑问，但规定成婚期限当为唐令应有之条。

^③ 《名公书判清明集》卷九《户婚门·婚嫁》“诸定婚无故三年不成婚者听离”引。

△里△境△人,有亲生自养女子,立名某娘奴,年已长成。凭媒某人某氏,议配△境△人为侧室。本日交到聘银若干两,本女即听从择吉过门成亲。熊黑协梦,瓜瓞绵延。本女的系亲生自养女子,并不曾受人财礼,无重叠来历不明等事。如有此色及走闪,出自△跟寻送还。倘风水不虞,此乃天命,与银主无干。今欲聘证,故立婚书为照。^①

可见其基本是模仿一般的人口买卖契约形式,由卖方立契,由卖方提出种种担保。

三、婚姻的限制

婚姻在古代被视为家族人伦之始,因此在法律上设定了颇多的限制。主要可分为通婚姓氏亲族限制、身份限制、嫁娶违律等等。

(一) 姓氏亲族的限制

1. 同姓不婚。“同姓不婚”是悠久的传统禁忌。姓原是古代氏族的标志,中国远古时代有不少部落采用族外婚制,族内通婚是一种重要的神鬼禁忌,是族内任何人都不敢触犯。据王国维《殷周制度考》的考证,周族就是实行这种族外婚制的。在周族打败商朝后,同姓不婚也就成为周族控制下地区的婚制原则,尤其是周礼的重要内容。如《礼记·曲礼》称:“娶妻不娶同姓,故买妾不知其姓则卜之。”《礼记·大传》称:“百世而婚姻不通者,周道也。”

据儒家的经典所载,同姓不婚的主要理由有三:一是会造成生殖力的下降,所谓“男女同姓,其生不繁”(《左传·僖公二十三年》);“同姓不婚,惧不殖也”(《国语·晋语四》);“内官不及同姓,其生不殖”(《左传·昭公元年》)等等。这显然是远古禁忌的反映。由于华夏各

^① 转引自[日]仁井田陞:《中国身份法史》,第362页。

族大多以生殖崇拜为主,不能生殖当然是极其危险之事。而婚姻的目的就在于繁衍后代以供祭祀祖先,要排除一切有可能影响到生殖能力的危险。二是为了加强和其他部落或种族之间的联系,《礼记·郊特牲》称之为“取于异姓,所以附远厚别也”。周族以一个实力不强的部落控制广大的地区,积极与各族联姻是一个重要的政治举措。三是为了维护本族内部的稳定,《国语·晋语》载司空季子之语,认为同姓“男女相及”,就会造成内部的黷乱,“黷则生怨,怨则毓灾,灾毓灭性,是故取妻避其同姓,畏灾乱也。”《白虎通德论》称:“同姓不得相娶,以重人伦也。”

经过春秋战国时期的变化后,同姓不婚依然是儒家所提倡的礼教原则,但秦汉时法律究竟是否禁止同姓通婚,按目前所能见到的史料而言尚不能下断语。北魏太和七年(483年)诏令,严禁同姓为婚,“有犯,以不道论”(《魏书·高祖纪》)。《唐律疏议·户婚》专设“同姓为婚”条,处以徒二年之刑。《宋刑统》沿袭之。元代法律对于同姓为婚的禁止力度远不如唐宋,只是规定要强制离异。明清法律对此处罚为杖六十,并强制离异。不过在司法实践中,至清代对此已不再苛求,只要不是同宗亲族,一般并不严格按法处置。

2. 亲族不婚。可能是出于上述的远古族外婚传统的影响,中国古代法律对于亲族通婚的限制是极为严格的。不能通婚的亲族范围相当广泛。《唐律疏议·户婚》规定同宗缌麻以上亲通婚以奸罪处罚,“外姻有服属而尊卑共为婚姻,及娶同母异父姊妹,若妻前夫之女者,亦各以奸论”。“其父母之姑、舅、两姨姊妹及姨、若堂姨,母之姑、堂姑,己之堂姨及再从姨、堂外甥女,女婿姊妹,并不得为婚姻,违者各杖一百,并离之。”其总的立法精神是防止亲属(即使是实际上并无血缘关系、只是称谓上的近亲属)的通婚和错乱亲属的尊卑辈分。

明清时期法律禁止通婚的亲族范围更大,处罚也更为严厉。比如唐宋时尚不禁止姑舅和两姨表兄妹结婚,外亲及姻亲的有服亲属只

要不是尊卑辈分不同仍然可以成婚。明清律则改为“若娶己之姑舅两姨姊妹者，杖八十，并离异”。然而表亲通婚是中原地区长久以来的习俗，这一法律在实际施行中往往被视为具文。清雍正八年（1730年）定例：“外姻亲属为婚，除尊卑相犯者仍照例斟酌拟奏外，其姑舅两姨姊妹，听从民便。”^① 中表亲通婚又被法律所允许。

（二）身分限制

在古代身分社会中，婚姻的缔结要受到身分的限制。所谓“门当户对”的俗谚长期流传，就是说明这种现象的长期存在。这种身分限制有的是出于社会阶级的隔离，有的出于政治的需要，有的是出于职业的性质。

1. 良贱不婚

从现存的史料来看，秦汉时是否有法律严格禁止良贱通婚的问题还不明确。《唐律疏议·户婚》严格禁止贱民娶良民女子为妻。律疏称：“人各有耦，色类须同，良贱既殊，何宜配合。”部曲及官户、杂户等娶良民女子要处杖一百，奴婢娶良民女子为妻要处徒一年半至徒二年，家主同罚。律疏并称“唯本是良者，不得愿嫁贱者”，良民甘愿从贱，也须受罚，减贱民一等处罚。另外，家主私通婢女，可以因为婢女生子或经放为良后娶为妾，但“以妻为妾”条的律疏设问答：“婢虽经放为良，岂堪承嫡之重。律既止听为妾，即是不许为妻，不可处以婢为妻之科，须从以妾为妻之坐。”可见放良之后的贱民依旧不得和良民通婚。元代法律对此禁止不严，只是规定“禁之”，但如良民心甘情愿，明写婚书，也可成婚。嫁奴婢的良民女子则沦为奴婢（《元史·刑法志·户婚》）。明清律恢复唐宋传统，奴娶良人为妻处杖八十，妄冒为婚，罪加一等。

对于列入贱籍的平民，虽非法定的正式贱民，但法律也往往禁止

^① 《大清律例通考》卷一〇《户律·婚姻》。

其与良民通婚。如北魏时规定“皇族、师傅、王公、侯伯及士民之家，不得与百工技巧卑姓为婚，犯者加罪”（《魏书·高宗纪》）。倡优乐人之类，明清法律也禁止其娶良民为妻。如《大明律·刑律·犯奸》规定倡优乐人娶良民女子为妻处杖一百，家长知情者同罪。而良人娶倡优乐人为妻法律并不禁止。但宦宦之家子弟若娶乐人则须处杖六十。

2. 士庶不婚

西周时贵族与平民互不通婚，直到春秋末期，越王勾践使文种向吴王求盟时还强调“请勾践女女与王，大夫女女与大夫，士女女与士”（《国语·越语上》）。足可见贵族平民互不通婚是久已成俗的惯例，也当是礼制的要求。

后世对于士庶通婚一般并没有什么特别加以禁止的法律，只是在魏晋南北朝时期，曾严格禁止士庶通婚。如果士族与庶族通婚，就会遭到“清议”，轻则免官，重则禁锢。南齐时东海士族王源与庶族满璋联姻，中丞沈约上章弹劾王源：“王、满连姻，实骇物听，……蔑祖辱亲，于事为甚”，要求将王源免官、禁锢终身。^①北魏时孝文帝曾下诏重申皇族、贵戚、士族不得“与非类婚偶”，“著之律令，永为定准”，违者处以违制罪（《魏书·高祖纪》）。这种门第婚姻久而成俗，直到唐代晚期犹存。至五代后随着士族阶层的消亡，“取士不问家世，婚姻不问阀阅”（《通志·氏族略》序），士庶通婚现象才较为普遍。

3. 监临官不得与其部下百姓通婚

唐《户令》规定：“诸州县官人在任之日，不得共部下百姓交婚，违者虽会赦仍离之。”《唐律疏议·户婚》也有“诸监临之官娶所监临女为妾者，杖一百”的条文。这是出于政治考虑，防止官员与部下结亲，影响朝廷的政令执行。以后的元明清各代都沿袭了这一规定。如明清律规定：“凡府州县亲民官，任内娶部民妇女为妻妾者，杖八十。若

^① 《文选》卷四〇《弹事·奏弹王源》。

监临官娶为事人妻妾及女为妻妾者,杖一百。女家并同罪。妻妾仍两离之,女给亲,财礼入官。”^①

4. 僧道不婚

从事宗教的职业人员是否可以结婚,唐以前的法律似乎并没有明确的规定,保持独身可能只是宗教戒律还不是法律的义务。宋初诏书规定:“道士不得畜养妻妾,已有家者,遣出外居止。”(《燕翼贻谋录》卷二)元代法律明确了僧道不得娶妻:“诸僧道悖教娶妻者,杖六十七。离之。僧道还俗为民,聘财没官。”(《元史·刑法志》)明清律基本沿用了这一条文,《大明律·户律·婚姻》:“凡僧道娶妻妾者,杖八十,还俗。女家同罪。离异。”

5. 种族限制

在很长的历史时期中,中国法律并不禁止族际通婚。如在北魏时,族际通婚还曾受到法律的鼓励。但在唐代,族际通婚受到了一定的限制。如《唐律疏议·卫禁》规定中原人民越度边境与化外人通婚为犯罪,处以流二千里的刑罚。而据律疏所引唐《别格》,化外人在中原地区居住,可以和汉族人通婚,但不得将汉族妇女带回本国。宋代法律对于族际通婚更加限制,宋初即下诏禁止缘边地区已经内附的少数民族与当地汉族通婚,以后又曾规定投归宋朝的辽国人只能在内地和汉族通婚,不得在边境地区与汉族人通婚。而和宋朝对峙的辽朝也禁止契丹族人和汉族人通婚,只有作为管理汉族事务的官员才可以按汉族的礼仪和汉族人通婚。元代法律对此没有什么特别的规定。明代为了同化已在中原地区居住的蒙古及色目人,在《大明律·户律·婚姻》中特列条文:“凡蒙古色目人,听与中国人为婚姻(务要两相情愿),不许本类自相嫁娶。违者杖八十,男女入官为奴。”这条条文后来被清律删除。清代法律允许京师旗人娶汉人女子为妻,但却禁止

^① 《大清律例通考》卷一〇《户律·婚姻》。

汉人娶旗人女子为妻。外省旗人则被允许和当地汉族人互相通婚。清条例还规定：“福建、台湾地方民人不得与蕃人结亲，违者离异。民人照违制律杖一百。”^①

（三）嫁娶违律

在对婚姻的缔结时间、内容、对象等方面，历代法律还设有不少限制性的规定。

首先，不得于服丧及家长被囚禁期间成婚。“冒丧婚娶”不仅婚姻被视为无效，而且还要作为一项犯罪进行处罚。《唐律疏议·户婚》：“诸居父母及夫丧而嫁娶者，徒三年；妾减三等，各离之。知而共为婚姻者，各减五等；不知者不坐。”另外，于服期亲尊长丧内嫁娶处杖一百，服期亲卑幼丧内嫁娶处杖八十，但如果是娶妾就可以无罪。明清律也设专条，对于居父母或夫丧而身自嫁娶行为，外杖一百；娶妾减二等。居祖父母、伯叔父母、姑、兄、姊丧而嫁娶者，处杖八十。婚姻自然作为无效。明清律比唐宋律更进一步规定，在居丧期间为人主婚也是犯罪，要处杖八十。

同样，在家长被囚禁期间嫁娶也作为犯罪处罚。如唐宋律规定祖父母、父母在因死罪罪名被囚禁期间，子孙如身自嫁娶，要处徒一年半；因流罪被囚禁，子孙嫁娶者处徒一年；因徒罪被囚禁，子孙嫁娶者处杖一百。只是在这种情况下婚姻本身还视为有效。明清律减轻了处罚，规定父祖因死罪被囚禁，子孙身自嫁娶者处杖八十，但如是奉父祖之命就无罪，只是不得筵宴。

其次，不得欺骗妄冒为婚。婚书及婚约的内容应为真实阐述，对于男女当事人的健康、年龄、嫡庶等情况如有隐瞒欺骗，即为妄冒，婚姻视为无效，主婚人要受刑罚处罚。《唐律疏议·户婚》：“诸为婚而女家妄冒者，徒一年；男家妄冒加一等。未成者，依本约；已成者，离之。”

^① 《大清律例通考》卷一〇《户律·婚姻》。

这是因为婚姻的缔结是由男方主动提议的,所以男方妄冒之罪重于女方。明清律仍有此项内容,女家妄冒杖八十,追还财礼;男家妄冒加一等,不追财礼。

再次,不得恐吓强娶为婚。如婚姻本身有违法内容而以威胁手段迫使对方成婚,是为“恐吓(唐宋律作“恐猥”)”;直接以威力强迫则为“强娶”,均视为犯罪行为。《唐律疏议·户婚》:“诸违律为婚,虽有媒、聘,而恐猥者,加本罪一等;强娶者,又加一等;被强者,止依未成法。”恐吓、强迫的一方要加重原违律为婚罪一或二等处罚,而受恐吓或强迫的一方可以按违律为婚未成减罪五等。明清律对此没有专条,但仍有关强娶罪名,不过含义与唐宋律不同,“其应为婚者,虽已纳聘财,期约未至而男家强娶;及期约已至,而女家故违期者,并笞五十。”^①

再次,不得娶逃亡妇女。云梦出土的秦简“法律答问”有一案例为逃离夫家的妻子和另一逃亡者同居二年,被抓获后被判城旦舂。又有一例是从夫家逃亡的妇女和不知情者结婚,也是被作为犯罪^②。《唐律疏议·户婚》:“诸娶逃亡妇女为妻妾,知情者与同罪,至死者减一等,离之。即无夫,会恩免罪者,不離。”按律疏,这里的逃亡妇女指犯罪逃亡,知情娶为妻妾就要按窝藏罪犯的法律原则处理,但不知情者可以不论。后世元明清法律基本与之相同。

最后,不得先奸后婚。中国古代将一切非配偶的性关系都视为奸罪,即使当事人双方情投意合、都已成年而未成婚,也仍旧要作为“和奸”罪处罚。和奸罪的处罚是相当重的,云梦出土的秦简“封诊式”中就有捉奸送官惩治的事例^③。唐律规定无夫和奸罪处徒一年半,有夫为通奸者徒二年。因此先奸后娶被认为是违法的。据日本《令集解》

① 《大清律例通考》卷一〇《户律·婚姻》。

② 《睡虎地秦墓竹简》，第 223 页。

③ 《睡虎地秦墓竹简》，第 278 页。

所言,唐令中有关于先奸后娶应视为无效的令文^①。南宋《庆元条法事类》所载南宋令文有“诸先奸后娶为妻者,离之”的条文。元代也有:“诸先通奸被断,复聚为妻妾者,虽有所生男女,犹离之。”(《元史·刑法志》)可能是考虑到这样的立法不近人情,明清律中没有这样的条文。

四、婚姻的终止

和今天的情况相仿,古代法令对于男女双方婚姻关系的终止也有多种规定,有的是一方死亡或失踪,有的是单方或双方解除婚姻关系,也有的是法律强制解除。

(一) 死亡及失踪

死亡自然造成婚姻关系的终止。

在现代社会失踪也是婚姻关系终止的原因。但在汉代似乎失踪并不能终止婚姻关系,必须在找到丈夫尸体加以安葬后,妇人才可改嫁。如《太平御览》卷六四〇引董仲舒春秋决狱案例,有一妇人因丈夫出海失踪,四个月后被母亲改嫁他人,有人认为“夫死未葬,法无许嫁。以私为人妻,当弃市”。但这一法律在后世被修改。日本古代《养老户令》有:“其夫没落外蕃,有子五年、无子三年不归;及逃亡,有子三年、无子二年不出者,并听改嫁。”^②很可能这是从当时的唐令搬过去的。这种按照有子、无子情况来确定婚姻关系是否终止的立法是中国古代法律的特色。以后各代都有类似的法律,如《大明令·户令》有

^① 《唐令拾遗》,第161—162页。原文:“假令,先不由主婚,和合奸通,后由祖父母等主婚已讫后,先奸通事发者,纵生子孙犹离之耳。”又据日本《养老户令》:“凡先奸后娶为妻妾,虽会赦,犹离之。”由于日本当时全面引进唐律令,这一条文很可能为当时唐令的遗文。

^② 见《唐令拾遗》第161页所引。

“夫逃亡过三年不还者，并听经官告给执照，别行改嫁，亦不追财礼”。清代将此令文修改为条例，编入《大清律例》。

（二）男方单方面休弃妻子——“七出”及其限制

西周有关夫妻解除婚姻关系的法律已难以考证。据儒家《大戴礼记·本命》的说法，西周时已有男方可单方面解除婚姻、休弃妻子的“七去”之法，“妇有七去：不顺父母，去；无子，去；淫，去；妒，去；有恶疾，去；多言，去；窃盗，去。不顺父母，为其逆德也；无子，为其绝世也；淫，为其乱族也；妒，为其乱家也；有恶疾，为其不可与共粢盛也；口多言，为其离亲也；窃盗，为其反义也。”丈夫可凭这七条中的任何一条休弃妻子。另外，对于“七去”又有限制性的补充条件，即所谓“三不去”，“妇有三不去：有所娶无所归，不去；与更三年丧，不去；前贫贱后富贵，不去。”在妻子的母家已无人、妻子曾与丈夫共同为夫家父母服丧三年、丈夫结婚时原贫贱而出妻时已富贵这三种情况下，即使妻子有七去行为，仍不能去妻。《春秋公羊传·桓公二十七年》何休注：“三不去：尝更三年丧不去，不忘恩也；贱娶贵不去，不背德也；有所受无所归不去，不穷穷也。”

提到这一原则的还有《孔子家语》及《春秋公羊传》何休注、《仪礼·丧服》疏等，或称“七出”、“七弃”，后世一般习称“七出”。由于这些著作大多成书于汉代，或许在汉代“七出”已是法律的规定。从现有史料来看，至晚将“七出”确定为法律的是唐代。根据日本学者仁井田陞所复原的唐令：“诸弃妻须有七出之状，一无子，二淫佚，三不事舅姑，四口舌，五盗窃，六妒忌，七恶疾。皆夫手书弃之。男及父母、伯、姨、舅，并女父母、伯、姨、舅，东邻、西邻及见人皆署。若不解书，画指为记。虽有弃状，有三不去：一经持舅姑之丧，二娶时贱后贵，三有所受无所归；即犯义绝、淫佚、恶疾；不拘此令。”^①另外，《唐律疏议·户

^① 《唐令拾遗》，第163页，引据《唐律疏议·户婚》律疏，日本古书《令集解》。

婚》又规定：“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。”淫佚（即奸）和恶疾被排除于三不去效力之外，是因为妇女与人通奸会紊乱家族的血统，导致祖先得不到后世子孙的祭祀；而恶疾无法为祖先准备祭祀物品，丧失“上以事宗庙”的婚姻功能。而根据《唐律疏议·户婚》律疏问答的解释，“无子”出妻也有年龄上的限制：四十九岁以下无子不得出，而五十岁以上又可因立庶长子为嫡算作是有子。

宋元明清各代基本上沿袭了唐代的法律规定，只是宋代的令文有：“诸妻犯七出，内恶疾而夫不忍离弃者，明听娶妾，昏如妻礼。”^①元明清法律对于排除三不去效力的因素都只列出“奸”，不再提及恶疾。

以“七出”为理由出妻的形式要件据《唐律疏议·户婚》律疏，七出弃妻要由丈夫亲笔书写休书，并由双方尊亲属及邻居、见证人副署，“若不解书，画指为记”。而民间多不识字，只能请人代写后，以画指尚不慎重，男方往往还要在纸背打上自己的满掌印，或画出全手印，称之为“手模”。直到清末仍然如此，如清末人董沛在其所著《汝东判语》卷二中提及：“民间卖买田产，只凭花押。离异等事，方有手模，是手模较花押为更重。”

（三）和 离

除了男方单方面的弃妻外，也有双方合意离婚的，这在古代法律上称之为“和离”或“协离”。历史记载中此类事例甚多，而法律上也有正式的条文。如《唐律疏议·户婚》“义绝”条有“若夫妻不相安谐而和离者，不坐”。律疏解释“和离”：“谓彼此情不相得，两愿离者。”即承认可因“不相安谐”的理由解除婚姻关系。敦煌出土的唐代文书中即有

^① 《唐令拾遗》，第164页，引据《内外服制通释》卷三《户令》，引者又称：“昏如妻礼，故今俗呼为小妻也。”仁井田陞认为此条为南宋淳祐户令。

当时的“放妻书样文”，转引如下：

乡百姓某专甲放妻书一道 盖须伉俪情深，夫妇义重。幽怀合卷之欢，叹司……牢之乐。夫妻相对，恰似鸳鸯双飞；并首花颜，共生两德之美。恩爱极重，二体一心。死同棺椁于坟下。三载结缘，则夫妇相和；三年有怨，则来作仇隙。今已不和相，是前世冤家；反目生嫌，作为后代增嫉。缘业不通，见此分离，聚会二亲。夫与妻物色各具书之已归。一别相隔之后，更选重官双职之夫。弄影庭前，美逞琴瑟合韵之态。解缘舍结，更莫相谈。三年衣粮，便畜献柔仪。伏愿娘子千秋万岁。时次某年月日^①

后世的法律依然沿袭唐律文字，明清律中关于和离的表述也是放在义绝条中，“若夫妻不相和谐而两愿离者，不坐。”^②

（四）强制离婚——“义绝”

义绝是指夫对妻，或妻对夫的一定范围内的亲属犯有杀、殴、奸罪行，必须强制解除婚姻关系。因为婚姻是“合二姓之好”，如果发生两姓交恶的结果，自然就失去了维持婚姻的意义，必须离异。即使双方主观上不愿离异，仍要强制离异。《唐律疏议·户婚》：“诸犯义绝者，离之，违者徒一年。”律疏解释：“夫妻义合，义绝则离。违而不离，合得一年徒罪。”义绝的具体内容为：夫殴妻之祖父母、父母，杀妻外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹；夫妻双方的祖父母、父母、外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹相杀；妻殴、詈夫之祖父母、父母，杀伤夫之外祖父母、伯叔父母、兄弟、姑、姊妹。这些内容被后世法律沿袭。明清律对应义绝离异而不离异行为的处罚略有减轻，改为杖八十。

^① 《敦煌资料》第一辑，第443页。

^② 《大清律例通考》卷一〇《户律·婚姻》。

五、对于守节的提倡

儒家礼书有的提倡在配偶死亡后不再婚,如《春秋公羊传·庄公九年》有“诸侯不再娶”,《白虎通·嫁娶》有“人君无再娶之义”,等等。也有的认为可以再婚,如《仪礼·丧服·子夏传》有“夫死,妻稚子幼,子无大功之亲,与之适人”。《管子·入国》称理想的国家应该施行“九惠之教”,其中之一就是“合独”,设“掌媒”,“丈夫无妻曰鳏,妇人无夫曰寡,取鳏寡而合和之,予田宅而家室之”。这些都只是思想家的理论说教,并非是其所称的西周礼制。从先秦古籍所见,寡妇再嫁、鳏夫再娶的事例比比皆是。但儒家理论的主流则是主张丧夫妇女单方面守节不再嫁。《礼记·郊特牲》有“信,妇德也,一与之齐,终身不改,故夫死不嫁”。尤其东汉班昭著《女诫》,声称“礼:夫有再娶之义,妇无二适之文”(《后汉书·列女传》引),这一理论对后世的影响很大。

明确在政策上提倡寡妇不再嫁、应严守贞节的是秦始皇。如秦初在《会稽刻石》中有“有子而嫁,倍死不贞”的说法,秦始皇还为寡妇清修建“女怀清台”(《史记·秦始皇本纪》)。两汉时期在法律上对此并无特别规定,但政府经常表彰守节不再嫁的贞妇,作为一地教化大行的标志之一。

开始制定法律试图限制寡妇再嫁的是隋文帝,开皇十六年(596年)诏:“九品以上妻、五品以上妾,夫亡不得改嫁。”(《隋书·高祖纪》)但这一法令在隋炀帝时被废除。唐律仅将夫亡服丧期间改嫁定为“不义”,但并不禁止寡妇改嫁。唐末立法禁止有子的公主、县主改嫁。^①北宋法令则将禁止改嫁的范围扩大到宗室大功以上亲

^① 《新唐书》卷八三《诸帝公主传》引唐宣宗敕:“夫妇,教化之端,其公主、县主有子而寡,不得复嫁。”

之妇。^①但总的来说,禁令不严,范围也不大。

北宋理学盛行,突出强调妇女守节问题,甚至提出“饿死事极小,失节事极大”(《二程遗书》卷二下程颐语)的口号。至元明清时期,理学取得儒学正统地位,限制妇女再婚的礼教原则才开始真正转化为法律。但其适用对象依然是少数曾得到朝廷封号的妇女。元代法律规定“妇人因夫、子得封郡县之号,即与庶民妻室不同。既受朝命之后,若夫、子不幸亡歿,不许本妇再醮。”^②明清律将此定为犯罪,凡命妇夫亡再嫁,按照居丧嫁娶罪处罚,改嫁为人妻者,杖一百;改嫁为人妾者,杖八十;并追夺诰命。同时明清法律又鼓励民间妇女守节,《大明令·户令》:“凡民间寡妇,三十以前夫亡守志,五十以后不改节者,旌表门闾,除免本家差役。”妇女甘愿守节,而家长强嫁者,杖八十。

六、特殊的婚姻形式——赘婿

在中国历史上,传统意义上的婚姻都是女方脱离自己的家族而加入男方的家族,但是法律也认可男方脱离自己家族而加入女方家族的婚姻形式。这就是所谓的赘婿,后世多称“招婿”。

赘婿婚姻形式的起源已不可考,至迟战国时期已有此形式的婚姻。其名称含义也难于考证。《汉书·贾谊传》颜师古注称:“赘,质也。家贫无有聘财,以身为质也。犹人身体之有疣赘,非应所有。”据此,或许赘婿是由无法交付聘财,或无法清偿债务的人质转化而来的。由于其自愿脱离本宗,被世俗所蔑视,往往也被法律视为贱民之一。如云梦出土的魏《户律》规定赘婿不得立户,不得授予土地,三代以后才可出仕。《奔命律》要求将军无须怜惜从军的赘婿等贱民,攻城时可以拿

^① 《续资治通鉴长编》卷一五一,庆历四年(1044年)八月甲寅诏。

^② 《元典章》卷一八《户部·婚姻·官民婚》,至大四年(1311年)诏。

他们去填城濠^①。秦汉时都将赘婿编为特别征发的对象，使用于危险的远征战役^②。汉代仍规定赘婿不得为吏^③。至于赘婿婚姻本身，从现有史料来看，元以前似乎并不存在这方面的法律规范。仅宋初曾下诏“禁川峡民父母在出为赘婿”（《宋史·太宗本纪》）。

元代法律对于招赘婚姻作出了不少规范。按元代《吏学指南·婚姻》的说法，元代将招赘分为四类：“一曰养老，谓终于妻家聚活者；二曰年限，谓与妇人归宗者；三曰出舍，谓与妻家析居者；四曰归宗，谓年限已满，或妻亡并离异归宗者。”而元代法律《通制条格》的户令，将招召女婿分为养老、年限两种，前者到女家生活终身，后者只在一定年限内在女家生活，至年限期满可以携妻归宗。对于出赘有一定限制，如有钱人家的独子不得出赘，“若贫穷止有一子，立年限出舍者听”。良民一般不得入赘贱民之家。出赘要由主婚亲人写立婚书，写明养老或年限，主婚、媒人、证人等副署画押。招召女婿的聘财比照通常嫁娶的数额要少，养老女婿为通常聘财的二分之一，出舍年限女婿为三分之二。元代民间的招召女婿婚书据《新编事文类聚启割青钱》卷七所载样文。其基本形式如下：

具乡贯某处姓某，今凭某人为媒、某人保亲，以某第几男、名某、见年几岁，与某处某人第几女、名某妞儿、见年几岁，结亲进舍，为长年养老女婿。受理聘礼若干。自成亲之后，在家须小心伺奉赡养外父外母年老，勤力作活，承当本户一应差役。更不敢不绍家业，擅自出外、别生事端、将带妻子、抛离改居。如有此色，保亲人自用知当，仍经官惩治施行。所愿夫妻久远，儿女众多。今立合同婚书为用者。

① 《睡虎地秦墓竹简》，第294页。

② 参见上书，第293页注释。

③ 《汉书》卷七〇《贡禹传》。

年月日 合同婚书(大字) 婚主押 女婿押 保亲押 媒人押

元代的法律被明清沿用,但又规定赘婿不得承奉岳父母家香火,不得独自继承岳父母家遗产。《大明令·户令》:“招婿须凭媒妁明立婚书,开写养老、或出舍年限。止有一子者,不许出赘。其招婿养老者,仍立同宗应继者一人,承奉祭祀,家产均分。如未立继身死,从族长依例议立。”清代将此编入律例。

另一种特殊的赘婿是寡妇再婚招赘丈夫,男子进入寡妇家生活。这在战国秦汉时称“后父”,而在后代一般称之为“接脚夫”。战国秦汉时后父也是和赘婿相同的贱民,如魏《户律》将后父与赘婿并提,同样处理。后世法律对此种婚姻并无规范。

第四节 继承法

现代汉语中的“继承”一词与古代汉语的“继承”或“承继”并不完全对应。古代所称继承,主要是指直系卑亲从长辈处获得家族内的或社会上的身份,长辈遗下的财产则在卑亲之间分配,称之为“析”或“析产”。这是在本节开始时先要提醒读者的。

从理论上而言,中国古代继承所获得的是要将其再往下传递的一种对于家族及社会的责任。因此从严格的儒家学说来看,古代的继承是不可放弃的“无所逃于天地之间”的义务。历代的法律及理论界所注重的主要是这种身份的继承,对于财产的“析”继承则颇为轻视,有意加以回避,以示朝廷倡导教化的导向。从上述的这种继承的意义出发,决定了中国古代的继承法基本是礼制指导下的法定继承,遗嘱继承几乎只是偶一为之的特例而已。而且所谓的继承是以男性家庭为中心的家族香火的传递,财产继承是作为这种传递的附件进行的家庭财产分割,自然不可能发生妇女单独的财产继承问题。

限于篇幅及现代民法的概念,本节主要介绍的是财产方面的继承,而在这之前先略微介绍一下身份继承的问题,作为整个古代继承法的基础。

一、嫡长子继承——身分继承的原则

中国在很久以前就确立继承长辈身份的只能是一个人,“为后”、“为嗣”,承担祭祀死者及死者祖先的责任。选择这个继承人就是“立嫡”或“立适”的程序。一般都认为在西周以前,家国一体的权力的传递主要是实行“兄终弟及”,而自西周开始,“父死子继”的嫡长子继承方式才逐渐占了上风。儒家学说强调嫡长子继承制,其理想是:父死,由正妻所生嫡长子继承其位置,获得祭祀祖先的权利和义务,以及封国或采邑;如长子先于父死,则由长子正妻所出的嫡孙代位继承;如无嫡孙,则立嫡长子的同母弟为嫡继承;如无嫡长子同母弟,就立其他庶子中的年长者为嫡继承。所谓“立适以长不以贤,立子以贵不以长”(《春秋公羊传·隐公元年》)。

在西周时期,身份继承和财产继承几乎是合一的,获得身份也就获得封地。同时按照西周宗法制的原则,在宗族中的身份的继承和政治权力的继承也几乎是一回事。但在春秋战国时财产私有制得到大发展,“遗产制度以私有制为前提”^①,财产继承作为一个单独的继承项目逐渐与身份继承分离。而中央集权的加强,使分封制度趋于瓦解。处理政务的官位和表示社会地位的爵位也在逐渐分离之中,官职是流动的,不能继承,能够让后代继承的只是爵位。

自秦汉以后身份继承缩小为单纯的家族内祭祀权及爵位这两大项。历代的立法中都贯彻了儒家所总结的嫡长子继承的原则。如《唐

^① 《列宁选集》第一卷,人民出版社1972年版,第20页。

律疏议·户婚》“立嫡违法”条：“诸立嫡违法者，徒一年。即嫡妻年五十以上无子者，得立庶以长，不以长者亦如之。”律疏解释：“立嫡者，本拟承袭，嫡妻之长子为嫡子。……谓妇人年五十以上不复乳育，故许立庶子为嫡。”本条律疏引唐户令：“依令：无嫡子及有罪、疾，立嫡孙；无嫡孙，以次立嫡子同母弟；无母弟，立庶子；无庶子，立嫡孙同母弟；无母弟，立庶孙，曾、玄以下准此。无后者户绝。”这条律文经宋元明清，除明清时将刑罚减为杖八十以外，几乎未加改动。

历代法律对于爵位的继承都强调必须是由嫡长子承袭。在汉代曾规定承袭爵位仅限于亲子，孙及其他人不得承袭。如《汉书》的王侯及功臣表中，有不少是因为“非子”而被夺爵国除。但至西汉末年诏令改变为：“诸侯王、公、列侯、关内侯，亡子而有孙、若子同产子者，皆得为嗣。”“子同产子”即以兄弟之子为后的意思（《汉书·平帝纪》）。《唐律疏议·名例》律疏引唐《封爵令》“王、公、侯、伯、子、男，皆子孙承嫡者传袭。”后世沿袭。

除爵位外，历代又有“任子”及“袭荫”的制度，使官僚也有让自己后代做官的途径。不过袭荫只是获得一个选官的出身，并不是直接就去做官。如唐宋时规定，从正一品至五品为止都可以一子袭荫。明代也规定从正一品至正七品官员都可以一子袭荫。《大明律·吏律·职制》有“官员袭荫”专条，“凡文武官员应合袭荫者，并令嫡长子、孙袭荫。如嫡长子、孙有故，嫡次子、孙袭荫；若无嫡次子孙，方许庶长子、孙袭荫。”清律沿袭。

宗法制度瓦解后，家族祭祀已没有实质上的意义。然而作为本宗先祖牌位的祭祀者，依然要由嫡长子来承担。其立嫡的顺序与法律所要求的没有大的出入。

二、继承的开始时间

现代民法受欧洲法律传统的影响,继承开始时间一般都以被继承人死亡之时为始。然而在中国古代往往是被继承人尚健在,继承就已开始。因此不能生硬地搬用现代民法的概念来看待中国古代的继承。

据儒家所总结的西周礼制,宗法上的继承可分为“继嗣”和“继统”两类。按《仪礼·丧服》注的说明,继嗣是指在被继承人死后继承祖先的血统;而在被继承人未死时就已经立嫡指定了继承人,当被继承人年老体衰时往往将自己的地位传给继承人,这种被继承人尚未去世就已实现的继承,就称之为“继统”。嫡长子称之为“将所传重者”,嫡孙称之为“将上为祖后”,在父祖去世前称“非孤”;如果父祖已死就称“孤”。这种生前就将地位传给继承人的情况在史书记载中颇为常见。最著名的例子如唐高祖、宋高宗、清高宗等,皇帝未死而传位太子,自称“太上皇”。

在财产的继承上也有这样的情况。战国时秦商鞅变法,规定:“民有二男以上,不分异者,倍其赋。”(《史记·商君列传》)从立法的目的来说当然是为了增加政府的收入,但其副作用是使原来在家长死后才进行的家产分割提前到了家长的生前。这种处分财产的性质如从现代民法的眼光看来,似乎应该算是赠与。但考虑到实际上这是提前实现儿子们的继承期待权,可以说是具有继承的性质。西汉初年,陆贾以病致仕,将自己为朝廷出使南越所得赏赐千两黄金,平均分给五个儿子,让他们买地经营产业。自己只留下“安车驷马”,随身带着十名歌舞奏乐侍者及价值百金的宝剑。和儿子们约好,轮流住儿子们的家,每家十天,如死在哪家,就由那个儿子主办丧事,并得到“宝剑车骑侍从”(《史记·陆贾列传》)。在这个事例中,陆贾的财产处分就具

有更明显的继承性质,其与儿子们的约定,颇有今日民法中的扶养遗赠协议的含义。陆贾式的提前处分财产、实现儿子们财产继承的方式,在后世受到普遍的赞扬,“陆贾,……古贤达也,所以预为定分”(《旧唐书·姚崇传》)。模仿陆贾方式在生前就让后代实现财产继承的情况也是极为常见的。

与上述生前就开始继承的情况相反,另一方面的情况是,财产的继承往往也会在被继承人死亡后若干年后才开始。从儒家礼教而言,在居丧期间是绝对不可分家析产的。后世的法律也有这样的要求,如《唐律疏议·户婚》“诸居父母丧生子、及兄弟别籍异财者,徒一年。”明清律依旧有这样的内容,只是把处罚减为杖八十。

总之,中国古代法律对于继承开始时间并不加以僵硬的规定,以父命为主导因素,而以财产的处分能够有利于家族的整体利益、有利于家族的稳定为基本原则。因此有的研究者将此称之为“生前继承”^①。事实上直到今天,民间像这样在被继承人去世以前先实现财产继承的现象还是很普遍的。

三、财产继承人的范围及其顺序

在绝大多数情况下,身份继承人只限定为一人,而财产继承人的范围则要比身份继承人要广泛得多。主要可分为诸子、诸孙、在室女、出嫁女、寡妻、赘婿等几种。如果在法定范围内的继承人都不存在,遗产全部由国家检校没收。正因为如此,所以古代民间千方百计要为死者设立下嗣子之类的继承人,既是为了让死者能够得到后代的祭祀,更是为了防止财产被国家充公。

(一) 诸子

^① 叶孝信主编,《中国民法史》,第157、221页。

儿子是当然的第一顺序继承人。但如前所述,中国古代家庭中儿子的分类相当复杂,为此需要一一排列说明。

1. 嫡子

在财产继承中所言的嫡子和身份继承中所言的嫡子有所不同,后者只是一人,如没有当然的嫡子就要在其他的儿子及孙子中“立”一个出来;而前者是指正妻所生养的所有的儿子。而且在财产继承上,嫡子并不分长幼。

2. 庶子

也需要说明的是,这里所说的庶子是指妾所生的儿子。而唐以前的法律,在关于身份继承时所提及的庶子,往往意思是指嫡长子以外的所有儿子。在财产继承上,庶子的地位就理论上来说并不劣于嫡子。在历史上似乎从未出现过在财产继承上,对于嫡庶子应分别对待的议论,仅金元时有一例外。

3. 婢生子(或称幸婢子)

庶子是由妾生育的,而没有妾地位的婢女如果和主人私通生子,那就是所谓的婢生子。这在唐代似乎不成为特别的问题,《唐律疏议·户婚》“以妻为妾”条有:“若婢有子,及经放为良者,听为妾。”婢如果有主人之子,就可以上升为妾,其子自然也就是庶子。金元法律确定婢生子即使其母未经放良、未经家主收为妾,仍可作为第一顺序财产继承人。明清法律对于婢女为妾没有明确规定,但规定婢生子可以和嫡庶子同一顺序平等分析财产。

4. 奸生子(或称别宅子)

奸生子是与人通奸所生之子,即所谓私生子、非婚生子。唐代法律一般不承认被继承人生前未予承认、没有收入自己户籍的奸生子的继承权。如《宋刑统》卷一二《户婚·卑幼私用财》引唐天宝六载(747年)敕:“其百官、百姓身亡之后,称是在外别生男女及妻妾,先不入户籍者,一切禁断。辄经府县陈诉,不须为理。”一概不予受理。一

年后又规定王公贵族的在外奸生子也一律不予承认。金元两代的法律则改为承认奸生子的财产继承权,可以和嫡、庶子同一顺序分析家财,只是份额要少于嫡、庶子。明清法律也是如此,并允许在没有其他应继之人时,奸生子可以承继全分。

(二) 诸 孙

孙子既有可能成为财产继承中的第一顺序继承人,也有可能成为第二顺序的继承人。前一种情况发生在某位儿子死于被继承人之前时,就要由其子(相对于被继承人是孙子)来顶替。即唐《户令》“应分条”(该条见下文所引)所言“兄弟亡者,子承父分”。恰与现代民法中的代位继承相当。后一种情况发生在第一顺序的诸子全部死于被继承人之前,这时按照法律就要由被继承人的全部孙子来继承,即唐《户令》“应分条”所言“兄弟俱亡,则诸子均分”。这里的诸子相对于被继承人而言实际上就是诸孙。这既可视作为一种特殊形式的代位继承,但由于它是由诸孙越过其父辈、不受父辈人数的限制,作为第二顺序继承人直接均分祖父的遗产,所以也有的研究者将此称之为“越位继承”^①。和上述诸子的情况相仿,这里的诸孙也不分嫡庶。

(三) 拟制的親子

被继承人生前已经收养的嗣子,地位自然和亲子无异,可以全盘继承其财产。如果被继承人在收养嗣子后又生育亲子的,原嗣子仍然并列为同一顺序的继承人。

在被继承人死后为其指定嗣子,宋代法律又加以细分,区别有“立继”、“命继”两种情况。“立继者,谓夫亡而妻在,其绝,则其‘立’也,当从其妻;命继者,谓夫妻俱亡,则其‘命’也,当惟近亲尊长。”立继子和命继子的继承顺序不同:“立继者,与子承父法同,当尽举其产以与之;命继者,于诸无在室、归宗女诸女,止得家财三分

^① 叶孝信主编,《中国民法史》,第307—308页。

之一。”^①立继子和亲子一样为第一顺序继承人，而命继子只得和在室女并列为同一顺序继承人。如无在室女就要和出嫁女并列为同一顺序继承人。继承份额也有限制。明清法律不再有宋代那样的细致区别，简单规定无论立继、命继的嗣子，其继承顺序都与亲子无异。

（四）女 儿

中国古代认为女儿只能加入其他家族的族系，本身并不能延续宗祧，所以女儿在继承上的地位就相当低。女儿在法律上分为在室女（未婚女儿）、出嫁女、归宗女（已嫁后因种种原因回到母家居住），其继承的顺序各有不同。

唐代法律将在室女列为和诸子并列的第一顺序的继承人，只是其份额相当低，只为一份嫁妆。如果没有诸子诸孙，即为户绝，但实际上又允许在室女作为下一顺序的继承人可继承全部户绝财产。《宋刑统·户婚·户绝资产》引唐《丧葬令》：“诸身丧户绝者，所有部曲、客女、奴婢、店宅、资财，并令近亲转移货卖，将营葬事及量营功德之外，余财并与女。”此令不分在室、归宗、出嫁女的区别，当为统称。宋元明清法律都将在室女列为诸子之下顺序的财产继承人。归宗女的情况和在室女相仿。

出嫁女由于在出嫁时已得到了一份嫁妆，从中国古代民法的观点来看，她的继承权已提前实现，因此不得在父亲死后再回母家参加家财的分割。唐令文虽不加区别，但开成元年（836年）敕，已限制出嫁女作为继承人的权利：“自今后如百姓及诸色人等死绝无男，空有女已出嫁者，令文合得资产。其间有心怀觊望，孝道不全，与夫合谋有所侵夺者，委所在长官严加纠察，如有此色，不在给与之限。”^②由于当时户绝财产由官府收管，所以官府可以考察出嫁女情况来决定是

^① 《名公书判清明集》卷八《户婚门·立继》。

^② 《宋刑统》卷一二《户婚·户绝资产》引。

否给予继承人权利。《宋刑统》将出嫁女正式列为继承人,但只能在既没有诸子及孙又没有在室女及归宗女的情况下才可继承遗产。

明清时法律没有唐宋时复杂,《大明令·户令》只简单的规定:“凡户绝财产,果无同宗应继者,所生亲女承分。无女者入官。”女儿不分在室、出嫁、归宗,都能作为财产继承人,但继承的顺序却排在了嗣子之后,只要有嗣子女儿就不能继承。清代将其作为条例编入律例。

(五) 寡 妻

传统礼教鼓励寡妇守节,寡妇可以获得丈夫的遗产,作为守寡的生活费用。唐《户令》“应分条”在提及上述的“兄弟亡者,子承父分;兄弟俱亡,则诸子均分”后称:“寡妻无男者,承夫分。若夫兄弟皆亡,同一子之分(注:有男者,不别得分。谓在夫家守志者,若改适,其见在部曲、奴婢、田宅,不得费用,皆应分人均分)”^①,无子的寡妻可以在夫家守寡为条件,作为代位继承人继承应由丈夫继承的遗产,如果发生上述的诸孙越位继承的情况,则可以得到和诸孙同样的一分。但有子就不得单独继承。如果改嫁就丧失原继承的财产。既然寡妻可作为代位继承人,就说明寡妻有继承财产的权利。《宋刑统·户婚》“死商钱物”门所收录的唐及五代敕令,也规定死于外地的客商,如有妻子,就可收认客商的遗产。可见唐宋律令是将寡妻作为有前提条件的、特殊顺序的继承人。但后世法令修改这一原则。如《大明令·户令》:“凡妇人夫亡无子守志者,合承夫分,须凭族长择昭穆相当之人继嗣。其改嫁者,夫家财产及原有妆奁,并听前夫之家为主。”可见寡妻的“承分”不过为过渡而已,已失去真正意义上的财产继承权。

(六) 赘 婿

赘婿及接脚夫在女家的地位恰似妻子在夫家的地位,他是这个

^① 《唐令拾遗》,第156页,引据《宋刑统·户婚》,原文为“寡妻无男……”,这里的“妻”字,据日本学者中田熏的考证为衍字,当单指寡妻。

家族的外来人,理论上不得加入继承人行列,只能依靠妻子所能得到的财产。但赘婿或接脚夫要承担官府的差役,出于保证官府财政的需要,北宋时法令规定凡承担保甲的赘婿及接脚夫等,可以作为继承人,份额为其他继承人份额的一半^①。明清法律则将赘婿和嗣子并列为同一顺序继承人,均分家产。

(七)“近 亲”

上引唐《丧葬令》文在规定户绝资产给女儿之后,又称:“无女,均入以次近亲。无亲戚者,官为检校。”这里的“近亲”依据该令文的原注:“亲依本服,不以出降”,即当指五服内亲。可见近亲是顺序排在女儿之后的继承人。

《宋刑统·户婚·户绝资产》载北宋初年的立法规定出嫁女为最后顺序的继承人,“其余并入官。如有庄田,均与近亲承佃”。这里的“承佃”是指庄田已归国有,近亲只能占有使用,并向国家缴纳地租。这样一来就排除了近亲的财产继承人的资格。

北宋中期“户绝条贯”更为详细,将能够继承遗产的近亲限定在与被继承人同居已满三年的亲属之内。规定出嫁女继承三分之一后余下的遗产“若亡人在日,亲属及入舍婿、义男、随母男等自来同居、营业佃蒔至户绝人亡及三年已上者,二分店宅、财物、庄田并给为主。”如果没有出嫁女,同居的亲属就可以全部继承。“若同居未及三年、及户绝之人孑然无同居者,并纳官。庄田依令文均与近亲。如无近亲,即均与从来佃蒔或分种之人。”^② 这里的庄田都另外特别指明归属,当出于“劝农”、“地无遗利”、增加政府财政收入的立法指导思想。

北宋排除近亲为继承人的法律在实施时还是很严格的。如《梦溪

^① 《续资治通鉴长编》卷三三二,元丰六年(1083年)诏。

^② 《宋会要辑稿·食货·民产杂录》。

笔谈》卷一—所载的一个案例：“邢州有盗杀一家，其夫妇即时死，唯一子明日乃死。其家财产依户绝法给出嫁女。刑曹驳曰：‘其家父母死时，其子尚生，财产乃子物。出嫁亲女乃出嫁姊妹，不合有分。’”

元明清时期不再将近亲属列入继承人范围，立法强调遗产由死者直系卑亲血亲（或拟制血亲）来继承。没有女儿的户绝财产一律没官。

（八）继承顺序

综上所述，中国古代财产继承时大体上的顺序是：第一顺序为诸子及诸孙（包括嫡子、庶子、婢生子、嗣子、奸生子），第二顺序为在室女及赘婿，第三顺序为出嫁女，寡妻则作为特别顺序。

四、财产继承的份额

从西汉时陆贾分金的事例中就可以看到，中国古代的舆论倾向于均分家庭财产。汉代兄弟均分家产的事例相当多，如东汉田真三兄弟商议分析家财，“金银珠物各以斛量，田产生资，平均如一”，就连堂前的紫荆树也想一分为三。后因紫荆枯萎而醒悟，同居如初。^① 东汉许武被举为孝廉后，和弟弟分家，把家产一分为三，自己取最好的一份。两个弟弟毫无怨言，被誉为“能让”，先后也被举为孝廉。于是许武大宴宾客，宣称当时是为了让兄弟出名，现在目的达到，自己的财产全部送给兄弟（《后汉书·循吏传》）。这些故事都表明当时民间对于均分已有了共识。后世的法律对于同一顺序的继承人总是以均分为原则。

1. 诸子的继承份额

诸子均分在法律上的反映，可见唐《户令》的“应分条”：“诸应分

^① 《太平御览》卷四二一引《续齐谐记》。

田宅、及财物，兄弟均分（注：其父祖亡后，各自异居，又不同炊，经三载已上；逃亡经六载已上；若无父祖旧田宅、邸店、碾磴、部曲、奴婢见在可分者，不在分限）。妻家所得之财，不在分限（注：妻虽亡没，所有资财及奴婢，妻家并不得追理）。兄弟亡者，子承父分（注：继绝亦同）。兄弟俱亡，则诸子均分（注：其父祖永业田及赐田亦均分。口分田即准丁中老小法。若田少者，亦依此法为分）。其未娶妻者，别与聘财。姑姊妹在室者，减男聘财之半。”^①这个法令并不提及嫡庶之别，完全按亲子数均分。为保证平均，特意将已异居三年、及逃亡满六年的儿子排除在外。又特意说明各子妻子的嫁妆不在分割范围之内。遗产中的永业田及赐田实际已转化为私有，可以按子数均分，而口分田是要还官的，所以要按照官府授田时的规定进行分配。还注意到已婚子与未婚子的区别，特意规定要留出聘财。作为第一顺序继承人的未婚女儿则只能得到诸子聘财数额的一半。

后代法律基本与唐代相同，在继承份额上不分嫡庶之别。但金元时则有所改变，规定“应分家财，妻之子各四分，妾之子各三分，奸良人及幸婢子各一分”^②。庶子继承份额为嫡子的四分之三，奸生子和婢生子则只有嫡子的四分之一。这或许是历史上唯一的在财产继承上区别嫡庶的法条。明代恢复唐宋传统，《大明令·户令》明确规定：“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，方许承绍全分。”仅奸生子的份额为诸亲子的二分之一，但在没有其他亲子的时候，奸生子可以和嗣子均分遗产。没有嗣子就可以继承全部遗产。清代沿袭。

长期的诸子均分继承方式，使得民间习惯上诸子对于平均分割

^① 《宋刑统》卷一二《户婚》“卑幼私用财”引唐《户令》。

^② 《元典章》卷一九《户部五·家财》引“旧例”，一般认为即金代的法令。

家产有强烈的期待。后世分家析产习惯采用“拈阄”抽签的方式来进行,将所有的财产按不同种类、品质混合成几份,由继承人当众拈阄确定,以免有不均之弊。如是父祖在生前分割家产,在拈阄前往往要作“阄书”,说明财产的来源、均分的方法,有时也会对诸子作出一些伦理道德方面的训喻。

嗣子由于只是一人,一般不再有均分之举。但宋代规定命继子和一般的嗣子不同,按南宋《户令》的“命继子承产条”,如果死者没有任何子女,命继子至多只能得到全部遗产的三分之一,而且数额不得超过三千贯,遗产的数额超过二万贯时可得五千贯。如果是和在室女一起分配遗产,就只能得到四分之一,四分之三由在室女继承。和归宗女、在室女同分,则只能得到五分之一,五分之四由在室女和归宗女均分。如果只有出嫁女,命继子得三分之一,出嫁诸女均分三分之一,余下三分之一没官^①。元明清各代的法律没有这样复杂,都明确规定嗣子如同亲子一般,无论是立继还是命继,都可继承全部遗产。如果在立嗣之后又生有亲子,嗣子和亲子均分。

2. 女儿的继承份额

按上引唐令的“应分条”,在室女在和诸子共同继承时,只能得到一份微不足道的嫁妆。但在没有诸子及孙的户绝时,在室女就可以继承并均分全部家产。南宋的法令对此有所修正,提高了在室女在和诸子及孙共同继承时所得份额,有“父母已亡,儿女分产,女合得男之半”的法条^②。上述的南宋《户令》“命继子承产条”规定,在室女在和命继子共同继承时可得到四分之三。

归宗女因为在先前出嫁时已得到过一份嫁妆,所以在继承时的地位略逊于在室女,在和在室女共同继承时,其份额只可为在室女

^① 《名公书判清明集》卷八《户婚门·女承分》“处分孤遗田产”判引。

^② 同上书《户婚门·分析》“女婿不应中分妻家财产”判引南宋法令。

的二分之一^①。如果只有归宗女继承，遗产总额的二分之一就要没官，余下的二分之一由归宗女均分。归宗女和命继子共同继承时，先依户绝法，归宗女得遗产总额的一半均分，命继子得总额的三分之一，余下部分（即总额的17%）的二分之一加给命继子，二分之一没官。^②

《宋刑统·户婚·户绝资产》的起请条，规定在只有出嫁女继承时，出嫁女只能得到遗产总额的三分之一，余下部分的遗产没官。南宋法令又规定如果出嫁女和命继子共同继承时，出嫁女和命继子均分遗产总额的三分之二，余下三分之一没官。

宋代这些法令基本被金元两代沿用。而明代则将继承法规大加简化，女儿的继承顺序被推到了嗣子之后，不能像唐宋时那样明确和诸子同为继承，得一份嫁妆；也不能像宋元时期那样和命继子均分。但在无子的情况下，女儿的继承份额要高于前代，无论是在室、归宗、出嫁，都能获得全部的遗产加以均分。

3. 寡妻的继承份额

如上所述，唐令的“应分条”规定在继承上代遗产时，无子寡妻可代位继承得到丈夫应得的遗产，如和其他越位继承的诸孙同为继承时，可得与其相同的一份。而如果丈夫去世，无子寡妻也应可以继承丈夫的财产。但由于其继承的财产只是供其守寡之用，理论上只是为夫家看管，因此并不能随意处分。南宋有“诸寡妇无子孙，擅典卖田宅者，杖一百，业还主。钱主、牙保知情与同罪”的法律^③。上引明代的法令规定更为清楚，无子的寡妇虽“合承夫分”，但有义务为已死的丈夫立嗣，其所继承的财产终究应该是移交给嗣子的，寡妇自己不得随意

① 《名公书判清明集》卷七《户婚门·立继》“立继有据不为户绝”判引南宋令文。

② 同上书卷八《户婚门·女承分》“处分孤遗田产”判引南宋令文，并参见叶孝信主编：《中国民法史》第419页对此条的解释。

③ 同上书卷九《户婚门·违法交易》“鼓诱寡妇盗卖夫家业”判引。

处分。另外,上述的唐“应分条”还特意说明,有子寡妇就丧失独立的财产继承权,明清的法律对此虽没有明言,但从强调立嗣来看,自然也具有这层意思在内。

4. 赘婿的继承份额

虽然北宋时曾从行政的角度立法承认赘婿的继承权,并规定其继承的份额为其他继承人的一半,但总的来说在明代以前,赘婿并没有明确的法律上的独立继承权利,其继承是依附于妻子的。《大明令·户令》“招赘”条则明确“如招养老女婿者,仍立同宗应继者一人承奉祭祀,家产均分。如未立继身死,从族长依例议立”,则赘婿可与嗣子并列均分遗产,至少得到总额的二分之一。

五、遗嘱继承

在中国古代法律中,几乎一直都没有确立遗嘱继承优先于法定继承的原则,相反是法律一直强调的是法定继承优于遗嘱继承。遗嘱继承仅适用于一些特殊的情况。

《宋刑统·户婚·户绝资产》引唐《丧葬令》,是目前所能见到的有关遗嘱继承的最早的法令。该条规定的遗嘱继承的前提条件是“诸身丧户绝者”,即在死者无儿孙的情况下,可以按照法律的规定安排遗产的分配,但“若亡人在日,自有遗嘱处分、证验分明者,不用此令”,可以依照遗嘱进行继承。换言之,如果死者有儿孙、未户绝,其遗嘱就不具有排除法定继承的效力。北宋天圣四年(1026年)“户绝条贯”仍旧维持这一原则,凡“户绝之家”,可以依照法律的规定安排遗产分配,但也可以按照遗嘱处分,“若亡人遗嘱证验分明,依遗嘱施行”^①。南宋的《户令》则进一步缩小遗嘱继承的适用范围,“诸财产无

^① 《宋会要辑稿·食货·民产杂录》。

承分人，愿遗嘱与内外缌麻以上亲，听自陈，官给公凭”^①。原来唐代及北宋的“户绝”是指死者没有儿孙、但包括了可能有女儿的情况，而南宋的这一条令文改为“承分人”，女儿就是可以分财产的“承分人”之一，因此遗嘱继承的前提缩小为在死者儿女都没有的情况下才能生效。南宋的司法解释对此也是很清楚的，如《名公书判清明集·户婚门·争业》所载翁浩堂“继母将养老田遗嘱与亲生女”判词中即有：“户令曰：诸财产无承分人，愿遗嘱与内外缌麻以上亲者，听自陈。则是承分人，不合遗嘱也！”

按照上述的唐宋时期有关遗嘱的法令，遗嘱有效的条件是“证验分明”及“官给公凭”。证验是指作成遗嘱时应有证人，有书面遗嘱。官给公凭是宋代法令的要求，遗嘱应向官府陈述，由官府加以证明。

元明清时期的法律对于遗嘱继承不再提及，从而使遗嘱继承失去了法律依据，只是一种民间的惯行。

在历代的司法实践中，遗嘱也得不到尊重，法官可以相当随意地解释遗嘱的含义。如南宋《折狱龟鉴·严明》所选编的两则关于遗嘱继承诉讼的案例，就具有典型的意义。

第一则案例为西汉时的“何武断剑”。“沛县有富家翁，资二千万。一男才数岁，失母，别无亲属。一女不贤。翁病困思念，恐其争财，儿必不全，遂呼族人为遗书：悉以财属女，但余一剑，云：儿年十五付之。”后来孤儿长到十五岁时，向姐姐要这把剑，姐姐不给，孤儿向沛郡官府起诉。郡守何武看了遗书后，称：“女既强梁，婿复贪鄙。畏贼害其儿，又计小儿正得此财不能全护，故且付女与婿，此实寄之耳！夫剑，所以决断。限年十五，力足自居，度此女、婿不还其剑，当闻州县，或能明证，得以伸理。”判决所有财产都归儿子，“弊女恶婿，温饱十年，亦已幸矣！”

^① 《名公书判清明集》卷九《户婚门·违法交易》“鼓诱寡妇盗卖夫家业”引。

第二则案例为北宋时的“张咏分财”。杭州有富民，儿子才三岁时自己就将病死，嘱咐女婿代管家务财产，写遗书给女婿：“他日欲分财，即以十之三与子、七与婿。”儿子成年后要求和姐夫分家，女婿持遗书到官府请求按遗书处理。张咏见了遗书，肃然起敬，将酒洒在地上，祭奠这位富民，对女婿说：“汝之妇翁，智人也！时以子幼，故此瞩汝，不然，子死汝手矣。”判决财产的十分之七归子，十分之三归婿。

这两个案例一直被当作有关遗嘱继承的典范，具有很大的影响。可见法官可以不受遗嘱书面文字的拘束，作出和书面文字意思截然相反的判决。反映出遗嘱继承在中国古代的财产继承中地位是很低的。

第四章 威慑与预防——刑法的发展

在中国古代,法与刑两者的意义往往是相通的。如《尔雅·释诂》:“刑,常也,法也。”虽然中国古代并没有纯粹的现代意义上的刑法典,但历代的律典即类似于现代规定犯罪与刑罚的刑法典。秦国商鞅变法,改法为律,从云梦秦简来看,律的主体是刑法规范。随着律典编纂体例的确立,刑法的原则和内容也不断完善,至唐朝的唐律,集历代律典之大成,对刑法原则内容作了具体规定。这些原则和内容也大都为后世律典所沿袭,直至清朝末年的法律修订才被废除。

第一节 刑法的基本原则及其主要适用通例

一、刑法的基本原则

(一) “以刑去刑”的威慑原则

刑法的目的是什么?对这个问题,古人虽然有不同的说法及主张,但根本的一点是相同的,即减少、消灭犯罪,亦即达到“去刑”的目

的。而要实现这一目的,就必须依靠刑法的威慑作用。儒家的始祖孔子虽然主张教化民众,反对暴政刑杀,但并不否定刑法在减少和消灭犯罪方面所具有的威慑作用。他主张的“宽猛相济”,即把刑法的威慑作用放在了一个相当重要的地位,他说:“政宽则民慢,慢则纠之以猛,猛以济宽,政是以和。”(《左传·昭公二十年》)

先秦法家则把刑法的威慑作用放在了首要地位,并明确提出了“以刑去刑”的刑法原则。如《管子·明法解》称:“故治国使众莫如法,禁淫止暴莫如刑。”商鞅则明确提出了“以刑去刑”的主张。

商鞅认为,“以刑去刑,国治”(《商君书·去疆》),而要实现这一目的,就必须运用“重刑”,即刑法的威慑作用。他说:“禁奸止过,莫若重刑”(《商君书·赏刑》),“以杀去杀,虽杀可也;以刑去刑,虽重刑可也”;“刑重者,民不敢犯,故无刑也”(《商君书·画策》)。而要发挥刑法的威慑作用,实行“重刑”,其手段不外乎两个方面,一是“用刑于将过”。商鞅认为,“王者刑用于将过,则大邪不生”(《商君书·开塞》)。即对那些可能或者将要发生的犯罪行为予以制裁,这样就能防患于未然,杜绝犯罪行为的发生,从而也就能有效地达到“去刑”的目的。二是“重刑轻罪”。商鞅说:“故行刑,重其轻者,轻者不生,则重者无从至矣,此谓治之于其治也;行刑,重其重者,轻其轻者,轻者不止,则重者无从止矣,此谓治之于其乱也。故重轻,则刑去事成,国强;重重而轻轻,则刑至而事生,国削”(《商君书·说民》)。法家的集大成者韩非总结商鞅的重刑轻罪的主张时这样说过:“公孙鞅之法也,重轻罪。重罪者,人之所难犯也;而小过者,人之所易去也。使人去其所易,无离其所难,此治之道。夫小过不生,大罪不至,是人无罪,而乱不生也”(《韩非子·内储说上》)。

韩非本人则进一步从理论上阐述了重刑的威慑作用,他说:“且夫重罪者,非为罪人也,明主之法揆也。……故曰:重一奸之罪,而止境内之邪,此所以为治也。重罚者盗贼也,而悼惧者良民也。欲治者,

奚疑于重刑?”(《韩非子·六反》)

法家所主张的这种重刑主义的刑法威慑原则,虽然因秦皇朝的极端化发展而在理论上遭到后人的否定,但随着儒法两家主张的融合以及向法律的渗透,这种重刑主义的威慑原则在事实上被后世法律所接受,并成为一项立法和司法的基本原则。《隋书·刑法志》中说:“夫刑者,制死生之命,详善恶之源,翦乱除暴,禁人为非者也”;“刑罚威怒,随其肃杀”,公开承认了刑法的威慑作用。

集历代法律大成的《唐律疏议》,在主张“德礼为政教之本,刑罚为政教之用”的同时,也毫不隐讳地肯定了这种刑法的威慑原则:“其有情恣庸愚,识沈愆戾,大则乱其区宇,小则睽其品式,不立制度,则未之前闻。故曰:以刑止刑,以杀止杀。刑罚不可弛于国,笞捶不得废于家。”值得注意的是,秦汉以后刑罚制度的发展演变,以及在有关问题上的争论,同样也反映了这一点。魏晋后在有关肉刑存废问题的争论中,主张恢复肉刑的一个重要理由,就是认为肉刑本身能从根本上杜绝犯罪,达到以刑止刑的目的。如曹魏时期的傅干、李胜等人就认为,肉刑的作用,就在于“刑一人而戒千万人”,使用肉刑,可起到威慑罪犯的作用^①。尽管后来肉刑并没有恢复,但这种观念的影响由此可见一斑。此外,法律中所使用的族刑、缘坐、死刑公开(弃市),以及后来的“凌迟”等,都是刑法威慑原则的具体体现。

另一方面,先秦法家所主张的“用刑于将过”在后世刑法中也得到了具体体现。在号称“得古今之平”的《唐律》中,公开对某些犯罪预谋予以严厉制裁,尤其是对一些直接危害皇权和皇帝人身安全的行为,只要有犯罪的预谋(意图)或是可能会造成某些危害的后果(如“大不敬”中的某些犯罪),即可处以严刑。对此,《唐律疏议·名例》“十恶”条律疏明确声称:“《公羊传》云:君亲无

^① 杨鸿烈:《中国法律思想史》下册,商务印书馆1936年版,第202—207页。

将，将而必诛。”在这一点上，同先秦法家主张的重刑威慑原则并没有任何区别。

（二）“明刑弼教”的预防及教化原则

“以刑去刑”的威慑原则的基本目的，就是预防和消灭犯罪。但是，刑罚威慑的根本作用在于它本身就是一种教育的辅助手段。对于这一点，古人也很早就已经认识到了。《尚书·大禹谟》言舜戒皋陶：“汝作士，明五刑，以弼五教，期于予治。刑期于无刑。”孔颖达疏：“明晓于五刑，以辅成五教，当于我之治体，用刑期于无刑，以杀止杀。”《尚书》中的这一段论述，成为后世教育刑主张的理论渊源。

秦皇朝专任刑罚，导致二世而亡的教训，给后世统治者留下了很深的印象。以董仲舒为代表的汉儒不失时机地融合了儒、法、道、阴阳各家的学说，提出了“德主刑辅”的主张，将道德教化放在了首要地位。而《唐律疏议》则将其归纳为“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”。这一主张，也成为整个后世刑法的指导思想和基本原则。一方面，通过伦理道德的教化，达到预防犯罪的目的；另一方面，通过对违法犯罪者的惩罚，达到“明刑弼教”的目的，使百姓由此而警惧和受到教育，不去犯罪；同时，对罪犯本人也是一种教育，使其改过自新。因此，这种“德主刑辅”的主张，实际上是达到了双重教化的目的。既肯定了刑法的教化作用，也承认了刑法的威慑作用。因此，这种教化与预防原则，是以刑法的暴力制裁为依托的，离开了刑罚的制裁，教化也就无从谈起了。也正因为如此，自汉代起，历代刑法都把违反伦理纲常的行为视作最严重的犯罪。例如“不孝”罪，以近代眼光来看，大都是属于一些“不道德”的行为，但在古代法律上的惩罚却是极为严厉的，正体现了古代刑法教化原则的基本特点。对此，《册府元龟·帝王部·明罚》篇中说得明白：“雷电有震曜之象，秋冬行肃杀之令，王者法之以制刑典，其

来尚矣。故士师用戮于五教，犯虽小而必刑；王制具列于四诛，害为大而无赦。盖圣人躬明哲之性，通天地之心，佐德以威，顺时行罚，威克厥爱而事允济，罚当其罪而众知劝。”

（三）按照行为人的社会地位及双方的血缘关系定罪量刑的原则

根据行为人的身份来定罪量刑，这是古代刑法的一项基本原则。行为人因政治地位、社会地位和家庭血缘关系亲疏尊卑的不同，所应承担的刑事责任也是不同的。具体来说，这一原则主要表现在以下几方面。

1. 官员犯罪

在古代刑法中，官员是一种特殊的犯罪主体。根据礼教“刑不上大夫”的原则，自汉魏以后，法律上对官吏犯罪规定了种种优待措施。而且，对于官员同平民相互侵害的行为，因其政治地位的不同，量刑上也是不同的。

2. 良贱相犯

所谓贱民，是指那些限制人身自由的部曲、奴婢等。唐律规定贱民又分为“官贱”和“私贱”两类。官贱是隶属于官府的贱民，有官奴婢、官户、工乐户、杂户、太常音声人等；私贱是私家的奴婢和部曲，他们在法律上“律比畜产”，没有独立的人格（尽管他们事实上仍然是“人”），因此，良人同贱民相互侵犯，在量刑上是不同的^①。

（1）贱民毆杀良民。对贱民毆杀良民的，量刑上要比常人毆杀加重。汉律有奴婢射伤人弃市的规定^②。唐宋法律规定官户、部曲及部曲妻毆良人者加凡人一等治罪，奴婢毆良人加凡人二等治罪。如果奴婢毆杀良人至残的，一律处以绞刑。

（2）良民毆伤贱民。良民毆伤贱民的，可以比照常人减轻处罚，

^① 关于“良贱相奸”量刑的区别，可参见本章第三节。

^② 《后汉书·光武纪》。

唐宋法律规定,良人毆伤他人部曲的,减一等;毆伤他人奴婢的,减二等。良人故杀他人部曲的,绞;故杀他人奴婢的,流三千里。

3. 主奴相犯

主人同部曲、奴婢之间相互侵害的行为,量刑上的差异尤为显著^①。

(1) 主侵害部曲、奴婢。由于部曲、奴婢在法律上是属于主人的私有财产,所以,尽管古代法律也有禁止主人擅杀、擅刑奴婢的规定,但实际上的处罚却是很轻的。《唐律疏议·斗讼》规定:“诸奴婢有罪,其主不请官司而杀者,杖一百。无罪而杀者,徒一年”;“诸主毆部曲死者,徒一年。故杀者,加一等。其有愆犯,决罚致死及过失杀者,各勿论”。明清律也规定杀死无罪奴婢的杖六十,徒一年。而主人毆伤奴婢的,则不构成犯罪。

(2) 部曲、奴婢侵害主人。部曲、奴婢同主人的关系,如同卑幼同尊长的关系。他们同子孙一样,不得控告尊长(谋叛以上罪除外)。《唐律疏议·斗讼》规定,部曲、奴婢控告主人的,处以绞刑,被告主人则按自首论。明清律规定奴婢告家长,虽得实,也要杖一百,徒三年(主人并免罪),诬告者绞。

对于奴婢骂詈、毆打主人的行为,同样予以严厉惩处。《唐律疏议·斗讼》规定:“诸部曲、奴婢过失杀主者,绞;过失伤及詈者,流。”而毆打主人的,自然是要处死。明清律规定奴婢骂家长者绞,毆者不问有伤无伤皆斩;若杀死家长,不论故杀、毆伤、谋杀,皆凌迟处死。

此外,主奴之间量刑上的不平等,还同样适用于主人的亲属,即主人的亲属侵害奴婢的,可以减轻处罚;而奴婢侵害主人亲属的,同样要受到严厉的惩处。

^① 关于“主奴相犯”量刑上的区别,可参见本章第三节。

附表:《唐律》关于良贱主奴相犯同罪异刑的若干规定

犯罪行为	犯罪者	被害者	处刑	备 考
骂	部曲、奴婢	主	流	* 官户、部曲妻及客女同。 * * 凡人无亲属关系者,相骂一般不构成犯罪,故律文不载;唯凡人骂长官,须亲闻乃坐。
		主之期亲及外祖父母	徒二年	
	凡人	凡人	* *	
殴	凡人	凡人	笞四十	* 部曲、奴婢殴主,律无明文。唯殴主之期亲及外祖父母尚须处绞,则举轻以明重,殴主自不能免死。 * * 殴主之小功、大功亲属,追加一等。 * * * 加重时,可以加至死刑。奴婢同。而《名例》篇规定,一般情况下,“加者……不得加至于死。”是为唐律歧视“贱人”之又一例。
	部曲、奴婢	主	勿论	
		主	*	
		主之期亲及外祖父母	绞	
		主之缌麻亲**	徒一年	
凡人	凡人	部曲,加凡人一等*** 奴婢,又加一等		
过失伤	凡人	凡人	依伤状以赎论	* 主过失伤部曲、奴婢,律无明文。但下栏过失杀尚且勿论,则举重以明轻,过失伤自毋庸论。
	主	部曲、奴婢	*	
	部曲、奴婢	主	流	
过失杀	部曲、奴婢	主	绞	
		主之期亲及外祖父母	徒三年	
	凡人	凡人	依杀状以赎论	
殴杀	凡人	凡人	绞	* 参殴栏。
	主	部曲、奴婢	徒一年	
	部曲、奴婢	主	*	
谋杀	凡人	凡人	徒三年	* 律无明文,唯主殴杀部曲、奴婢,或无罪而故杀之,仅处徒一年,则谋杀刑轻,可以想见。 * * 罪无首从,一律处斩。
	主	部曲、奴婢	*	
	部曲、奴婢	主	皆斩**	
杀	部曲、奴婢	主	绞	
		主之期亲及外祖父母	绞	

(续表)

犯罪行为	犯罪者	被害者	处刑	备考
故杀	凡人	凡人	斩	* 故杀他人奴婢者,减部曲一等。 ** 此指无罪而杀。若部曲、奴婢有罪,其主不请官司而杀者,杖一百。
		他人部曲*	绞	
	主	部曲、奴婢	徒一年**	
杀一家非死罪者三人及支解人	凡人	凡人	斩*	* 入十恶不赦条。 ** 律文未载,但注文明确规定:“部曲、奴婢,非。”
		部曲、奴婢	**	
(和)奸	凡人	凡人	男女各徒一年半*	* 有夫者处徒二年。 ** 律文未载,此系《疏议》解说。 *** 妇女各减一等。
		他人部曲妻、杂户及官户妇女	杖一百	
		己家部曲妻及客女	各不坐**	
	奴	凡人妇女	徒二年半	
	部曲、奴	主、主之期亲及期亲妻	绞***	

引自叶孝信主编:《中国法制史》(新编本),北京大学出版社1996年版,第168—169页。

3. 亲属相犯

古代法律对亲属间相互侵害的犯罪,采取的是按照服制定罪的原则。在秦汉法律中,就已有关于根据血缘关系亲疏尊卑不同而分别量刑的规定了。当然,这种区别最初只体现在父母同子女相互侵害的案件上。在云梦秦简中,不仅对父母子女相互杀伤的案件在量刑上有区别,而且还规定:擅自杀、刑、髡其子的行为,属于“非公室告”,不予受理,如果子告父母的,告者有罪^①。至曹魏《新律》中,又规定“殴兄弟加至五岁刑”(《晋书·刑法志》),扩大了亲疏相犯量刑不平等的范

^① 《睡虎地秦墓竹简》,第195页。

围。至晋律正式确立了“准五服以治罪”的原则。对亲属相犯的案件，根据服制的轻重^①（亦即血亲之间的亲疏尊卑关系）来确立罪与非罪、罪轻与罪重。北朝的北齐制律时，单修《五服制》一卷，作为刑律的附则。而在《唐律》中，对五服的内容以及按服制定罪的原则作了具体规定。

在定罪方面，《唐律》明确规定，对某些家族（家庭）成员相互侵害的同样行为，以尊犯卑的可以不构成犯罪，而以卑犯尊的不仅构成犯罪，而且是最严重的犯罪。如，父子相殴告的，父殴子，自属天经地义；甚至对子女“依法决罚，邂逅致死”的，也不构成犯罪。反之，子殴父的，属于“十恶”中的“恶逆”，要处以最严厉的斩刑。此外，父告子的，官府即应按所告之罪处理，即使是诬告的，也不构成犯罪。反之，子告父的，属于“十恶”中的“不孝”，要处以绞刑。

在量刑方面，《唐律》同样明确规定，尊亲属侵害卑亲属的，亲等越近，量刑越轻；反之，卑亲属侵害尊亲属的，亲等越近，量刑越重。如，殴打尊亲属的，缌麻尊亲属徒一年半，小功、大功尊亲属依次递加一等；反之，殴打卑亲属的，只有造成伤害的才构成犯罪，殴伤缌麻卑亲属比常人减一等，小功、大功卑亲属依次递减一等。

按服制定罪的原则在唐以后各朝的法律中，也继续得到贯彻实施。在元朝颁布的《大元通制》中，正式将“五服图”列入《名例》篇。《大明律》继承了这一做法，在篇首“五刑图”之后，列“丧服总图”、“本宗九族五服正服之图”、“妻为夫族服图”、“妾为家长服之图”、“出嫁女为本宗降服之图”、“外亲服图”、“妻亲服图”、“三父八母服图”等八图，总称为“八礼图”。“亲族有犯，视服等差定刑之轻重”（《明史·刑法志》）。

^① 五服的详细情况参见本志第3章第2节。

二、刑法主要的适用通例

(一) 关于刑法的效力范围

刑法的效力范围,即刑法的适用范围,亦即指刑法适用于什么地方、什么人以及是否有追溯既往的效力问题。为了保证刑法的准确适用,古代法律对适用的效力范围问题也作了规定。从内容上及发展上来看,这些规定也经历了一个逐步具体的过程。

1. 对于“化外人”的效力

“化外人”是古代指不属于当时中国皇朝管辖的国家及地区的人。《唐律疏议·名例》“化外人相犯”条律疏:“化外人,谓蕃夷之国,别立君长者,各有风俗,制法不同。”因此,古代法律有关“化外人”犯罪的规定,实质上是如何处理当时中国皇朝权力范围以外的国家和地区的人在中国领土内犯罪的问题,亦即刑法的空间效力问题。

秦汉时法律上尚未见到对此有专门的规定。在唐律中,有对“化外人”相犯问题的明确规定。《唐律疏议·名例》“化外人相犯”条:“诸化外人,同类自相犯者,各依本俗法;异类相犯者,以法律论。”从这条规定以及律疏的解释来看,对“化外人”相犯案件的处理,主要依据以下两项原则:第一,同类相犯,即两个相同国籍的“化外人”在唐王朝主权管辖之下的领域内发生争讼时,则“须问本国之制,依其本属法断之”,即按他们所属国的法律处理;第二,异类相犯,即“化外人”与大唐人民之间,以及两个不同国籍的“化外人”之间发生争讼,“皆以国家法律论定刑名”,即按照唐律中有关规定来处理。这一规定,以属人主义与属地主义相结合,在当时的条件下,可谓是灵活性与原则性相结合的处理方式。

宋朝法律对“化外人”相犯案件的处理,原则上是继承了唐律

的规定。《刑统释文》对此解释说：“同类相犯，此谓番夷之国，同其风俗，习性一类，若是相犯，即从他俗之法断之；异类相犯，此谓东夷之人，与西戎之人相犯，两种之人，风俗既异，夷戎之法，各又不等，不可以其一种之法断罪，遂以中华之政决之。”但是在实际处理上，则又视具体情况而各异。当时的广州为外商聚集之地，为了便于管理，解决各类争讼案件，曾专门设立了“蕃坊”。据《萍州可谈》一书记载，蕃坊中置蕃长一人，主管蕃坊公事。外人有罪，诣广州府审讯得实，送蕃坊行遣；徒以上的罪，由广州府依法决断。对外国人与中国人的争讼案件，根据有关敕、例规定，往往是采取外国人与中国人各按其俗决断的做法。当然，当时的一些士大夫对此也颇有非议。汪大猷任泉州知州时，就曾以“安有中国用岛夷俗”为理由，改为一律按宋法治罪。^①

明代法律对“化外人”相犯的规定，与唐律有所不同。首先，关于“化外人”的概念，据《大明律集解纂注》的解释，为“外夷来降之人，及收捕寇夷，散处各地方者皆是。言此等人，原非我族类，归附即王民。”因此，《大明律》对“化外人”的处罚，是“凡化外人犯罪者，并依律拟断”。《大清律例》也沿袭了《大明律》的这一处理原则。这一原则，一直延续到鸦片战争之前。在日本学者今井嘉辛所著的《中国国际法论》中，援引了几个对“化外人”犯罪处理的案例：

(1) 塞克斯号船员案：1780年，广东有英塞克斯号法国籍水手，与英船斯达默特号葡籍水手争斗，杀之逃入法国领事馆（自称领事，未经中国承认），潜于其中者数日，中国官员要求交付犯人。法国领事以曩者1754年弗允交付杀害英人之法国人，法国贸易曾受停止之痛苦，遂允交付中国官员收领此犯，旋由巡抚命斩首示众。

(2) 休斯夫人号炮手案：1784年，泊于广州湾之英船休斯夫人

^① 《宋史》卷四〇〇《汪大猷传》。

号施放礼炮,炮手不慎,炮中遗弹突发,误中华人,死之。于是中国官员主张论抵,要求交付其炮手。英国人谓炮手不审其为谁何,有拒之之色。中国警察遂逮捕其船长史密斯氏押送城内。……中国官员遣使宣言,谓逮捕司氏特为审理此案之便利,非有他意,并有司氏附录之意旨,谓当送炮手于中国官员,任其审理。于是英人信之,命炮手只身入城,船长乃蒙释放,炮手则监禁六年,复后称奉北京皇帝谕旨斩首。

(3) 特拉罗瓦案:1821年,美船埃米丽号水手特拉罗瓦者,自舟中投土器,适有小舟过其侧,中坐一华妇,掷物中其首,不幸致死,中国官员要求交付其水手,美人不允,遂即停止美国贸易,于是美人让步,承认于舟中会同中国官吏审理此案。其审理结果,水手宣告有罪,系于舟中,于美人幽羈之。然因其未交付犯人,贸易停止之事卒不解除。美国商人苦之,遂至不得不为全部让步。此水手既被交付华官,乃于二十四小时内竟告斩首,还其骸骨于美船,美国贸易始以续^①。

从上述案例中也可以看出,直到鸦片战争前,清政府对有关“化外人”的案件完全是按照《大清律例》中的规定处理的。但是,当时西方资本主义列强同中国的接触日益频繁,法律冲突也不断增加,他们自然会对在法律上完全受制于中国的状况不满,他们通过各种方法,逃避中国的司法管辖。鸦片战争后,西方资本主义列强攫取了“领事裁判权”。自此,清政府对外国人的司法管辖权遭到破坏,事实上完全丧失了。

2. 刑法的溯及力

刑法的溯及力是指新法颁布施行后,对施行以前实施的但没有被依法审判的犯罪是否发生效力,这也是刑法的时间效力中的一个

^① 转引自杨鸿烈:《中国法律发达史》,第869—870页。

重要问题。《管子·法法》中就已提出了这个问题：“令未布而民或为之，而赏从之，则是上妄予也。上妄予则功臣怨，而愚民操事于妄作；愚民操事于妄作，则大乱之本也。令未布而罚及之，则是上妄诛也。上妄诛，则民轻生；民轻生则暴人兴，曹党起，而乱贼作矣。”

认为将赏罚溯及法令颁布以前的行为，不仅不可取，而且是非常危险的。而在云梦秦简中的“法律答问”有：“或以赦前盗千钱，赦后尽用之而得，论何也？毋论”^①。规定不得追究赦前的犯罪行为，表明刑法无溯及既往的效力。

汉代法律对刑法的时间效力问题，采取的也是按犯时法处理，不溯及既往的原则。据《汉书·孔光传》载：“令，犯法者，各以法时律令论之。”唐朝的杜佑在《通典·刑典》中记载这条法律时，将“法时”改为“犯时”；杜贵墀的《汉律辑证》一书则将“法时”解释为“始犯法之时”，意义都是相同的。汉成帝时，定陵侯淳于长因犯大逆罪，被处死刑，淳于长的小妻（妾）乃始等六人均在案发之前被休弃，有的已经改嫁了。但是丞相翟方进、大司空何武等人认为，根据法令规定，犯法者各按犯法时的法律论处，淳于长犯罪时，乃始等人还是他的妾，即使后来离弃了，但按照法令仍然应当连坐受罚。而廷尉孔光则不同意，认为夫妇之道，有义则合，无义则离，淳于长在并不知道自已会因“大逆”被处死的时候，就已经休弃了乃始等人，他们之间的关系已经不存在了，如果再对乃始等人实行连坐处罚，是不妥当的。在这一案件的争论中，两种不同意见的主要分歧，是对刑法追溯时间上的认定问题，亦即对“法时”的理解问题，孔光主张以事发时为准，反对追溯以前的行为，这一主张最终得到了皇帝的认可，“有诏光议是”（《汉书·孔光传》）。另外，汉代法律还继承了秦代法律不得追溯大赦之前行为的规定。汉哀帝时，曾下诏规定：“有司无得举赦前往

^① 《睡虎地秦墓竹简》，第167页。

事”（《汉书·哀帝纪》）。汉平帝时也下诏规定：“自今以来，有司毋得陈赦前事置奏上，有不如诏书，为亏恩，以不道论”（《汉书·平帝纪》）。

唐律对于刑法的时间效力暨追溯力问题，采取的是犯罪时法与审判时法相结合的做法。《唐律疏议·断狱》“赦前断罪不当”条规定：凡赦前断罪不当者，若处轻为重，宜改从轻；处重为轻，即依轻法。律疏对此的解释是：根据令文的规定，“犯罪未决断，逢格改者，格重，听依犯时；格轻，听从轻法”。从这一规定来看，主要有两个方面的问题。一是对赦前判决不当的案件的追溯力问题，即对赦前判决不当，量刑偏重的，则从轻改判；如果量刑偏轻的，维持原判。第二，对犯罪已发未判而遇法令修改的，若新法重于旧法，即按犯时旧法判决；若新法轻于旧法，则按新法判决。但是，对于“常赦所不原”的犯罪，则不适用这一原则。

宋朝法律对时间效力问题，基本上继承了唐律中的原则和规定。而在南宋庆元年间颁布的《断狱令》中，又对刑法的溯及力问题作了补充：凡犯罪未发及已发未论决而刑法改动的，若新法重，听依犯时法；新法轻则从轻法；若已经用旧法理断者，不得用新法追改。

明清两代对法律溯及力问题的规定与前代有所不同。一方面，对于赦前断罪不当的，原则上与唐律相似，采取从轻主义，即凡赦前处断刑名，罪有不当，若处轻为重者，即改从轻；处重为轻，除“常赦所不原”的犯罪外，其余一律从轻法。但另一方面，又明确规定新法有溯及既往的效力。《大明律·名例律》“断罪依新颁律”条规定：凡律自颁降日为始，若犯在已前者，并依新律拟断。即对尚未判决的犯罪，不论轻重，一律按新法处理。这一规定，固然是为了树立新法的权威，但以新法追溯颁布以前犯罪行为的做法，并不符合矜罪恤刑的刑法思想。因此，清朝的法律虽然沿袭了《大明律》的这一规定，但在实际适用上，却作了变通处理。《大清律集解附例笺释》对此条规定解释说：“此言

律已颁定,或因一人一事忽又更易,轻重不同,则须依新律拟断。盖新定之例,即律也。大约新例之严者,犯在新例之前,自不得引新例从严;新例之宽者,虽事犯在新例未颁之先,自合引新例从宽”^①。乾隆年间修纂《大清律例》时,也对刑法溯及力问题作了补充规定:“如事犯在未经定例之先,仍依律及已行之例定拟。其定例内有限于年月者,俱以限定年月为断。例应轻者,照新例遵行。”

(二) 关于犯罪的成立

中国古代刑法虽然没有完整的、科学的犯罪构成的概念,但对犯罪成立的主观方面及客观方面的一些要素,却已有认识,并且在法律上也作了专门的规定。同时,由于儒家伦理法思想及“德主刑辅”主张的影响,在法律上形成了具有独自特色的犯罪成立的规定。

1. 关于责任年龄与责任能力

古代法律关于责任年龄与责任能力问题是相一致的,即只有达到一定的年龄(包括正常的身体状况),才具备完全的责任能力。

儒家经典《礼记·曲礼》中,有关于刑事责任年龄的说法:“七十曰老,八十、九十曰耄,七年曰悼。悼与耄,虽有罪,不加刑。”另外,《周礼·秋官·司刺》中,也有关于“三赦”之制的说法:“一赦曰幼弱,再赦曰老旡,三赦曰蠢愚。”所谓“蠢愚”,按郑注的解释,是生而痴骏童昏者,即痴呆与精神病人,这些人不具备法律上的完全的责任能力。

据明人董说《七国考》引《法经》佚文:“罪人年十五以下,罪高三

^① 严格地说,《大清律集解附例笺释》对这一规定的解释,是一种有意的“曲解”。因为如前面两章所述,《大明律》是作为“永久性”的律典颁布与适用的,《皇明祖训》中也明文规定子孙不得改动一字,自然也不会有以后再颁新律之事(至少理论上说是如此)。所以《大明律》中所指的“新律”,即指《大明律》本身而言,也就是说,新颁布的《大明律》有溯及既往的效力,但以后这种事便不再会有了,因为不再有“新律”颁布。

减,大罪理减”^①。但据云梦出土秦简中的记载,秦以身高作为判定责任能力的标准,凡男子身高不满六尺五寸、女子身高不满六尺二寸的为“小”^②,一般不负刑事责任或减轻刑事责任。

汉代法律关于责任年龄的规定已比较明确。汉惠帝即位后就曾下令:“民年七十以上,若不满七岁,有罪当刑者,皆完之。”(《汉书·惠帝纪》)汉宣帝时规定:“诸八十以上,非诬告杀伤人,他皆不坐。”汉成帝时,又令“年未及七岁,贼斗杀人及犯殊死者,上请廷尉以闻,得减死。”(《汉书·刑法志》)此外,在汉代法律中,还有“年未及八岁、八十以上,非手杀人,他皆不坐”的规定(《周礼·秋官·司刺》汉儒注引汉律)。魏晋以后的法律基本上沿袭了这一原则。晋律规定:“其年老小笃疾及女徒,皆收赎。”(《太平御览》卷六四四引晋律)“八十非杀伤人,他皆勿论”(《晋书·刑法志》)。《北魏律》也规定:“八十以上、八岁以下杀伤论坐者,上请。”(《魏书·刑罚志》)

唐律对刑事责任年龄和能力问题,在秦汉以来法律发展的基础上,作了具体规定。《唐律疏议·名例》“老小及疾有犯”条:“诸年七十以上、十五以下及废疾,犯流罪以下,收赎(犯加役流、反逆缘坐流、会赦犹流者,不用此律,至配所,免居作)。八十以上,十岁以下及笃疾,犯反、逆、杀人应死者,上请;盗及伤人者,亦收赎;余皆勿论。九十以

① 关于《七国考》的《法经》引文中有关责任年龄的记载,有一个问题往往被人们忽略,那就是在秦以前的书籍中关于未成年人的年龄,不是用岁数,而是用身高来判定的(《礼记》中的有关记载,显然是经过汉代人的改动)。如《论语·泰伯》:“可以托六尺之孤”,《孟子·滕文公上》:“虽使五尺之童适市,莫之或欺”,这里的五尺、六尺都是未成年人的代称,是虚指;《战国策·楚策二》:“悉五尺至六尺三十余万”,这里的五尺是实指。这种做法,主要是由于当时的户口登记制度尚不完备,很难对未成年人的年龄进行准确的核查,至秦王政十六年(前 231 年),才“令男子书年”,命秦国境内男子普遍申报登记年龄。而从汉朝起,才完全按岁数了判定年龄。因此,《七国考》中的记载,显然是经过后人的改动,是否真实,尚不能完全确定。

② 秦一尺为今七寸,六尺五寸约合今尺四尺五寸左右。

上、七岁以下,虽有死罪,不加刑(缘坐应配没者,不用此律)”。从这一规定来看,唐律将责任年龄及能力划分为四段:

第一,十六岁以上、六十九岁以下,为完全负刑事责任年龄,必须对一切犯罪行为承担相应的刑事责任;

第二,七十岁以上、七十九岁以下及十五岁以下、十一岁以上,以及废疾(痴、哑、侏儒、折一肢、盲一目等)者,仅对死罪及几类重要犯罪承担相应的刑事责任,其余犯罪都可以收赎;

第三,八十岁以上、八十九岁以下及十岁以下、八岁以上,以及笃疾(双目盲、两肢废及癫狂等)者,犯谋反、大逆、杀人等死罪,得上请皇帝减轻处罚,犯盗及杀人等罪可以收赎,对其他犯罪一概不承担刑事责任;

第四,九十以上、七岁以下,为完全无刑事责任年龄,不论犯什么罪,一概不承担刑事责任。

除上述规定外,唐律对责任年龄和能力问题还有几项补充规定:其一,对于教唆无刑事责任的人犯罪的问题,《唐律疏议·名例》规定:“即有人教令,坐其教令者,若有赃应备,受赃者备之。”律疏:“悼耄之人,皆少智力,若有教令之者,唯坐教令之人。或所盗财物,旁人受而将用,即合备偿,受用者备之;若老小自用,还征老小。”其二,对于刑事责任追溯时效问题,唐律规定:“诸犯罪时虽未老、疾,而事发时老、疾者,依老、疾论;犯罪时幼小,事发时长大,依幼小论。”即按照从轻的原则处理。其三,礼教规范与刑法规定冲突问题,对于某些触犯礼教的犯罪,即使依法不负刑事责任的,也不能免其罪责。如《唐律疏议·斗讼》中规定:“其殴父母,虽小及疾可矜,敢殴者乃为恶逆,于律虽得勿论,准礼仍为不孝。老小重疾,上请听裁。”其四,本人责任与连坐责任,唐律虽然规定老幼废疾犯罪可以减轻或免除刑事责任,但如果是因家人犯罪而缘坐的,则不能免除。如对九十以上、七岁以下者,缘坐应配者不适用免刑的规定。律疏:“谓父祖反、逆罪状已成,子

孙七岁以下，仍合配没。”

由于唐律对刑事责任年龄及能力的问题规定较为具体，因而基本上被后世刑法所沿用。不过，明清刑法对九十以上犯谋反大逆的，明文规定不得免除刑事责任，这也体现了明清刑法对维护皇权的内容进一步加强。

2. 对于行为人主观方面的认定

行为人主观方面的心态，是构成犯罪的要件之一。任何犯罪，不仅在客观上实施了具有社会危害性的行为，而且这种行为必须是受行为人的主观心理活动的支配的。其具体表现，就是行为人对其所实施的危害行为和危害后果的主观方面的心态——故意和过失。

儒经《尚书·尧典》中有“眚灾肆赦，怙终贼刑”的说法。眚，即过失的意思。据《尚书正义》：“过而有害，虽据状合罪而原心，非故如此者，当缓赦之”。《大禹谟》中，也有对故意与过失区别量刑的说法：“宥过无大，刑故无小”。孔氏传对此的解释，是过误所犯，虽大必宥；不忌故犯，虽小必刑。在《康诰》中，这种区分更加明确：“人有小罪非眚，乃惟终，自作不典，式尔，有罪厥小，乃不可不杀；乃有大罪非终，乃惟眚灾，适尔，既道其厥辜，时乃不可杀”。非眚，非过失，也就是故意犯罪；式尔，亦为故意如此。即凡是故意犯罪的，即使罪过很小，也不能宽恕；反之，过失犯罪的，即使犯了大罪，也应减轻处罚。《周礼·秋官·司刺》中，也有“三宥”之法：“一宥曰不识，再宥曰过失，三宥曰遗忘”。所谓“不识”，据汉儒郑司农的解释，是“愚民无所识则宥之”，孙诒让的解释，是“愚民不识法而误犯”，也就是后人所说的不知者不为罪的意思；所谓“过失”，就是不意误犯的行为。郑玄注：“过失，若举刃欲砍伐而轶中人者”，即本来要砍树木，却砍在了人身上；所谓“遗忘”，据郑玄注：“若间帟薄忘有在焉，而以兵矢投射之”，即本应意识到，却因行为人的疏忽大意而造成了危害后果。这三类行为，在主观上都没有

故意,因而在量刑上也应减轻刑罚。^①

故意犯罪的行为,在战国时法律上称为“端”或“端为”。《墨子·号令》:“其端失火以为乱事者,车裂。”毕沅注:“言因事端以害人,若今律故犯。”过失犯罪,也称“不端”或“失”。秦代法律规定,对故意犯罪,即“端为”的,要从重判刑。^②汉代法律也将行为人的主观心态分为“故”、“误”两类,故从重,误从轻。据《后汉书·郭躬传》记载,汉明帝永平年间,有兄弟两人共同杀人,汉明帝认为兄长本应有教诲兄弟的义务,却反而与弟一起杀人,所以判兄为死罪,对弟减刑论处。但中常侍孙章在宣读判决诏书时,误说成兄弟两个都判死刑。尚书便认为孙章犯有“矫制”罪,应当处以腰斩。汉明帝征询廷尉郭躬的意见,郭躬说,法律上有过、误之分,误则处罚轻,孙章只是误传诏书,所以应从轻处理,处以罚金之刑。由此,也可见在某些情况下,故误之间量刑上的差异也是很大的。

魏晋时期,随着律学的发达,对行为人主观心态的法理上的区分也逐渐具体。张斐的《律注》中,归纳为“故”、“失”与“贼”、“过失”两对概念。“其知而犯之,谓之故;意以为然,谓之失”;“无变斩击,谓之贼;不意误犯,谓之过失。”这两对概念的划分,对《唐律》中关于行为人主观心态的规定,产生了直接的影响。

唐律在前代立法经验和立法理论的基础上,对行为人的主观心态作了具体的划分。

首先,关于故意犯罪。唐律关于“故”的认定,是以“知”为基本要件的,这在唐律的规定中到处可见;同时,又以“故为”作为成立的要件。从唐律的有关规定看,除了一般的故意外,还有两类特殊的故意。

^① 关于《周礼》中“三宥”的解释,可参见[日]西田太一郎著、段秋关译:《中国刑法史研究》,北京大学出版社1985年版,第94—99页。

^② 参见《睡虎地秦墓竹简》,第165、166、169、170、191、204页。

(1) 预谋故意,这是事先精心准备后实施的故意犯罪,在法律上称为“谋”。由于这类犯罪的危害性极大,所以唐律对于这类犯罪,一般只要有预谋即予以处罚,有的甚至不要求有实际的危害结果发生(如谋反等)。

(2) 间接故意,即有故意(法律上称为“害心”)而无直接对象或目的的犯罪。唐律中的“故杀”即属于这类间接故意^①。

其次,关于过失犯罪。唐律中有关过失犯罪的规定比较复杂。大致上分为“过失”、“失”、“误”三种。

(1) 过失。唐律中的“过失”一词,一般仅指过失杀伤人的行为。《斗讼律》“过失杀伤人”条注:“谓耳目所不及,思虑所不到,共举重物力所不制,若乘高履危足跌,及因击禽兽以致杀伤皆是。”据律疏的解释,“耳目所不及”是指既没有听见人声、又没有看见人影而扔砖石或发射弹丸、箭矢,结果却杀伤了他人;“思虑所不到”是指将砖石投到平时偏僻幽静、人迹罕至的场所,却意想不到会因此而杀伤人;此外,或是几个人共同抬一个重物,因力所不支而造成伤亡;或是攀登高险之处而失足伤人,或是因射猎鸟兽而误伤他人等,都属于“过失”杀伤人。因此,唐律中的“过失”,实际上是指在缺乏高度注意(包括某些意想不到)的情况下所造成的杀伤人的行为。行为人本身对造成危害的结果,事先没有(有的也根本不可能)意识到,所以,《唐律疏议·斗讼》规定:“诸过失杀伤人者,各依其状,以赎论”。

(2) 失。唐律中的“失”,主要是指官吏因公务方面的过失犯罪,亦即“公罪”的过失。《职制律》“贡举非其人”条:“失者,各减三等。”注:“余条失者准此。”律疏:“余条失者准此,谓一部律内,公事错失,本条无失减之文者,并准此减三等。”而所谓“公事错失”,据《名例律》“公事失错自觉举”条律疏:“公事失错,谓缘公事致罪而无私曲者。”

^① 参见本章第3节中“七杀”。

因此,公务上的过失,是构成“失”的基本要件。

(3) 误。唐律中的“误”在内容上比较复杂,一般来说,它是与“故”相对应的“知而误犯”的行为,也就是广义上的过失行为,即应当意识到而由于其他原因没有意识到^①。因此,对于这类“误”的行为,法律规定比照“故”减罪二等。《职制律》“百官外膳犯食禁”条:“诸外膳,犯食禁者,供膳杖七十,……误者各减二等。”

后代法律对行为人主观心态的区分,基本上是沿用了唐律的原则。但从唐律及唐以后各朝法律的规定来看,对两类过失犯罪是特殊处理的。一是对君主直接构成威胁的过失犯罪,如“合和御药,误不如本方及封题误”,“造御膳误犯食禁”,“御幸舟船误不牢固”等等。这类过失行为,直接威胁到皇帝的人身安全,因此,只要有过失,就构成了“十恶”中的“大不敬”,而且并不要求发生实际的危害结果,就要对行为人处以死刑。《唐律疏议·名例》“十恶”条律疏:“但御幸舟船以上三事,皆为因误得罪,设未进御,亦同十恶;如其故为,即从谋反科罪。”二是与家庭伦常相关的过失犯罪,如卑幼过失杀伤尊长或尊长过失杀伤卑幼的行为,对这类过失行为,因尊卑关系的不同,因而在处理上,也同一般犯罪区分故意过失的量刑原则有所不同。如唐律中规定,子孙过失杀祖父母、父母的,流三千里;伤者徒三年;而子孙违反教令,被祖父母、父母过失杀死的,依法勿论。这一规定,也充分体现了古代“礼教法”的特点。

3. 按行为的发展及其后果定罪量刑

古代法律对一般犯罪,偏重于根据犯罪结果量刑,从先秦时期法律的规定来看,尤其是如此。大致自汉代起,法律上开始对犯罪行为的发展阶段进行了划分,预备阶段称为“谋”,着手实施称为“遂”。晋张斐《律注》中,有“将害未发,谓之戕”的说法,这个“戕”,有人考证,

^① 唐律中的“误”,还包括了“对象的错误”。关于这一点,可参见本章第三节。

当为“将”字之误,已有犯罪未遂或中止的意思^①。因此,这一时期法律对犯罪发展阶段的划分也逐步具体,在《北魏律·贼律》中,已采取对不同犯罪阶段分别认定和量刑的做法。《魏书·刑罚志》引《贼律》:“谋杀入而发觉者流;已杀者斩,从而加功者死,不加者流”。从这一规定来看,将杀人行为按其过程及结果分为三个阶段:预谋——已伤(已杀未遂)——已杀,并根据不同阶段分别量刑。这一做法,也被唐律所全盘继承。《唐律疏议·贼盗》“谋杀入”条:“诸谋杀入者,徒三年;已伤者绞,已杀者斩”。在阶段划分上,同《北魏律》是一致的。

除阶段划分外,唐律对犯罪既遂和未遂在量刑上也作了区分。首先,对未遂犯,在量刑上比照既遂减轻。唐律中对未遂犯,通常以“未……”表述。未遂犯比照既遂犯减刑的幅度,法律无明文规定,一般是视具体情况,减刑一等至五等。《诈伪律》“诈为官文书及增减”条:“诸诈为官文书及增减者,杖一百;……未施行,各减一等。”《贼盗律》“劫囚”条:“窃(囚)而未得,减二等”。《诈伪律》“伪宝印符节假人及出卖”条:“即以伪印印文书,……未施行,及伪写印、符、节未成者,各减三等”。《户婚律》“嫁娶违律”条:“诸嫁娶违律,……未成者,各减已成五等”。除一般的未遂外,唐律对有几种未遂犯是特殊处理的。一是直接危害皇帝人身安全的犯罪,只有未遂犯,而“没有”既遂犯,如“谋反”,只要有预谋,即构成死罪,不要求、也不允许有既遂结果的发生;第二对于盗、欺诈等“赃罪”未遂(未得财)的,一般是比照既遂(已得赃)的最低一等减等量刑;第三,有些未遂行为,比照其他罪名量刑,或是按“不应得为”量刑。^②

其次,对结果犯加重量刑,这类规定,有的见于因不同阶段的结

① [日]西田太一郎:《中国刑法史研究》,北京大学出版社1985年版,第110—111页。

② 关于这一点,可参见本章第三节“不应得为”的有关内容。

果而加重量刑,如“斗殴”伤人行为,视具体后果,处以笞十直至流三千里,但如果造成“杀人”的结果的,就要处以绞刑或斩刑。有的则是因该行为造成其他危害结果而加重量刑,如《杂律》“盗决堤防”条:“其故决堤防者,徒三年;漂失(财物)赃重者,准盗论;以故杀伤人者,以故杀伤论。”

后世各朝法律对犯罪阶段划分以及按行为发展及后果的量刑及处理上,基本上是沿袭了唐律的做法。

4. 同居相为隐

同居相为隐,又称亲亲相隐,亲亲得相首匿等,是指亲属之间(主要是共同生活的亲属之间)对犯罪行为可以相互包庇,而不构成犯罪(或可以减轻处罚)。

亲属相容隐本是儒家的一种主张。据《论语·子路》记载,楚国贵族叶公有一次对孔子说,自己乡里有个正直的人,父亲偷了别人的羊,他跑去告发了。可孔子却回答叶公说:父为子隐,子为父隐,这才应该是正直。孔子的这种说法,是从家族伦理的角度出发的,他把父为子隐看作是“仁”的表现,把子为父隐看作是“孝”的表现。汉朝标榜以“孝”治天下,在理论上继承发挥孔子的这一主张的同时,将它作为一项法律原则确立下来。西汉初年,在司法实践中,就严格禁止子女控告父母,并将其视为天经地义,“闻子为父隐,父为子隐,未闻父子之相坐也”(《盐铁论·周秦》)。至汉宣帝时,正式在法律上确认了“亲亲得相首匿”的原则,“自今子首匿父母,妻匿夫,孙匿大父母,皆勿坐;其父母匿子,夫匿妻,大父母匿孙,罪殊死,皆上请廷尉以闻”(《汉书·宣帝纪》)。允许亲属间对犯罪行为相互包庇。这一规定,对后世产生了重要影响。

随着礼教原则在法律上的全面确立,对亲属相容隐的问题,《唐律疏议·名例》在“同居相为隐”条及其他有关条文中作了具体规定,这些规定主要包括以下几方面:

(1) 同居相为隐的范围,一是“同居”,即共同生活的亲属,“谓同财共居,不限籍之异同,虽无服者,并是”;二是“大功以上亲及外祖父母、外孙、若孙之妇、夫之兄弟及兄弟妻”。此外,部曲、奴婢也在“为主隐”的范围之内。

(2) 同居相为隐的处理,即凡属于相隐范围的人“有罪相为隐”的依法“皆勿论”;即使是为罪犯通风报信使其逃亡或隐匿的,“亦不坐”。而且,非同居的小功以下亲属相隐的,也可比照平常人减罪三等。反之,如果亲属之间违反容隐的规定,相互控告的,则根据服制的不同,作出不同的处罚或处理。以卑告尊的,服制越近处罚越重;以尊告卑的,服制越近处罚越轻。

(3) 同居相为隐的限制:“若犯谋叛以上者,不用此律”。即凡是犯谋反、谋大逆、谋叛等罪的,亲属不得相隐,违者依法论处。

唐律关于同居相为隐的规定,也被宋元明清等朝的法律所直接继承,成为历代法律的一项基本原则。然而,对于这个问题,后世的一些学者也曾提出了不同的看法。清代的袁枚在《读孟子》一文中,就对《孟子》中“瞽瞍(舜之父)杀人,皋陶执之,舜负而逃”的说法提出了批评,认为“荆昭王之时,石渚为政,廷有杀人者,追之,则其父也,还伏斧,死于王廷。渚尚知废法不可,而舜乃逃而欣然,是不如渚也”。他还对后周世宗于父亲杀人“知而不问”,后人却认为是“孝”的说法,表示了不同的看法:“凡纵其父以杀人者,皆孝子耶?彼被杀之,独无子耶?世宗不亦以‘不问’二字,博孝名而轻民命也”^①,可谓是对亲属相容隐的一针见血的批评。

亲属相容隐是古代家族主义在法律上的具体表现,其目的在于维护和巩固家长制家庭和尊长的独尊地位,以及整个家庭、家族关系的和谐稳固。然而,这一切必须以国家根本利益为前提的。当国家利

^① 参见杨鸿烈:《中国法律思想史》下册,第59页。

益同家族利益发生冲突时,就必须牺牲家族利益以维护国家利益,这也是亲属相容隐原则的特征之一。

5. 紧急行为

对于某些特殊的紧急情况下所实施的具有危害结果的行为,古代法律规定不构成犯罪或可以减轻处罚。这类行为,类似于现代刑法中的“正当防卫”以及“紧急避险”的行为。

(1) 防卫行为。古代法律虽然没有正当防卫的概念,但对于遭到不法侵害时,以暴力手段进行紧急防卫的观念,却很早就已出现了。《周礼·地官·调人》有:“凡杀人而义者,不同国,令勿仇,仇之则死。”所谓“杀人而义”,即包括正当防卫的行为^①。此外,《周礼·秋官·朝士》中也有“盗贼军,乡邑及家人杀之,无罪”的说法。

汉代法律对防卫问题作了明确规定。汉律中有“无故入人室宅庐舍,上人车船,牵引人欲犯法者,其时格杀之,无罪。”(《周礼·秋官·朝士》郑司农注引汉《贼律》)这一规定,明确了正当防卫的条件(无正当理由,侵入他人住宅车船,及牵引人欲犯法等);实施防卫的时间(“其时”,即犯罪行为正在进行时);实施防卫的手段(“格杀之”,即当场将罪犯杀死);以及对防卫的处理(“无罪”,即因正当防卫而杀死罪犯者无罪)。

唐律中虽然也设有防卫的专章规定,但在有关条文中对防卫问题及其适用作了具体规定。《贼盗律》“夜无故入人家”条:“诸夜无故入人家者,笞四十;主人登时杀者,减斗杀伤二等。其已就拘执而杀伤者,各以斗杀伤论,至死者加役流。”律疏:“登于入时,被主人格杀之者,勿论。若知非侵犯,谓知其迷误,或因醉乱,及老小、疾患,并及妇人,不能侵犯,而杀伤者,减斗杀伤二等。已就拘执,谓夜入人家,已被

^① 徐朝阳:《中国刑法溯源》中对此解释说:“杀人而义者,即今日之所谓正当防卫及救护紧急危难之行为也”。

擒获,拘留执缚,无能相拒,本罪虽重,不合杀伤。”据此,防卫必须具备下列条件:只能是对不法侵害行为实施防卫,对于不可能造成不法侵害的人,就不能以防卫为理由对他们进行打击,否则便是违法行为;只能是对实际存在的不法侵害实施防卫,若明知这种实际侵害不存在,便不能以防卫为理由进行打击。如明知其因迷途、酒醉后神智不清等原因于夜晚入室的,就不能对其进行武力打击,否则便构成犯罪;防卫不能超过必要的限度,即不能过当,否则亦属违法行为;只能是对正在进行的犯罪行为实行防卫,即法律上所说的“登时”。如果罪犯已被拘捕,不可能再造成实际侵害时,再对罪犯进行打击,便不能认为是正当的防卫。

此外,对于常人相互斗殴的行为,则不适用防卫的规定,相殴伤的两论如律,但后下手理直的可以减罪二等。这些规定,同现代刑法中的正当防卫较为接近了。

宋朝以后的历代刑法,基本上沿袭了唐律中有关防卫问题的原则和规定。此外,在明清法律中,还有一项报复性的防卫规定,即祖父母、父母为人所杀,子孙擅杀行凶人者,杖六十;但如果是当场(即时)杀死的,则勿论。这一规定,同样是家族伦理原则在刑法中的反映。

(2) 紧急避险。古代法律虽然没有紧急避险的概念,但对于为使公众利益或本人利益免遭正在发生的危害而不得已采取的危害他人利益的行为,同样可以减轻或免除处罚。《唐律疏议·厩库》“官私畜毁食官私物”条也规定:“诸官私畜产,毁食官私之物,登时杀伤者,各减故杀伤三等,偿所减价,畜主备所毁。其畜产欲舐人而杀伤者,不坐、不偿(亦谓登时杀伤者)。”

(3) 意外事件。对于某些因不可抗力所造成的意外事件带来的损害或者危害结果,古代刑法也规定可以减轻或是免除处罚。《尚书·舜典》中,就有“眚灾肆赦”之说,所谓“灾”,就是由某种不可抗力所带来的危害后果,它既包括行为人因紧急避险而造成他人利益损

害的结果^①,也包括行为人因某种不可抗力而造成损害他人利益的结果。对于这类情形,可以视其情节减轻或免除处罚。《唐律疏议·杂律》“无故于城内街巷走车马”条:“其因惊骇,不可禁止,而杀伤人者,减过失二等。”律疏:“其因惊骇,力不能制,而杀伤人者,减过失二等,听赎,其铜各入被伤杀家。”

6. 疑罪以赎论

所谓疑罪,据《唐律疏议·断狱》“疑罪”条注:“疑,谓虚实之证等,是非之理均;或事涉疑似,傍无证见,或傍有闻证,事非疑似之类。”律疏:“疑罪谓事有疑似,处断难明。”

《尚书·皋陶谟》中有“罪疑惟轻”的说法。《左传·襄公十二年》引《夏书》“与其杀不辜,宁失不经”。《尚书·吕刑》中,有疑罪的具体规定:“五刑之疑有赦,五罚之疑有赦”,孔颖达疏引《正义》:“刑疑有赦,赦从罚也;罚疑有赦,赦从免也。”称西周时疑罪,具体的处罚方法是:“墨辟疑赦,其罚百镒(六百两),阅实其罪;劓辟疑赦,其罚惟倍,阅实其罪;剕辟疑赦,其罚倍差,阅实其罪;宫辟疑赦,其罚六百镒,阅实其罪;大辟疑赦,其罚千镒,阅实其罪”。即对疑罪按情节科以不同数量的罚金。同时,又称在对疑罪的认定上,采取的是“疑狱,汜与众共之,众疑,赦之”(《礼记·王制》)的审讯程序。

唐律对疑罪的处理,基本上接近于儒家的这套理论。《断狱律》“疑罪”条规定:“诸疑罪,各依所犯,以赎论”。

古代法律所规定的“罪疑惟赦”的处理原则,虽然有助于防止冤错案件的发生,但对于不能确认的行为进行经济处罚,从法律上来说也是不合理的。明朝以后,法律上不再有罪疑听赎的规定。

7. 不作为犯

中国古代刑法中所规定的犯罪,大都是以“作为”的方式构成的,

^① 徐朝阳:《中国刑法溯源》,第127—132页。

即罪犯是以积极的手段去实施刑法所禁止的各种行为。而有些行为,法律明确规定有义务实施,但行为人拒不实施,因而构成犯罪,这类犯罪便属于“不作为”的犯罪。

我国古代刑法中虽然并没有“不作为”的概念,但它作为一种实在的犯罪形态,却是很古老的。《尚书·甘誓》称:“用命,赏于祖;弗用命,戮于社,予则孥戮汝”,把拒不执行努力作战命令的行为视为犯罪。《尚书·汤誓》也有类似的说法:“尔不从誓言,予则孥戮汝,罔有攸赦。”

在秦代法律中,始对不作为犯有了较明确的规定。商鞅颁布的法令中,有“不告奸者腰斩”的规定(《史记·商君列传》)。云梦出土的秦简“法律答问”中,也有凡见知“盗”而不告不捕的行为,要科以相应刑罚的规定。而且不作为犯一般在主观上必须有故意,否则法律上不予处罚^①。汉代法律也继承了这一原则,凡“见知而故不举劾,各与同罪;失不举劾,各以赎论;其不知不见,不坐”(《晋书·刑法志》)。

唐律中对不作为犯罪作了较具体的规定。从唐律有关条文的规定来看,根据罪犯的身份和应承担的义务的不同,大体上可以区分为两种形式:

(1) 完全的不作为,即律文明确规定的以特定身分的人的不作为行为,作为构成犯罪的要件。在这类不作为的犯罪中,行为人因一定的身分关系,有义务履行该项行为,然而却拒不履行。也就是说,这类不作为犯的主体是特定的,是应承担相应义务的人。这种特定的主体及义务关系在唐律中大致有三类:一是因亲属关系(血缘关系)所形成的特定义务,若不履行这种义务的,即构成不作为犯罪。《斗讼律》“子孙违反教令”条:“诸子孙违反教令及供养有缺者,徒二年。”注:“谓可从而违,堪供而缺者。”即子孙因伦常关系,有义务服从教

^① 《睡虎地秦墓竹简》,第154—157页。

令、赡养尊长,而在有条件的情形之下拒不履行该项义务。二是因特定职务而形成的义务,如《职制律》“事应奏不奏”条:“诸事应奏而不奏,谓依律、令及式,事应合奏而不奏”。即主管官吏依律令规定,当履行其职责范围内的义务而不履行的行为。三是由一定事实所形成的特定的权利义务关系,负有义务的一方拒不履行义务时,便构成不作为犯罪。如《杂律》“负债违契不偿”条:“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。”由于这种不作为犯须有以特定的身分或原因所形成的义务关系方能构成,因而在具体条款中,多以“违”或者“应而不为”的形式出现;同时,这类犯罪在客观方面,只要“不作为”即可构成犯罪,并不一定要求有危害结果的发生。

并非完全的不作为,即不实施法律规定的有义务实施的行为。与前一种不作为的形式相比,两者的主要区别,就在于犯罪的主体不同。前者是因特定身分或原因成为义务主体,后者则是法律规定的义务主体。《贼盗律》“以毒药药人”条:“脯肉有毒,曾经病人,有余者速焚之,违者杖九十。……即人自食致死者,从过失杀人法。”即有毒事物的所有人,在法律上有义务将其销毁,否则便构成不作为犯。对于这类不作为犯,唐律采取的是结果加重的处罚原则,即只要具备法律所规定的不作为行为,即予处罚;若因不作为而产生危害结果的,则要加重处罚。《杂律》“丁防官奴婢病不救疗”条也规定:“诸丁匠在役及防人在防,若官户、奴婢疾病,主司不为请给医药救疗者,笞四十;以故致死者,徒一年。”

唐以后各朝刑法,对于各种不作为犯罪也都作了具体规定,不过从总体上看,亦基本上沿袭了唐律的原则。

8. 自首减免刑罚

自首,古代刑罚称为“自告”。《尚书》中有类似犯罪自首减刑的论述。《康诰》:“既道极厥辜,时乃不可杀。”据《蔡传》的解释,是指犯罪

以后，“既自称道，不敢隐匿，罪虽大时，乃不可杀。”即犯罪以后能自首的，罪过虽大，也应减轻处罚。这一说法，秦代法律也有反映，对于犯罪以后“自出”的，予以减轻处罚，云梦出土的秦简“法律答问”中有“把其假以亡，得及自出，当为盗不当？自出，以亡论；其得，坐赃为盗”^①。自出者可以减轻刑罚。

汉代法律明确规定了“先自告除其罪”的原则，对犯罪未发而自首的，可以免除刑责。不过，从汉代法律的具体规定来看，自首免罪原则的适用是有条件的。首先，对于共同犯罪中“首恶”及“造意”者，不适用自告免罪；其次，对于罪犯自首不实或者不彻底的，那么对其他未自首的行为同样要依法追究。

《唐律》中对自首减免刑罚也作了具体规定，并将自首分为“自首”、“捕首”与“自觉举”几种形式。

(1) 自首。《名例律》“犯罪未发自首”条：“诸犯罪未发而自首者，原其罪。”律疏解释：“过而不改，斯成过矣。今能改过，来首其罪，皆合得原。”即凡是犯罪以后自首的，原则上可以免除所应承担的罪责。具体而言，主要包括以下几方面：

第一，自首的条件。《唐律》规定，自首者必须具备以下条件：其一，必须是“犯罪未发”。即罪犯的犯罪事实尚未被官府发觉或掌握。亦为被他人告发，“其轻罪虽发，因首重罪者，免其重罪。”律疏解释：“假有盗牛事发，因首铸钱，铸钱之罪得原，盗牛之犯仍坐之类。”其二，必须向官府投案。其三，必须彻底如实交代犯罪事实，不得捏造或隐匿，“即自首不实及不尽者，以不实不尽之罪罪之，至死者，听减一等。”律疏解释：“自首不实，谓强盗得赃，首云窃盗赃，虽首尽，仍以强盗不得财科罪之类；及不尽者，谓枉法取财是五匹，余一匹，是为不尽之罪。”此外，“其知人欲告及亡叛而自首者，减罪而等坐之。”律疏解

^① 《睡虎地秦墓竹简》，第 207 页。

释：“犯罪之徒，知人欲告及按问欲举而自首陈，及逃亡之人，并叛已上道，此类事发归首者，各得减罪二等坐之。”

第二，自首的方式。原则上，应是罪犯本人去官府投案自首，但“遣人代首”的，也与自首有同样的效力。律疏解释：“遣人代首者，假有甲犯罪，遣乙代者，不限亲疏，但遣代首即是。”此外，“若于法得相容隐者为首及相告言者，各听如罪人身自首法”，即属于法律所允许的亲属相容隐范围的人代首或是告发的，被告者也按自首处理，如子孙告发父母、祖父母，以及奴婢告发主人的，被告者均按自首处理。当然，如果“犯罪之人，闻有代首，为首及得相容隐者告言，于法虽复合原，追身不赴，不得免罪。”另外，“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。”律疏解释：“余赃，谓盗、诈之外，应得罪者，并是。虽不于官司陈首，能悔过还主者，听减本罪三等。”

第三，自首的限制，唐律规定，有些犯罪是不适用自首免罪的原则的。这些犯罪有：“于人损伤”，律疏解释：“假有因盗故杀伤人，或过失杀伤财主而自首者，盗罪得免，故杀伤罪仍科。若过失杀伤，仍从过失本法”；“于物不可备偿”，律疏解释：“称物者，谓宝印、符节、制书、官文书、甲弩、旌旗、幡旗、禁兵器及禁书之类，私家既不合有，是不可偿之色”，但如果“本物见在，听同首法”；“事发逃亡”，律疏解释：“假有盗罪合徒，事发逃走，已经数日而复陈首，犯盗已发，虽首不原；逃走之罪，听减二等”；还有“越度关及奸，并私习天文者，并不在自首之例。”此外，自首之后，非法所得的赃物赃款，必须如数退还。

(2) 捕首。所谓捕首，就是在犯罪之后共同逃亡时，罪轻的犯人捕获罪重的犯人后向官府自首的行为。《名例律》“犯罪共亡捕首”条：“诸犯罪共亡，轻罪年捕重罪首，及轻重等，获半以上首者，皆除其罪”。这一规定的目的，就在于对犯罪后共同逃亡的罪犯进行分化瓦解，以便尽快将他们全部缉拿归案。当然，对捕首也有一条限制，即所

犯之罪如果属于“常赦所不原”的,就不得适用捕首免罪的规定。

(3) 自觉举。自觉举是有关“公罪”的自首,这类犯罪自首的主体必须是国家官吏,其行为是执行公务,在主观方面,必须是因过失而造成的,而且在客观方面,必须尚未造成危害结果。《名例律》“公事失错自觉举”条:“诸公事失错,自觉举者,原其罪;应连坐者,一人自觉举,余人亦原之”。但是,如果这类失错行为已经开始执行并已完成,如误判死罪及笞、杖刑等已经执行的,错判徒、流罪已经执行完毕的,就不能免罪,而要依法科罪。

唐律有关自首的原则及规定,基本上都被以后各朝法律所继承,但在一些具体问题上,后世却有不同看法。如宋神宗时的“阿云之狱”,当时朝廷官员就谋杀罪是否应适用“按问欲举,自首,减罪二等”的规定,展开了激烈的争论,并从对刑事案件的争论转化为政治斗争的前奏(《宋史·刑法志》)。

9. 关于“断罪无正条”

以唐律为代表的中国古代法律虽然也规定了“断罪引律令”的原则,但在律令无明文规定的情况下,又明确肯定了可以适用“比附”,即比照最相类似的条款或是以前判决的案件来定罪量刑。

比附作为一项刑法适用原则,在我国很早就出现了。《尚书·吕刑》中,就有“上下比罪”的说法。在早期的成文法律中,采取的是一事一罪分别量刑的做法,这比起过去的“议事以制”来显然是一个进步。但由于立法经验及客观条件的限制,法律规定显然不能包罗所有的犯罪行为,这种一事一罪的法律条文不能适应制裁犯罪的实际需要。于是,比照同类行为中最相类似的规定来处理的做法,在实际适用中逐步普遍。战国末年的《荀子》一书中所说的“有法者以法行,无法者以类举”(《荀子·君道》),就是对这种制度的理论上的归纳。

秦代法律中已明确采用了比附的制度。从云梦出土的秦简的“法律答问”有关内容看,秦代法律中的比附分为以律文相比附及以成例

相比附两种方式。以律文相比附的方法,称为“比”,即在法律无明文规定的情况下,可以比照最相类似的条款定罪量刑。例如,对于殴打曾祖父母的行为应如何处罚,法律无明文规定;但殴打祖父母的法律规定要处以“黥为城旦舂”的刑罚,因此对殴打曾祖父母的行为,可以比照殴打祖父母处罚。以成例相比附的方法,称为“廷行事”,凡在法律无明文规定或法律规定不明确的情况下,可以比照旧例来处理。^①

汉承秦制,在法律中普遍适用比附,并将“比”上升为一种固定的法律形式。在方法上,仍分为以律文相比附及以成例相比附两种形式。以律文相比附的方法,是在遇到疑难案件,律文又没有明文规定的,由司法官吏上报廷尉;廷尉处理后或是也不能决断的,应将案件连同应予比附的律文一起奏上,由皇帝裁决。而以成例相比附的方法,则需将一些典型的、可供以后援用的判例汇编成“比”这种形式后,才具有法律效力。汉代比附的适用,虽然便于司法官吏灵活援引,但同时也造成了法律适用的混乱,“奸吏因缘为市,所欲活则付生议,所欲陷则予死比”(《汉书·刑法志》)。因而当时就有人提出批评。晋代的刘颂明确提出:“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”(《晋书·刑法志》)^②,反对擅自适用比附。但事实上,比附作为一项对“断罪无正条”的补救措施,在这以后依然被确立下来。《魏书·礼志》中就有“律无正条,须准旁以定罪;礼缺旧文,宜准类以作宪”的记载。

唐律在总结前代适用比附经验的基础上,对比附的适用作了明文规定。《名例律》“断罪无正条”条:“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”。根据这一规定,适用比

^① 《睡虎地秦墓竹简》,第183、187—189页。

^② [日]仁井田陞认为,这一条就是《晋律》,或者至少是以《晋律》为依据的。参见《日本学者研究中国史论著选译》第8册,中华书局1992年版,第115页。

附的前提条件,必须是“断罪而无正条”,即在处理及法律适用上无明文规定。而具体适用比附,则依照以下两项原则:一是其应出罪者,举重以明轻,即某种行为可以减轻或免除刑罚,而律文又没有明文规定,就应在类似条文中,举出对重于该行为的处理,以证明该行为罪轻或无罪。例如,主人于夜间杀伤无故闯入者的行为如何处理,法律无明文规定,但《贼盗律》中规定:夜无故入人家,主人登时杀死者,勿论。比照这一规定,主人杀伤夜间无故入室的行为,显然较杀死为轻,杀死尚且不论,杀伤自然也就无罪了,这就是“举重以明轻”。二是其应入罪者,则举轻以明重,即某种行为确已构成犯罪,而律文又没有明文规定的,则在相应的条文中举出轻罪,以证明该行为罪重。例如故意杀死或杀伤父母的行为该得何罪,法律无明文规定,但《贼盗律》中规定:“谋杀期亲尊长者,皆斩”。比照这一规定,谋(预谋)尚得死罪,则已伤、已杀就不言而喻了。这就是“举轻以明重”。

明清法律不仅也确认了“比附”的原则,而且比唐律更为具体。《大明律》及《大清律例》中的《名例律》“断罪无正条”条中都规定:“凡律令该载不尽事理,若断罪而无正条者,引律比附。应加应减,定拟罪名,转达刑部议定奏闻。若辄断决致有出入者,以故出入论”。《大清律例》在后附的“条例”中对比附的适用也作了具体的说明:“其律例无可引用,援引别条比附者,刑部会同三法司,公同议定罪名,于疏内声明:律无正条,令比照某律某例加一等、减一等科断,详细奏明,恭候谕旨遵行。若律例本有正条,承审官任意删减以致情罪不符,及故意出入人罪、不行引用正条、比照别条以致可轻可重者,该堂官查出,即将承审之司员指名题参,书吏严拿究审,各按本律治罪”。对比附的适用,作了严格、具体的规定。

此外,明朝于律例之外,另有比附律条六十余条,又称《比附杂犯律》,收录了前此适用的比较典型的比附判例。明嘉靖年间奏准纂入律例,在律例无专条规定的情况下,可以援引比附律定罪量刑。清初

制定《大清律集解附例》时,也将这六十余条比附律纳入,以后经多次删修,至乾隆时的《大清律例》,只剩下三十余条,称为“总类”,附于律例之后,作为比附的依据。从这三十余条比附律(比引律)条来看,大体上有以下特点:

首先,比附的适用,只在于行为之间表面上的相似,而缺乏内在的统一标准,如“运粮一半在逃,比依凡奉制书有所施行而违者律,杖一百”一条,前后两种行为,其主体是完全不同的,但同样可以比附,这本身就说明这种比附缺乏科学性。

其次,在所列举的比附律中,有关家庭伦常关系的内容,占了相当部分。如“男女定婚,未曾过门私下通奸,比依子孙违反教令律,杖一百”。

(三) 关于犯罪的形态

1. 共同犯罪,区分首从

中国古代刑法中的共同犯罪,是指两人以上共同故意实施犯罪的行为,法律上称为“共犯”。它既包括一般的共犯,也包括“群盗”之类的犯罪团伙。

共同犯罪的观念在中国古代很早就出现了。《尚书·尧典》中有“寇、贼、奸、宄”四种罪名的说法,所谓“寇”,据孔传解释,是指“群行攻劫”,即聚众抢劫的行为。《尚书·胤征》中也有“歼厥渠魁,胁从罔问”的说法,已出现了对共同犯罪中的胁从犯从轻处理的观念。

战国时期,受法家重刑主义思想的影响,法律上出现了对共同犯罪加重处罚的规定。据说《法经》中就有“越城,一人则诛,自十人以上夷其乡及族”的规定(《七国考》引《新论》)。在云梦出土的秦简“法律答问”中,也有“五人盗,赃一钱以上,斩左趾,又黥以为城旦;不盈五人,盗过六百六十钱,黥劓以为城旦;不盈六百六十到二百二十钱,黥为城旦”的律文。共同犯罪不仅量刑比一般犯罪重,而且只要实施了共同犯罪的行为就可处罚,而不论其赃物的多少。汉代法律则对共同

犯罪者的地位和责任进行了划分,把共同犯罪者分为“首恶”、“造意”、“本非造意”以及随从等几类,并对一般的共同犯罪与群盗等犯罪团伙采取不同的处罚原则。对一般的共同犯罪,采取区分首从的处罚原则,对“首恶”及“造意”者,不仅要从重处罚,而且不得适用自首减免刑罚的原则;对于那些随从犯,在处罚上比照“首恶”从轻或减轻处罚,自首的也可减免其刑事责任。对于“群盗”等特殊共同犯罪,因其危害性较大,所以在处罚上采取的是不分首从的量刑原则。

晋代随着律学的发达,对共同犯罪的形式、责任等从法理上作了区分。张斐的《律注》中,有“唱首先言,谓之造意;二人对议,谓之谋;制众建计,谓之率;三人谓之群”(《晋书·刑法志》),指出了共同犯罪的特点——两人以上的通谋(对议),主犯的形式——唱首先言,制众建计等。这种划分,有助于正确认定共同犯罪的特点和罪犯所应承担的刑事责任。《北魏律》在区分首从的同时,对从犯的作用也作了区分。《魏书·刑罚志》引律:“诸共犯罪,皆以发意为首”;“知人略盗之物,而故买者,以随从论”;“谋杀入而发觉者流,从者五岁刑,已伤及杀而还苏者死,从者流,已杀者斩,从而加功者死,不加者流”。从这些规定来看,首先,在量刑上,已完全确立了从犯比照主犯减轻处罚的原则;其次,将从犯又分为“从而加功”及“不加功”等形式,在责任区分上更加明确。

唐律对于共同犯罪的划分和责任的认定等问题,继承了前朝的经验 and 做法,并在内容上进一步作了具体规定。从唐律的有关律文来看,根据犯罪形态及处罚原则的不同,大体上可以分为以下几类:

(1) 一般共犯,这是最普通的共同犯罪形态。《名例律》“共犯罪造意为首”条:“诸共犯罪者,以造意为首,随从者减一等。”律疏:“共犯罪者,谓二人以上共犯,以先造意者为首,余并为从。”对这类共犯,采取区分首从,对从犯减一等量刑的处罚原则。

(2) 家人共犯,即一定血亲范围内的亲属共同实施犯罪的行为。

《名例律》“共犯罪造意为首”条律疏：“家人共犯者，谓祖、父、伯、叔、子、孙、弟、侄共犯。”这类共犯，以家人的共同行为为必要条件。对于家人共犯，原则上是“止坐尊长”，即“惟同居尊长独坐，卑幼无罪”。而且必须是有完全的责任能力的男性尊长。如果同居尊长为女性或是依法不负刑事责任的八十以上的老人及笃疾者，就要由其次的尊长承担责任。但是，如果是“侵损于人者，以凡人首从论”。律疏：“侵，谓盗窃财物；损，谓斗殴杀伤之类。假令父子合家同犯，并依凡人首从之法，为其侵损于人，是以不独坐尊长。”

(3) 侵犯皇权和危害统治秩序的共同犯罪，这类共犯具有很大的危害性，因此在处罚上采取的是不分首从的原则。《贼盗律》“谋反大逆”条：“诸谋反及大逆者皆斩。”律疏：“言皆者，罪无首从。”

(4) 一般主体与特殊主体的共同犯罪，即普通人与具有特殊身分的人共同犯罪的行为。这类犯罪，在原则上，虽然也采取一般共犯区分首从的方法，但由于罪犯的身分不同，因而在首从的认定与量刑上，与一般共犯有着很大的区别。首先，在首从的认定上，有些特殊身分的人因其身分关系，始终处于首犯的地位。《名例律》“共犯罪造意为首”条：“即共监临主守为犯，虽造意，仍以监主为首，凡人以常从论。”其次，在量刑上，因身分关系，有的首犯实际所受刑罚可能反而轻于从犯，如卑幼勾同别人盗己家财物十匹，据《贼盗律》“卑幼勾同别人盗己家财物”条载，卑幼为首，比照私辄用财物加而等，当处笞三十；他人为从，比常盗罪减一等，仍处杖一百。

此外，对殴杀伤等侵害人身的共同犯罪，在责任认定及处理上，也有特殊规定。首先，“明殴伤”人的，分为两种情形：第一，伤人的，其中又分为两种情况，一是原谋非下手重者，各以下手重者为重罪，原谋减一等，从者又减一等；二是原谋下手重者，原谋为重罪，余各减二等。第二，殴人致死的，也分为两种情况，一是致死原因可分的，随所因为重罪，即若是甲殴头，乙殴手，丙殴足，结果由头伤致死，则以甲

为重罪,原谋减一等,余各减二等;二是致死原因不可分的,以最后下手的人为重罪,原谋减一等,余各减二等。第二,“乱殴伤”人,不知先后轻重的,以谋首及初斗者为重罪,余各减二等。第三,对于“谋杀”人”的,将从犯分为“从而加功”、“从而不加功”及“从者不行”三种,在量刑上依次递减一等。

宋、明、清各朝刑法关于共同犯罪基本上承袭了唐律的原则,但是出于加强皇权专制统治的需要,对于盗、贼等团伙犯罪的犯罪大大加重,而且大都是不分首从,一律严惩。

中国古代刑法在对各种共同犯罪形式加以规定的同时,对共同犯罪的特殊形态——教令罪也作了明确规定。教令罪在犯罪形态上虽然属于共犯的一种,但它与一般共犯中的“造意”者是有区别的。造意者在整个犯罪过程中不但“唱首先言”,而且还亲身参与实施犯罪,并分担犯罪行为的一部分;而教令者则是采取教唆、诱使他人的方法,挑起他人的犯罪故意,去实施犯罪行为,教令者本人则置身于犯罪行为之外,并不直接参与犯罪的实施。

由于教令罪具有故意唆使他人实施犯罪的特点,因而中国古代刑法对教令犯均采用从重处罚的原则。在秦代,对于教唆未成年人犯罪的,采取只处罚教令者,不处罚被教令者的原则。云梦出土的秦简“法律答问”有“甲谋遣乙盗杀人,受分十钱,问乙高未盈六尺,甲何论?当磔”^①。秦代身高不足六尺的,属未成年人,甲教唆未成年人犯罪,应承担全部刑事责任。汉代法律对教令者采取的是与被教令者同罪的处罚原则,《周礼·秋官·庶氏》注引汉《贼律》:“敢蛊人及教令者弃市。”《晋律》中也有“殴人教令者,与同罪”(《晋书·刑法志》)的规定。

唐律将教令罪分为教令常人与教令老幼两类。教令常人犯罪的,

^① 《睡虎地秦墓竹简》,第180页。

教令者与被教令人同罪。《诈伪律》“诈教诱人犯法”条：“诸诈教诱人犯法（犯者不知而犯之），及和令人犯法（谓共知所犯有罪）……皆与犯法者同坐。”教令九十以上、七岁以下的老幼（无刑事责任能力者）犯罪的，仅处罚教令者，不处罚被教令者。因为在这类犯罪中，被教令者本身无刑事责任能力，他们仅仅是作为教令者实施犯罪的工具；就教令者而言，实际上是利用被教令者间接实施了犯罪行为，实现其犯罪故意。因此，《名例律》“老小及疾有犯”条规定：“九十以上、七岁以下，虽有死罪，不加刑。即有人教令，坐其教令者。”

明清法律对于教令者的处罚，基本上仍采取唐律的原则。《大明律·刑律·诈伪》“诈教诱人犯法”条规定：凡用言词教唆他人犯法的，与犯法者同罪。对于教唆老幼犯罪的，也“罪坐教令之人”。

中国古代法律对教令罪还有一项特殊规定，即教令他人实施与身分有关的犯罪时，对教令者与被教令者的实际处罚是不同的。晋代张斐的《律注》中说：“即令人殴其父母，不可与行者同得重也。”（《晋书·刑法志》）按法律规定，殴父母在量刑上属于加重处罚的行为，但对教令犯，则只能按殴常人量刑。因而原则上虽是教令者与被教令者同罪，实际的处罚却有很大差异。唐律在继承这一原则的同时，在做法上更作了具体规定。凡教令人告缌麻以上亲，及部曲、奴婢告主者，各减告者之罪一等，被教令者论如律；而对教令九十以上、七岁以下的老幼实施有关身分的犯罪，如教“七岁小儿殴打父母，或教九十耄者斫杀子孙”的，对教令者一律按殴打及杀死常人论罪，不得因身分关系加重或减轻。

2. 并合论罪，以重者论

中国古代刑法中的并合论罪，是指对先后犯有两个或两个以上罪刑的罪犯如何定罪量刑，即所谓“二罪以上俱发”的量刑问题。

中国古代法律中早有并合论罪的规定，《尚书·吕刑》：“上刑适轻，下服；下刑适重，上服。轻重诸罚有权，刑罚世轻世重。”据孔传对

“下刑适重，上服”的解释，是指一个人先后犯有两罪，以重罪处断，轻罪包括其中。这就是现代刑法中的“重罪吸收轻罪”的原则，成为后世刑法处理“二罪以上俱发”的一项基本原则。云梦出土的秦简“法律答问”有：“上造甲盗一羊，狱未断，诬人盗一猪，论何也？当完城旦。”上造甲先后犯有盗羊及诬人盗猪两罪，诬人盗猪比盗羊罪重，根据诬告反坐及两罪俱发以重者论处的原则，判处完城旦的刑罚^①。汉代法律则明确提出了“一人数罪，以重者论之”（《春秋公羊传·庄公十年》何休注引《汉律》）。晋代张斐在《律注》中，也明确提出了两罪俱发并合论罪与累犯之间的区别：“不可累者，故有并数；不可并数，乃累其加，以加论者，但得其加。”（《晋书·刑法志》）

唐律对并合论罪的处理，也采取了重罪吸收轻罪的原则。《名例律》“二罪从重”条规定：“诸二罪以上俱发，以重者论。等者，从一。若一罪先发，已经论决，余罪后发，其轻若等，勿论；重者更论之，通计前罪，以充后数。即以赃致罪，频犯者并累科；若罪法不等者，即以重赃并满轻赃，各倍论。其一事分为二罪，罪法若等，则累论；罪法不等者，则以重法并满轻法。累并不加重者，止从重”。从这一规定及律注、律疏的有关解释来看，唐律关于并合论罪的规定，主要有以下几方面：

第一，“二罪以上俱发，以重者论”，即一人先后犯有数罪，同时被发觉或告发的，以处罚最重的那个罪名论处。例如，一人先盗绢五匹（合徒一年），后私藏兵器稍一张（合徒一年半），又过失折人二肢（合赎流三千里，即赎铜一百斤）。若同时发觉一人犯有此三种罪行，则以重者——私藏兵器稍一张论罚，处以徒一年半。

第二，“等者，从一”，即所犯两罪刑罚相等的，则按其中一罪量刑。例如，一人先犯窃盗五匹（合徒一年），后又斗殴折伤他人（亦合徒一年），两罪同时发觉，在处罚时，可根据其中任何一个罪名，科以徒

^① 《睡虎地秦墓竹简》，第173页。

一年的刑罚。

第三，“若一罪先发，已经论决，余罪后发，其轻若等者，勿论；重者，更论之，通计前罪，以充后数”，即一罪判决之后，又发现罪犯以前还犯有其他罪行，如果这些罪行与先前已判之罪相等或轻于已判之罪的，则维持原判，不再加刑；如果这些罪行重于已判之罪的，则要加上超出原判之罪的刑罚。例如，某人因斗殴折人一齿，被处徒一年，后又发现其曾折人一指，亦合处徒一年，因已经判处了徒一年，所以就不再加判了。但如果后发现其曾斗殴折人二指，合徒一年半，这就应在原判之上再加处徒半年，共处徒一年半。

第四，“以赃致罪，频犯者并累科”，即对于赃罪数罪并发的，采取的是“累科倍论”的原则。倍，据律疏：“谓二尺为一尺”，也就是说，对于频犯赃罪的，在量刑时，以所得赃物数总和之半论罪。例如，某官于一日之中三处受绢十八匹，按“累科倍论”的原则，以受赃九匹量刑。如果是先后犯有轻重不等的不同罪名的赃罪，则按“重赃并满轻赃，各倍论”的原则处理，即将所有赃物“累科倍论”之后，按其中最轻的罪量刑。例如，一个县令受财枉法赃六匹（合徒三年），不枉法赃十四匹（亦合徒三年），又受所监临财物四十九匹（亦徒三年），窃盗二十九匹（亦徒三年），强盗赃二匹（亦徒三年），以上五处赃罪，总计赃一百匹，倍为五十匹，接受所监临财物论罪，合处流二千里。

第五，“一事分为二罪”，即一个行为触犯两种罪名的，对这类行为，分为两种情形处理。一是“罪法若等，则累论”，即定罪与处罚方法相同的，依累加之赃论处，例如，将值绢五匹的私马，博取值绢十匹的官马，这种行为，同时触犯了两项罪名。依照《贼盗律》“以私财奴婢贸易官物”条，凡以私财贸易官物的，不仅要按价值相等的部分比照窃盗罪论处，对获利部分也要依照窃盗罪论处。五匹相等部分，依窃盗罪合徒一年；五匹获利部分，亦合徒一年，累计赃十匹，按窃盗罪，合处徒一年半。二是“罪法不等者，则以重法并满轻法”，即两个罪名处

罚办法不同的,就累计赃值,以轻罪论处。例如,官吏非法擅赋敛,于一家得绢五十匹,四十五匹入官,按《户婚律》“差科赋役违法”条:“若非法而擅赋敛,……赃重入官者,计所擅坐赃论”,合处徒二年半;五匹入私,以受财枉法论,按《职制律》“监主受财枉法”条,亦合处徒二年半。两处赃累计五十匹,按坐赃论,合处徒三年。

唐律对并合论罪的规定虽然很具体,但是在实际的适用上却有很大出入。《旧唐书·殷侗传》中就记载了这样一个案件:濮州录事参军崔元武三犯赃罪,计赃一百二十匹,大理寺断三罪俱发,以重者论,但仅处以削三任官。刑部复审时,改判决杖流配。但殷侗认为,根据频犯赃罪累科倍论的原则,崔元武所犯之罪当处绞刑。最后皇帝裁决,还是议刑部所定量刑处理,决杖六十,流放贺州。

宋以后的刑法基本上也是采取类似的原则。据南宋《庆元条法事类·刑狱门》所载《名例敕》规定:“诸犯二罪以上,事发更为重罪至死,如会恩免死(因灾伤减等同),还依各从其事法;诸事发未论决间因缘犯罪者,以二罪俱发论(谓如请求及诈妄之类,其上书理诉不实,已奏者非);诸二罪以上,合以重论,而重罪应赎、轻罪应决,则决其轻罪之数,余以赎论”。与唐律相比,有一个重要变化,就是对犯罪已发未论而又犯新罪的(这在唐律中属于更犯),也按两罪俱发的原则处理。明清刑法也采取了类似的做法。《大明律·名例律》“徒流人犯罪”条:“凡犯罪已发又犯罪者,从重科断。”

另外,古代刑法对赃罪频犯虽然都采取“累科倍论”的量刑原则,但量刑之后,对犯罪所得之赃,仍要依法追缴,如窃盗赃要按“倍备”的征缴原则,赃一匹,要加倍征缴二匹。

3. 更犯与累犯加重处罚

中国古代刑法中的更犯与累犯,是指犯罪已被发觉及已经判刑,或是刑满之后及遇大赦释放后又重新犯罪的罪犯。

《尚书·尧典》有“怙终贼刑”的说法。对犯人有所恃(怙)二累犯

罪(终)的,要处以重刑。《尚书·康诰》中也说:“人有小罪非眚,乃惟终,自作不典,式尔,有罪厥小,乃不可不杀。”惟终,即屡教不改,累犯罪的行为。对于这类行为,即使犯的罪很小,也要严厉惩罚。秦代法律对于累犯罪的行为,开始采取并罚加重的原则。云梦出土的秦简“法律答问”:“当耐为隶臣,以司寇诬人,何论?当耐为隶臣,又系城旦六岁。”即二罪累加,并处城旦六年。汉承秦制,对累犯也采取加重处罚的原则。汉律:“杀人自告,及吏坐受赇枉法,守县官财物而自盗之,已论命,复有笞罪,皆弃市”^①。即对杀人自首、受财枉法、监守自盗等严重犯罪已经判决,又犯新罪的,要加重处以弃市。

至晋代,随着律学的发达,在法律上对累犯的加重并罚作了限制。张斐的《律注》中说:“徒加不过六,囚加不过五,累作不过十一岁,累笞不过千二百,刑等不过一岁。”即对累犯徒罪加重量刑,以一年为一等,数罪并罚的最多只能加六等。而晋代徒刑最重者为髡钳五岁刑,加上六等,共十一年,这就是“累作不过十一岁”。而对处以笞刑的,最高刑累计不得超过一千二百(《晋书·刑法志》)。北魏法律中则出现了“再犯”的概念(见《魏书·世宗纪》),对于再犯者要加重处罚。北周的《大律》中也明文规定:“其为贼盗,事发逃亡者,悬名注配。若再犯徒、三犯鞭者,一身永配下役。”(《隋书·刑法志》)

唐律对于更犯也采取加重处罚的做法。《名例律》“犯罪已发及已配而更为罪者,各重其事”。律疏:“已发者,谓已被告言;……已配者,谓犯徒已配,而更为笞以上者,各重其后犯之事而累科之。”即对更犯采取“累科”的量刑原则。具体做法是:

第一,更犯流罪的,依照留住法决杖,于配所加役三年,即前犯流罪有已发或是已配而又更犯流罪的,前犯流罪依法流配外,更犯流二千里改处杖一百,流二千五百里改处杖一百三十,流三千里改处杖一

^① 《周礼·秋官·朝士》疏引汉《贼律》。

百六十,各于配所服役三年,加上原来应服一年役,共四年劳役。

第二,更犯流徒罪应服劳役,累计不得超过四年,若刑期未满而又更犯徒罪的,改处杖刑,即徒一年改处杖一百二十,每等递加二十,但累计决罚不得超过二百。

因此,唐律对更犯的处罚是累计所罚,但最高数有限制,而且流罪再犯也不得加重至死刑。但是有一个例外,那就是对“盗”罪三犯的,可以加等量刑。《贼盗律》“盗经断后三犯”条:“诸盗经断后,仍更行盗,前后三犯徒者,流二千里;三犯流者,绞”。律疏:“行盗之人,实为巨蠹。屡犯明宪,罔有悛心。前后三入刑科,便是怙终其事,峻之以法,用惩其罪”。

宋朝的《庆元条法事类》中,明确提出了“累犯”的概念。《刑狱门》“比罪”条引《名例敕》:“诸累犯者(谓再犯三犯之类),一犯徒流比两犯杖。并以赦后经断有文案者为数”。另“犯罪更为”条引《名例敕》:“诸犯罪已发而更为罪,应各重其事者,依逐犯别科,其编配止以一重论”;“诸军犯罪事发应配或降别军已获未断而更犯罪者,依所降所配军法,法重者听从轻”。其《断狱令》则规定:“诸罪已发而更为,应别科者,先决重罪”。

明清法律对更犯与累犯的处理,综合了唐宋法律的有关规定,即对犯罪已发未决而又更犯罪的,按宋《庆元条法事类》中的处理方法,并合论罪,从重处罚;对犯罪已经判决后更犯罪的,按唐律“累科”的方法处理。《大明律·名例律》“徒流人又犯罪”条:“凡犯罪已发又犯罪者,从重科断;已徒已流而又犯罪者,议律再科后犯之罪。其重犯流者,依流住法,三流并决杖一百,于配所拘役四年;若犯徒者,议所犯杖数该徒年限决讫,应役亦总不得过四年。其杖罪以下,亦各依数决之,其应加杖者亦如之”。对于三犯“盗”罪的,也按加重处罚的原则处理。《大明律·刑律·贼盗》“窃盗”条:“凡初犯窃盗的,除依法决罚外,并于右小臂膊上刺“窃盗”二字,再犯刺左小臂膊,三犯者处以绞

刑。”这种对窃盗累犯的特殊处理，也是古代刑法有关犯罪形态划分及其处理的特点之一。

三、贵族官僚在刑法上的特权

中国古代刑法是特权法。早在古代的“礼”中，就把“刑不上大夫”作为一项基本原则。战国时期的法家曾提出过“刑无等级”、“法不阿贵”的口号，反对旧贵族在刑法上的特权。自汉朝以后，随着礼教与法律的逐步融合，“刑不上大夫”的原则逐步在刑法中确立下来，内容也不断具体，成为中国古代刑法的一项基本原则和主要特征之一。

（一）贵族官僚刑法上特权规定的形成

1. 先秦时期

《礼记·曲礼》中说：“刑不上大夫。”唐代儒者孔颖达对此解释说：“刑不上大夫者，制五刑三千之科条，不设大夫犯罪之目也。所以然者，大夫必用有德，若逆设其刑，则是君不知贤也。”也就是说，“大夫”都是一些正人君子，是不会做出违法乱纪的勾当的，所以也没有必要在刑法上对大夫犯罪预先规定。反过来说，即使大夫犯罪，也可以享受各种减免刑罚的特权优待。

西周及其以后的春秋各国的法律确实曾赋予了贵族官僚种种特权优待，主要有：

（1）在刑罚适用上。一方面，明文规定某些刑罚不适用于大夫或“公族”。据《礼记·文王世子》：“公族无宫刑，不翦其类也。”另一方面，贵族官僚犯罪可以用“赎”、“放逐”等方式来代替应受的刑罚。春秋时，郑国大夫公孙楚伤公孙黑，执政者子产对他说：“余不女忍杀，宥女以远，勉速行乎，无重而罪”，将他放逐到吴国（《左传·昭公元年》）。

（2）在死刑的执行上。死刑一般都是在集市上公开执行，称为

“弃市”，但大夫之类的贵族官僚犯死罪也不公开执行，甚至还可以在家中自杀而死，以示优待。春秋时晋国的里克、郑国的公孙黑等都是被迫令自杀而死的（事见《左传·僖公十年》及《昭公二年》）。

（3）在司法审判上。一方面，“命夫命妇不躬坐狱讼”（《周礼·秋官·小司寇》），另一方面，据说有“八辟”之法，即“一曰议亲之辟，二曰议故之辟，三曰议贤之辟，四曰议能之辟，五曰议功之辟，六曰议贵之辟，七曰议勤之辟，八曰议宾之辟”（《周礼·秋官·小司寇》），对这八种人犯罪，法律上规定了特殊的审理程序。虽然先秦时期是否真正实行过“八辟”之法，目前还不能完全肯定，但这“八辟”，却成为后世刑法中“八议”制度的渊源。

2. 战国时期

战国时期法家曾反对上述说法。如“所谓壹刑者，刑无等级，自卿相将军以至大夫庶人，有不从王令、犯国禁、乱上制者，罪死不赦。有功于前，有败于后，不为损刑；有善于前，有过于后，不为亏法。忠臣孝子有过，必以其数断。”（《商君书·赏刑》）不承认刑法上的特权，主张严格依法办事。商鞅在秦国主持变法时，就将太子的两个老师——大夫公孙贾和公子虔分别处以黥刑和劓刑。法家的集大成者韩非将这一主张总结为“法不阿贵”，他说：“法不阿贵，绳不挠曲，法之所加，智者弗能辞，勇者弗敢争，刑过不避大臣，赏善不遗匹夫。”（《韩非子·有度》）即不论什么人犯罪，都要绳之以法。显然，先秦法家的这种主张，对于废除旧贵族刑法上的特权，在理论上和实践上都具有重要意义。

然而，先秦法家的这种“刑无等级”的主张，与其说是一种法律思想，倒不如说是一种政治策略。他们没有、也不可能真正废除刑法上的特权。事实上，他们在废除旧的特权的同时，又确立了新的等级特权。如商鞅在第一次变法时发布的法令中就规定：“明尊卑爵秩等级，各以差次名田宅、臣妾、衣服，以家次，有功者显荣，无功者虽富无所

芬华。”(《史记·商君列传》)在刑法上也肯定了新的等级特权。从云梦出土的秦简中的有关内容来看,对于有爵位的人以及官吏犯罪,允许用钱赎罪,而且有些赎刑(如赎死、赎官等)仅适用于少数上层人士。^①

3. 汉代

汉承秦制,对于贵族官僚刑法上的特权并不特别重视。萧何贵为相国,仅因建议刘邦开放上林苑,就被投进了大牢。周勃出将入相,为汉室的江山立下了汗马功劳,也因莫须有的罪名,被逮捕入狱,备受狱卒的凌辱。周勃无奈之下,只得用千金向狱卒行贿。结果还是在狱卒的指点下,才得以出狱。汉景帝时,中大夫韩安国因罪入狱,受到狱卒田甲的凌辱,韩安国用“死灰复燃”对他进行警告,可田甲坦然回答:“燃即溺之。”^②可见当时观念中对贵族官僚的特权并没有特别的重视。而一些儒家学者对这种状况非常不满,他们主张从法律上对贵族官僚的特权予以公开承认。著名的儒者贾谊就曾借周勃一事上书汉文帝,主张恢复古时“刑不上大夫”的做法。虽然这一主张并未被采纳,但也反映了当时相当一部分人对这一问题的看法。

这一时期法律中也开始形成了一些肯定官僚特权的制度,最具代表性的便是规定处罚官员犯罪“上请”的制度。所谓“上请”,就是贵族官僚犯罪时,司法官吏无权审判,须奏请皇帝根据犯罪者的具体情况处理。汉高祖七年(前199年)诏:“郎中有耐罪以上,请之。”(《汉书·高帝纪》)汉宣帝时下诏:“吏六百石位大夫,有罪先请。”(《汉书·宣帝纪》)汉平帝时下诏:“令公、列侯嗣子有罪耐以上,先请之。”(《汉书·平帝纪》)东汉光武帝也下诏:“吏不满六百石,下至墨绶长、

^① 《睡虎地秦墓竹简》,第84、197、200页等。

^② 事见《史记·萧相国世家》、《绛侯世家》及《韩安国列传》。

相,有罪先请。”(《后汉书·光武纪》)这记载中的一个明显特点,那就是“上请”适用的范围不断扩大,刑法上的官吏特权原则逐步形成了。

(二) 贵族官吏刑法上特权规定的确立

1. “八议”制度的确立和“官当”的出现

中国古代刑法上特权原则的突出标志,便是“八议”制度的确立。“八议”是从《周礼》中的“八辟之法”演变而来的。据《唐六典》记载,“八议”在《曹魏律》中正式确立下来,《三国志·魏书·夏侯尚传》注引《魏略》中,也有“卿功臣之子,法应八议,不忧死也”的记载。自此之后,“八议”便成为刑法中的一项基本原则。《唐六典》中说:“八议自魏、晋、宋、齐、梁、陈、后魏、北齐、后周及隋,皆载于律。”这一时期的史籍中,也有不少关于适用“八议”的记载。^①

除了“八议”之外,在北魏及南陈时期,还出现了官吏犯罪可用官爵抵罪的“官当”制度。《北魏律·法例律》:“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。”(《魏书·刑罚志》)南朝《陈律》的规定较为具体:“五岁四岁刑,若有官,准当二年,余并居作;其三岁刑,若有官,准当二年,余一年赎;若公坐过误,罚金;其二岁刑,赎论。”(《隋书·刑法志》)

隋朝的《开皇律》对前朝关于官僚贵族等级特权的规定作了系统的归纳,“其在八议之科及官品第七以上犯罪,皆例减一等;其品第九以上犯者,听赎。……犯私罪以官当徒者,五品以上,一官当徒二年;九品以上,一官当徒一年。当流者,三流同比徒三年。若犯公罪者,徒各加一年。”(《隋书·刑法志》)这些规定,基本上都被《唐律》所沿袭。

2. 唐律有关规定

唐律在隋《开皇律》的基础上,规定了以议、请、减、赎为主,辅之以官当等特权优待制度。

^① 参见程树德:《九朝律考·魏律考》、《晋律考》等。

同,分为三种。一是“议减”,即“八议”对象所适用的减;二是“请减”,即上请对象所适用的减;三是“例减”,即此处所说的“减”,是比照前两者的减一等之例。据《名例律》“七品以上之官(减章)”条,例减的对象是“七品以上之官及官爵得请者之祖父母、父母、兄弟、姊妹、妻、子孙”,这些人犯流罪以下,各从减一等之例,即律疏中所说“若上章请人得减,此章亦得减;请人不得减,此章亦不得减,故云各从减一等之例”。

(4) 赎

《名例律》“应议请减(赎章)”条:“诸应议、请、减及九品以上之官,若官品得减之祖父母、父母、妻、子孙,犯流罪以下,听赎。”

从以上减赎的适用来看,有两种限制,一是犯“五流”的,即加役流、反逆缘坐流、子孙犯过失(杀)流、不孝流和会赦犹流者,“各不得减赎”;二是“其于期以上尊长及外祖父母、夫、夫之祖父母,犯过失杀伤,应徒;若故殴人至废疾,应流;男夫犯盗(谓徒以上)及妇人犯奸者,亦不得减赎(有官爵者,各从除、免、当、赎法)。”

(5) 官当

官当简称为“当”,是用官职或官品来抵罪。《名例律》“官当”条:“诸犯私罪,以官当徒者,五品以上,一官当徒二年;九品以上,一官当徒一年。若犯公罪者,各加一年当。以官当流者,三流同比徒四年”。如果一官不够,还允许二官当罪,即以职事官、散官、卫官为一官,勋官为一官,其具体方法是:“先以高者当,次以勋官当”;若是仍有余罪或更犯的,“听以历任之官当”。另外,“以官当徒不尽”条还规定:“诸以规定徒者,罪轻不尽其官,留官收赎;官少不尽其罪,余罪收赎”,即如果罪轻官品高,官品所抵罪多于实际所犯罪的,可以采取留官收赎的办法,即保留原官品,以铜赎罪;反之如果罪重官品卑,官当之后尚有余罪的,则可用铜赎余罪。因官当而离职的,一年之后,可以降先品一等叙用。

除了上述议、请、减、赎、官当等优待措施外,唐律还有几项专门规定:

第一,如果同时具备议减、请减及例减条件的,只能按高者减之,而不得累减;但如果是同时具备其他减刑条件的,则可以和以上之一者一同适用(累减)。《名例律》“人兼有议请减”条:“若从坐减、自首减、故失减、公坐相承减,又以议、请、减之类,得累减。”

第二,以理去官,即因致仕、得替、裁员等原因而离职的,与现任官同样可以享受议、请、减、赎等特权优待,而且赠官及视品官也与正官相同,其子孙或本人可享受相应的特权。

第三,凡无官犯罪,有官事发,流罪以下以赎论(犯十恶及五流者不用此律);卑官犯罪,迁官事发,在官犯罪,去官事发,或事发去官的,犯公罪流以下各勿论,余罪论如律;有官犯罪,无官事发的,仍按有官时所应享有的特权处理。

从上述的规定中,我们也可以看出,唐律对贵族官员特权的肯定和保护,范围很广,内容很具体,充分体现了礼教的“刑不上大夫”的原则。

(三) 贵族官僚刑法上特权规定的演变

1. 宋代

宋朝的《宋刑统》全盘沿袭了唐律中有关等级特权的规定,并且在事实上扩大了特权优待的内容。据《避暑漫抄》记载,宋太祖赵匡胤即位后,曾“密鑄一碑,立于太庙寝殿之夹室,谓之誓碑”,内有誓词三行,一是“柴氏子孙,有罪不得加刑,纵犯谋逆,止于狱内赐自尽,不得市曹刑戮,亦不得连坐支属”;二是“不得杀士大夫及上书言事人”;三是“子孙有渝此誓者,天必殛之”^①。因此,在整个北宋时期,官僚贵族在刑法上享有极大的特权,除了北宋末年的徽宗、钦宗两朝外,从未

^① 《宋史》卷三七九《曹勋传》亦提及此誓。

有过刑杀士大夫之举。官员犯罪,较轻的,给予罚俸、罚铜、降职、贬官等处罚,较重的甚至严重犯罪,也往往用以下方式进行处罚:

(1) 勒停,即勒令停职,一般来说,勒停之后一段时间内仍可复职或另委差遣;

(2) 居住,即对被贬谪的官员,限于某地居住,是重于勒停的处罚;

(3) 安置,即对被贬谪的官员在指定地点居住的同时,还要限制其行动自由,这是重于居住的处罚;

(4) 编管,即将被贬谪的官员押往指定的边远地区予以管制,是重于安置的处罚方式。如果再附加除名,即开除官籍,成为平民,那就是对犯罪官员事实上最重的处罚了。

居住、安置、编管等视情节不同,在地域上也有差别。一般来说,轻者赴内地各州,较重者赴湖南、广东等地,再重者赴岭南,最重者贬往海南。对于被贬谪的官员,除了附加除名的以外,一般都带有节度副使、团练副使及各州参军等虚衔,但并不管理实际事务,而且还要受到当地地方官的监视、管束。这也意味着他们即使是罪犯,但官员的身分和特权却依然保留,这也是宋朝官僚贵族刑法上特权的一个重要表现。

当然,这些刑法上的特权优待措施,虽然所有官员都能一同享受,但主要适用于中高级官员,尤其是免受刑杀的优待,对下级官吏是不适用的。

2. 明代

明代法律关于贵族官员特权的规定,比唐宋时有较大的变化。《大明律》中虽然仍有“八议”的规定,但是“请”、“减”、“官当”等名目却被删去了。当然,这并不是说这些特权就不存在了。在《名例律》的“职官有犯”和“军官有犯”等条目中,对官员的各种刑法上的优待依然作了明确的规定。

首先,官员犯罪的,不许擅自勾问。《名例律》“职官有犯”条:“凡京官及在外五品以上官有犯,奏闻请旨,不许擅问。六品以下听分巡御史、按察司并分司取问明白,议拟闻奏区处。若府州县官犯罪,所辖上司不得擅自勾问,止许开具所犯事由实封奏闻。”“军官有犯”条也规定:“凡军官犯罪,从本管衙门开具事由,申呈五军都督府奏闻,请旨取问。若六部察院按察司并分司及有司见问公事,但有干连军官及承告军官不公不法等事,须要密切实封奏闻,不许擅自勾问。”

其次,凡“八议”对象的亲属及五品以上官员的父母等犯罪的,也可享受特殊优待。《名例律》“应议者之祖父有犯”条:“凡应八议者之祖父母、父母、妻及子孙犯罪,实封奏闻取旨,不许擅自勾问。若奉旨推问者,开具所犯及应议之状,先奏请议,议定奏闻,取自上裁。若皇亲国戚及功臣之外祖父母、伯叔祖父母、姑、兄弟、姊妹、女婿、兄弟之子,若四品、五品官之父母、妻及应合荫袭子孙犯罪,以有司依律追问,议拟奏闻,取自上裁。”从这一规定来看,对于上述对象的优待措施,实际上比唐律更进一步。

《大明律》虽然对官员刑法上的特作了规定,但由于明朝专制皇权的发展和强化,君主为了加强对官员的控制,又在事实上采取了种种限制甚至否定这种特权的措施。这也反映了这一时期特权规定的新变化。

3. 清代

清代刑法基本上沿袭了《大明律》中关于贵族官员特权的规定,但根据清朝的实际情况,也作了一些修改。

首先,在对于官员犯罪的处罚方式上,规定对于犯徒刑以上的官员,较轻的发往西北地区的“军台”(兵站之类的军事设施)效力,重的则发往新疆当差。这作为对于犯罪官员的一种宽大处理。

其次,对于满族“旗人”的犯罪,规定了特殊的优待条件。《大清律例·名例律》“犯罪免发遣”条明文规定:凡旗人犯罪的,笞、杖各照数

鞭责；充军、流刑、徒刑免发遣，分别用枷号来代替。徒一年的改枷号二十日，每等递加五日；流二千里改枷号五十日，每等亦递加五日；充军附近者，枷号七十日；近边，七十五日；边远、沿海、边外，八十日；极边烟瘴，九十日。

其三，官员宗室、觉罗刑法上的特权。宗室是清朝“显祖”（努尔哈赤的父亲塔克世）的本支，觉罗为“显祖”的旁支，都属于清朝皇族，在刑法上享有更大更多的特权优待。宗室、觉罗犯笞杖罪的，可以用罚“贍养银”代替；犯徒流充军罪的，可以折合“圈禁”，即关押在宗人府的“空房”之内。初犯徒一年折圈半年，按等递加，徒三年折圈一年，流三千里折圈二年，极边充军折圈三年（《宗人府则例》卷二九《律例》）。

应当指出的是，清代虽然规定了贵族官员的种种特权，但统治者也意识到这些特权的消极性与不合理性。雍正在谈及“八议”制度时就这样说过：“此（八议）历代相沿之文，其来已久，我朝律例于此条虽载其文而实未尝照此例行者，盖有深意焉。夫刑法之设，所以奉天罚罪，乃天下之至公至平，无容意为轻重者也。”（《清世宗实录》卷六七）雍正、乾隆以后，清朝对皇族和旗人的刑法特权不断加以限制，但却无法从根本上取消特权。这也是整个古代刑法所无法解决的矛盾。

第二节 刑罚制度的演变

中国古代的刑罚，经历了一个漫长的发展演变过程。从刑罚体系上说，自有刑罚的记载以来，就是号称以“五刑”为体系；从内容上说，则是经过了从以肉刑（身体残害刑）为中心的刑罚制度到以身体刑和劳役刑为中心的刑罚制度的发展过程；从观念上说，古代刑罚制度的

发展,充分体现了法律思想、法律观念对其的影响。

一、以“肉刑”为主的古代刑罚制度

(一) 肉刑的起源

关于肉刑的起源,古代比较流行的说法,认为是由蚩尤发明的,并被中原的华夏部族所仿效。《尚书·吕刑》称:由于南方部族的首领蚩尤率众作乱,胡作非为,强取豪夺,并且发明了劓、剕、椽、黥和大辟五种酷刑来残害无辜,于是大家便结合在一起,向上帝控告他们的暴行。上帝看到这种情况,也用严酷的手段来对付蚩尤的残暴行为,把那些为非作歹的人斩尽杀绝。这一叙述,虽然带有神话色彩,但从一定程度上反映了古代肉刑起源的某些特点。即中国古代的肉刑,可能起源于南方的部族,而中原华夏部族沿用肉刑主要对那些部族的战俘和奴隶适用。关于这一点,可以从古代黥刑的适用上找到某些痕迹。

从古书中的记载看,中原的华夏部族是将黥作为一种刑罚,施之于罪犯的。但当时南方的部族都将其作为一种普遍的习俗,这就是所谓断发纹身的习俗。《礼记·王制》:“南方曰蛮,雕题交趾。”孔颖达疏:“谓以丹青雕刻其额。”当中原的华夏部族向南扩张时,同南方各部族之间爆发了多次战争,俘获了大量的战俘,这些战俘中不少是在脸上刻划的纹身人。久而久之,这种刻划黥刺便成为奴隶(或是罪犯)的一种专有标记,黥也由南方部族的习俗演变成为一种专门施用于罪犯的刑罚了。有的学者指出,“据甲骨文记载,商王朝曾多次向东南用兵,这一带是我国古代流行纹身习俗的地区,因此,在他们所得的俘虏中就很可能有一些是纹身人。出于同仇敌忾的心理,他们一律给之以污称,视之为不知礼法的野蛮民族。一个人犯了法,或不尽职,黥上像夷狄族那样的脸纹,就表示他们像夷狄一样不知礼法。因此,黥

刑在一开始主要是一种侮辱性的表示。”^①

最初的肉刑主要是对异族的罪犯或奴隶适用的,对本部族人则用其他的处罚方式。《尚书·尧典》称“象以典刑,流宥五刑,鞭作官刑,扑作教刑,金作赎刑。”所谓“象刑”,就是用特殊的服饰代表五刑,给予象征性的处罚,以达到惩戒罪犯的目的^②。《尚书大传》:“唐虞之象刑,上刑赭衣不纯,中刑杂屨,下刑墨幪。”《慎子》佚文也说:“有虞氏之诛,以幪巾当墨,以草纓当劓,以菲屨当刑,以艾畢当官,布衣无领以当大辟。”《白虎通》中也有类似的说法:“五帝画象者,其衣服象五刑也。犯墨者蒙巾,犯劓者赭其衣,犯腓者以墨幪其腓处而画之,犯官者履杂屨,犯大辟者布衣无领。”沈家本在《历代刑法考》中,也指出了五刑与象刑适用上的区别:“舜时五刑、象刑盖并行,……是五刑者所以待蛮夷者也。……若象刑,所以待平民者也。”^③

(二) 夏商周三代的五刑制度

据传说,中国古代法律中的五刑制度是夏朝时正式确立的。如《尚书·大禹谟》和《皋陶谟》中,都有关于“五刑”的说法。《汉书·刑

① 徐一青、张鹤仙:《信念的活史:文身世界》,四川人民出版社1988年版,第222—223页。

② 关于象刑,目前为止主要有三种解释,一种认为“象”是效法的意思,象刑就是依照法律进行审判;另一种认为象刑是把法令图像化加以颁布的一种方式;还有一种认为象刑是“画衣冠,异章服”,以羞辱来惩罚犯罪者的一种象征性的刑罚制度。三者中以后者较为普遍。

③ 在古时是否真有代替五刑的象刑这一问题上,前人曾有不同看法。《荀子·正论》认为:“世俗之为说者曰:‘治古无肉刑而有象刑’,……是不然。以为轻刑邪?人或触罪矣,而直轻其刑,是杀人者不死,伤人者不刑也,罪至重而刑至轻,民无所畏,乱莫大焉。”班固在《汉书·刑法志》中也认为:“象刑惟明者,言象天道而作刑,安有非履赭衣者哉。”但从一些先秦时期的文物及史籍的记载来看,在西周及春秋战国时的一些处罚方式中,依然带有“画衣冠、异章服”的象刑的痕迹,因而古时候用象刑代替五刑,从理论上来说是有可能的(参见张国华、武树臣:《中国法律史》,法律出版社1986年版,第21—23页;张晋藩主编:《中国刑法史稿》,中国政法大学出版社1991年版,第4—6页)。

法志》中也说：“禹承尧舜之后，自以德衰，始制肉刑。”

据说商朝在夏朝五刑的基础上，对刑罚制度作了进一步的发展。传说商朝的五刑有墨、劓、剕、宫、辟五种。这些刑名在甲骨文中都有所反映，如𠄎字是劓刑的象形，𠄎字是宫刑的象形。《荀子·正名》中说的“刑名从商”，可能正是从这一意义而言的。

西周继承了商朝的五刑制度，其五刑为：

1. 墨刑

又称黥刑，《周礼·秋官·司刑》注：“墨，黥也，先刻其面，以墨窒之。”孔安国注：“刻其颡而涅之曰墨刑。”

2. 劓刑

是割鼻之刑《尚书·吕刑》孔安国注：“截鼻曰劓。”

3. 剕刑

又称刖刑、臙刑，是断足之刑。《说文》：“刖，绝也。”《周礼·秋官·司刑》注：“刖，断足也，周改臙作刖。”

4. 宫刑

又称淫刑。《尚书·吕刑》孔安国注：“宫，淫刑也，男子割势，女子幽闭，次死之刑。”这是破坏人的生殖机能的刑罚。^①

5. 大辟

即死刑。《尚书·吕刑》郑玄注：“死是罪之大者，故谓死刑为大辟。”

除上述五刑外，西周还发展了赎刑制度。在现存的《尚书·吕

^① 关于宫刑“女子幽闭”的解释，古人有不同的见解。据《周礼·秋官·司刑》汉儒注，是“女子闭于宫中。”王夫之《识小录》中则说：“传谓男子去势，女子幽闭，皆不知幽闭之义，今得知，乃是于牝剔去其筋，如制马豕之类，使欲心消灭。国初用此，而女往往多死，故不可行也”。褚人获：《坚瓠集》续集卷四“妇人幽闭”条引《碣石剩谈》：“椽窍之法，用木槌击妇人胸腹，即有一物坠而掩闭其牝户，止能便溺，而人道永废矣，是幽闭之说也”。

刑》一篇中,有关于五刑赎金的说法。

(三) 春秋战国的刑罚制度

春秋战国虽然沿用了西周时期以肉刑为主的五刑制度,但由于这一时期的特殊的政治与社会现实,因而在刑罚的种类及其适用上,也反映出了多而杂乱无章的特点。从有关史籍记载来看,各诸侯国所适用的刑罚大体上有以下几种(不包括秦国)。

1. 死刑

春秋时期适用的死刑的名目主要有:

(1) 车裂,又称磔。见《左传·宣公十一年》、《战国策·赵策二》、《战国策·楚策一》等,即将犯人肢解处死。

(2) 烹。见《左传·哀公十六年》、《说苑·君道》、《史记·田完世家》,即将犯人扔到开水锅中煮死。

(3) 夷族,又称夷宗、夷三族等。见《史记·孙子吴起列传》、《战国策·魏策四》等,即株连犯人家族一起处死。

2. 肉刑

春秋战国时期适用的肉刑的名目主要有:黥。见《史记·孙子吴起列传》;劓。见《左传·昭公十三年》;刖、膑。见《韩非子·和氏》、《史记·孙子吴起列传》等;贯耳见《左传·僖公二十七年》等。

3. 鞭笞,见《左传·僖公二十七年》等。

(四) 秦的刑罚制度

秦的刑罚制度一方面继承了西周的五刑制度,并发展了一些酷刑,另一方面,在刑罚种类和执行上发生了显著的变化。

秦的刑罚种类繁多,从云梦出土的秦简及其他有关记载来看,秦的刑罚主要有:

1. 死刑

秦的死刑名目很多,其中较主要的有:

(1) 磔,又称磔。《史记·李斯列传》:“十公主磔死于社。”注:“磔

音宅，与磔同。磔谓裂其肢体而杀之。”

(2) 腰斩，即用斧钺将犯人拦腰斩断以毙其命的刑罚。《史记·商君列传》：“不告奸者腰斩。”

(3) 绞，即用绳将犯人勒死的刑罚。《战国策·秦策五》：“应侯欲伐赵，武安君难之，去咸阳七里，绞而之死之。”

(4) 具五刑，即对当处族刑的罪犯先施以黥、劓、斩趾等肉刑，然后再处死的一种酷刑。据《汉书·刑法志》的解释，“当三族者，皆先黥、劓、斩左右趾，笞杀之，枭其首，菹其骨肉于市。其诽谤詈诅者，又先断舌，故谓之具五刑。”秦末时李斯就被处以具五刑的刑罚。

(5) 弃市，即在人较集中的地方将犯人当众处死。《资治通鉴》胡三省注：“秦法，论死于市，谓之弃市。”秦法：“同母异父相为奸，弃市。”^①“敢有偶语诗书者，弃市。”（《史记·秦始皇本纪》）

除了上述的刑罚外，还有一些刑罚是将罪犯处死之后再施行的，这些刑罚主要有：

(1) 车裂，又称体解，是将犯人处死后再分裂尸体的刑罚。商鞅被杀后，又“车裂商君以徇”（《史记·商君列传》）。

(2) 枭首，即将罪犯处死后，割下首级悬于木竿上示众。《秦会要订补》引顾野王语：“枭首于木上竿头，以肆大罪，秦刑也。”

(3) 戮尸，即将罪犯处死后陈尸示众。《国语·晋语》注：“陈尸为戮。”《史记·秦始皇本纪》集解：“已死者戮其尸。”多适用于反叛罪。此外，秦还有一种称为“生戮”的死刑。云梦出土的秦简“法律答问”：“誉敌以恐众心者，戮。戮者何如？生戮，戮之已乃斩之之谓也。”^②即在处死之前，先予刑辱示众，然后再斩杀之。

2. 肉刑

^① 《睡虎地秦墓竹简》，第225页。

^② 同上书，第173页。

秦基本上是沿用了以前的肉刑,但在具体适用上及名称和种类上有一些变化。

(1) 黥刑,秦黥刑的适用很普遍。商鞅变法时,太子犯法,黥其师公孙贾(《史记·商君列传》)。秦始皇颁布的《焚书令》中也规定:“令下三十日不烧,黥为城旦。”(《史记·秦始皇本纪》)在云梦出土的秦简中,也有许多关于适用黥刑的记载。

(2) 劓刑,也是秦广泛适用的肉刑。《盐铁论·诏圣》中说,秦时“劓鼻盈粟。”商鞅变法时,太子师公子虔因犯法而被处劓刑(《史记·商君列传》)。在云梦出土的秦简中,也有关于劓刑的记载。

(3) 斩左右趾,即西周的刵刑和刖刑。《盐铁论·诏圣》中说秦时“断足盈车”,可见斩趾之刑在秦时适用也很普遍。但从云梦出土的秦简来看,斩趾主要是适用于“群盗”等严重犯罪。

(4) 宫刑,又称腐刑,也称“隐宫”。《史记·秦始皇本纪》正义:“宫刑,一百日隐于荫室,养之乃可,故曰隐宫。”

3. 身体刑

(1) 髡刑,是剃去犯人头发和鬓须的刑罚。古人认为:“身体发肤,受之父母,不敢毁伤,孝之始也。”(《孝经·开宗明义》)因此,毛发同身体是同样重要的。据《风俗通义》记载,秦对刑徒都要附加髡刑。这种做法,也被汉朝沿用。

(2) 耐刑,与髡刑相似,只是仅剃去鬓须而保留头发。与髡刑一样,耐刑也主要是作为徒刑的附加刑,不过耐刑也可以单独适用。云梦出土的秦简“秦律杂抄”中有“分甲以为二甲菟者,耐。”在“法律答问”中,也有多处单独使用耐刑的记载。^①

(3) 笞刑

这是对犯人进行笞打的刑罚,是从古时的“扑刑”发展而来的,主

^① 《睡虎地秦墓竹简》,第92、131、145、147页。

要适用于比较轻微的罪过。云梦秦简中有多处适用笞刑的记载。

4. 劳役刑

劳役刑即剥夺犯人自由、强制犯人服劳役的刑罚。秦劳役刑的种类很多,而且多数都同肉刑及髡刑和耐刑一同使用,所以服刑罪犯大都称为“刑徒”。

(1) 城旦舂。《汉旧仪》:“城旦者,治城也;女为舂,舂者,治米也”。城旦主要适用于男犯,舂则适用于女犯。这是最重的劳役刑。当然,城旦的劳役并不仅限于筑城,舂也不仅仅是“治米”,这主要是劳役刑的名称。

(2) 鬼薪白粲,也是劳役刑的名称。《汉旧仪》:“鬼薪者,男当为祠祀鬼神伐山之薪蒸也,女为白粲者,以为祠祀择米也。”鬼薪主要适用于男犯,白粲主要适用于女犯。这是次于城旦的劳役刑。

(3) 隶臣妾,这是强制犯人在官府中服役的劳役刑,男犯称隶臣,女犯称隶妾。云梦秦简中有大量关于隶臣妾的内容。

(4) 司寇,是强迫男犯去边远地区服劳役的刑罚。《汉旧仪》:“司寇,男守备,女作如司寇。”云梦秦简中也多处提到司寇。

(5) 候,是将犯人发往边地充当作候,是最轻的劳役刑。云梦秦简中也有几处关于候的适用的记载^①。

5. 流刑

流刑是将罪犯押解到荒远地方去的刑罚。秦代的流刑主要有迁、谪、逐三种。

(1) 迁,是将罪犯迁到边远地区去。《史记·商君列传》:“秦民初言令不便者,有来言令便者。卫鞅曰:‘此皆乱化之民也。’尽迁之于边

^① 关于秦代的劳役刑是否有刑期限制的问题,《汉旧仪》的记载,是城旦舂五年、四年,鬼薪白粲三年,司寇二年,候一年。但从云梦出土的秦简来看,没有关于劳役刑刑期的明确规定。因此,目前法律史学界对此问题,仍有不同的看法。参见《中国法制史研究综述》,第123页;《中国法律制度史研究通览》,第151—154页。

城。”云梦秦简中也有多处关于适用迁的记载。

(2) 谪,也是将罪犯分配到边远地区或新开放地区的一种刑罚。《史记·秦始皇本纪》有“徙谪实之初县”。注云:“徒有罪而谪之,以实初县。”

(3) 逐,即将非秦国国籍的人驱逐出境的一种处罚。秦始皇时曾发布过《逐客令》。

6. 货刑和赎刑

《说文》:“货,小罚,以财自赎也。”这是对较轻微的犯罪科以一定数额的罚金的刑罚。货刑的适用很普遍,货的方式,从云梦秦简来看也主要有三种:一是货物,主要是货盾或货甲;二是货金,主要是货布(战国时货币之一种)和货钱;三是货劳役,如货戍、货徭等。

赎刑是由犯人交纳一定数目的金钱或是物品来代替应受刑罚的一种代用刑。云梦秦简中赎刑的名目很多。一般来说,“赎耐”、“赎迁”、“赎黥”等可以普遍适用于所有的人;而“赎死”、“赎官”等只适用于少数官僚贵族。赎刑的方式也主要有两种,一是向官府交纳金钱财物来代替应受的刑罚,二是用服劳役的方式来折抵赎金。

7. 族刑与连坐

所谓族刑,是指一人有罪,他的族人也要受牵连被处死;连坐,则是指一人有罪,其全家、邻里以及其他有关系的人都要被牵连受到处罚。秦国在春秋初期,秦文公十二年(前754年),正式在法律上规定了族刑的适用。到了战国时期,商鞅在秦国主持变法,将广泛适用族刑连坐作为其重刑政策的一个主要方面。《汉书·刑法志》中说:“秦用商鞅连坐之法,造三夷之诛。”商鞅所规定的连坐法主要有四种:

(1) 全家连坐,即一人有罪,其家人要牵连受罚,或罚为官奴,或处以其他刑罚。《史记·孝文本纪》集解:“秦法,一人有罪,并坐其家室。”商鞅变法时曾下令规定,凡不努力耕作或弃农从商的人,全家罚为官奴(《史记·商君列传》)。在云梦秦简中保留的秦律里,也有“盗

及诸它罪,同居所当坐”^①的规定。

(2) 什伍连坐,即邻里连坐,这是将居民按五家为伍,十家为什的编制组织起来,相互监视。一家有罪,同什伍组织的邻居都有义务告发,否则就要连坐。商鞅变法时,“令民为什伍,而相收司连坐,不告奸者腰斩。”(《史记·商君列传》)

(3) 职务连坐,即对担负国家职务的官吏实行连坐,上下级官吏之间、保举与被保举者之间,都有连坐责任。“秦之法,任人而所任不善者,各以其罪罪之。”(《史记·范雎蔡泽列传》)秦《效律》也有:“尉计及尉官吏即有劾,其令、丞坐之,如它官然。”^②

(4) 同伍连坐,这是在军队中实行的连坐法。记载里五人编为一“伍”,“一人逃则到其四人。”(《商君书·境内》)

秦皇朝统一中国后,出于维护和巩固中央集权的君主专制制度的需要,对族刑连坐也在全国范围内广泛适用,“以古非今者,族”(《史记·秦始皇本纪》);“敢有挟书者,族”(《汉书·惠帝纪》张晏注);“妄言者,族”(《史记·项羽本纪》);“诽谤者,族”(《史记·高祖本纪》)。据《史记·秦始皇本纪》记载,秦始皇三十六年(前211年)时,天上落下一块陨石,有人在石上刻了“始皇死而地分”,秦始皇下令大肆搜捕,但没有能抓住刻字者,结果便按连坐法,“尽取石旁居人诛之”。

秦代的刑罚虽然非常繁杂和严酷,体现了重刑主义的特点,但在一定程度上也表现出了发展变化的趋势,尤其是髡、耐同劳役刑并用的做法,为后世废除肉刑、用徒刑来代替肉刑产生了重要影响。

^① 《睡虎地秦墓竹简》,第160页。

^② 同上书,第124页。

二、汉以后刑罚制度的改革与隋唐五刑体系的确立

汉皇朝建立之初,曾一度“除秦苛法”,但不久又恢复了包括肉刑在内的酷刑。随着汉朝统治政权的巩固,社会秩序的稳定,严刑峻法的做法,遭到了越来越多人的反对。特别是肉刑本身,不仅是对社会生产力的一种破坏,而且也堵塞了犯人悔过自新的道路,并因此又产生了诸多的社会问题。因此,改革以肉刑为中心的刑罚制度,已成为法律制度发展的必然趋势。

(一) 汉文帝废肉刑

汉代的刑罚改革,是大势所趋;而汉代刑罚改革的提出,却是十分偶然。

汉文帝十三年(前167年),山东太仓令淳于意犯了罪,当处以肉刑,被押往长安。临行前,小女缇萦见父亲很痛苦,决定陪父亲一同进京。到了京城长安后,缇萦上书给汉文帝,说父亲淳于意平日为官清廉,这次偶然犯法,如果被处以肉刑,那么以后想悔过自新,也办不到了,所以自己愿以身入宫为奴婢,替父亲赎罪。汉文帝看了缇萦的上书,也感到肉刑“何其刑之痛而不德也”,决定废除肉刑。丞相张苍、御史大夫冯敬等根据汉文帝的诏令,对刑罚作了以下改革:当处黥刑的,改为髡钳城旦舂;当处劓刑的,改为笞三百;当斩左趾的,改为笞五百;当斩右趾的,改为弃市。并改变了肉刑与劳役刑并施的做法,改为髡、耐刑与劳役刑并施,同时取消了终身劳役刑,对劳役刑规定了一定的刑期。经过这一改革,虽然明确宣布废除了肉刑,但在实际的执行中又出现了一些新的问题。首先,斩右趾本来是肉刑,经过改革后,却变成死刑;其次,劓刑及斩左趾改为笞三百与笞五百后,往往还没有打满规定的数目,犯人就已经被打死了。因此,汉景帝即位后,又

进行了两次改革,减少了笞打的数目,并指定了《箠令》,对刑具的大小尺寸及行刑的方法作了具体规定,“自是笞者得全”(《汉书·刑法志》)。

自汉文帝刑罚改革后,肉刑从刑罚体系中被废除,但肉刑的适用并没有彻底根除,如宫刑在西汉时就被作为代替死刑的刑罚而广泛适用。东汉时,又一度恢复了斩右趾来代替死刑。同时,刑罚改革以后出现的“死刑既重,而生刑又轻”的问题,也一直未能得以解决。因此,从东汉时起,就不断有人对汉文帝的刑罚改革提出批评,主张恢复肉刑。仲长统在《昌言·损益》中就认为:肉刑废除以后,刑罚的轻重过于悬殊,死刑减一等则为髡钳,髡钳以下则为鞭笞,这样,死刑太重,人死不可复生,而髡刑对人又无所损伤,所犯者益多,反过来又只得大量适用死刑,结果反而使得刑罚加重了。因此他认为,为了解决死刑太重、生刑又太轻的问题,应当恢复肉刑作为“中刑”,以弥补两者之间的缺陷。东汉末年的名儒如崔寔、郑玄、陈纪等人,也都竭力主张恢复肉刑。

曹魏时,曾先后四次就恢复肉刑的问题进行了讨论,但终因群臣意见不一而没有结果。晋朝建立以后,又就是否恢复肉刑的问题进行了几次讨论,其中以廷尉刘颂的主张最有代表性。刘颂认为,古时候的圣明君主制定肉刑,并不是使罪犯害怕剥割之痛而不敢犯罪,而是要根除他们的为恶之具,杜绝他们作恶的根本。对逃亡者砍去他们的腿,使他们无法再逃;对偷盗者砍去他们的手,使他们无法再盗。因此,恢复肉刑是除恶塞源的最好办法。刘颂的这一观点,实际上就是先秦法家“以刑去刑”主张的翻版。

自晋朝以后,虽然关于恢复肉刑的争论还在继续,肉刑有时也局部地或变相地恢复使用,但作为一种独立的刑罚手段,肉刑在刑罚体系中是被废除了。

(二) 三国两晋南北朝时期刑罚制度的发展

汉朝的刑罚改革,从内容上来说是由重向轻的转变,从体系上来说是由肉刑为主的刑罚制度向以劳役刑、身体刑相结合的刑罚制度的转变。魏晋南北朝在汉代刑罚改革的基础上,对刑罚制度作了进一步的调整,为新的五刑制度的确立奠定了基础。

1. 曹魏的刑罚制度

曹魏修纂《新律》时,“更依古义,制为五刑”(《晋书·刑法志》),其中死刑三等,髡刑四等,完刑三等,作刑三等,赎刑十一等,罚金六等,杂抵罪七等。从内容上来看,髡刑、完刑和作刑都属于徒刑(劳役刑),因此曹魏的刑罚,实际上是死刑、徒刑、赎刑、罚金和杂抵罪五种(另一说曹魏五刑为死、髡、完、作、赎,不包括罚金和杂抵罪)。劳役刑已占有很重要的地位。

2. 晋朝的刑罚制度

晋朝在曹魏刑罚制度的基础上,简化了刑罚的种类和等级。晋朝的刑罚分为死、髡、赎、罚金、杂抵罪五种。其中,死刑三等:梟首、斩、弃市;髡刑四等:五岁刑、四岁刑、三岁刑、二岁刑;赎刑五等:赎死金二斤,赎五岁刑金一斤十二两,四岁、三岁、二岁刑各以四两为差;罚金五等:十二两、八两、四两、二两、一两。此外还有杂抵罪,刑等不详。另外,在晋令中,还有关于鞭刑、杖刑和笞刑等身体刑的适用。

3. 南北朝的刑罚制度

南朝的宋、齐两朝沿用晋律,梁朝的刑罚制度有一些变化,分为死、徒、鞭杖、罚金、赎刑五种。

北朝的北魏经过几度修律,确立了死、流、徒、鞭、杖的以劳役刑和身体刑相结合的五刑体系。北齐、北周都沿用了北魏的刑制,但内容上有所变化。北周刑罚按由轻至重的顺序,以杖刑为首自十至五十分为五等;鞭刑五等,自六十至一百;徒刑五等,自徒一年至徒五年;流刑五等,自二千五百里至四千五百里,每等递增五百里;死刑五等,

为磔、绞、斩、枭首、车裂。虽然北周刑制中有不少不切合实际之处，但对隋唐五刑的确立，却产生了直接的影响。

（三）隋唐五刑的确立

隋朝建立后，在北周刑制的基础上，进行了改革，废除了车裂、枭首等酷刑，减杖为笞，共五等，自笞十至笞五十；改鞭为杖，分杖六十至杖一百五等；徒刑五等，自徒一年至徒三年，每等递增半年；流刑三等，流一千里居作二年，流一千五百里居作二年半，流二千里居作三年；死刑分为绞、斩二等。确立了笞、杖、徒、流、死的五刑体系。

唐朝在隋朝五刑的基础上，从理论和内容上进一步完善了五刑制度。

1. 笞刑

这是五刑中最轻的一种刑罚，“言人有小愆，法须惩戒，故加捶撻以耻之”（《唐律疏议》，下同）。通过笞责，使犯人改过自新，以合古人“扑作教刑”之义。笞刑共分五等，自笞十至笞五十，每等递加十。

2. 杖刑

是从原来鞭刑发展而来的，也分五等，自杖六十至杖一百，每等递加十。

3. 徒刑

“徒者，奴也，盖奴辱之”，即在一定时期内剥夺犯人的人身自由，并强迫其服劳役的刑罚。分为徒一年至徒三年五等，每等递增半年。唐律以三年为徒刑的上限，从理论上讲，无疑是受到了《周礼》中的“上罪三年而舍”的说法的影响，但实际上，自汉以来形成的大赦惯例，也是影响徒刑年限的一个重要原因（详见本志第六章第四节）。

4. 流刑

“谓不忍刑杀，宥之于远也”，即将犯人遣送到一定距离以外的地区，并强迫其服一定期限（一般为一年）的劳役。流刑分为三等：二千里、二千五百里、三千里，通称“三流”。唐朝通俗的称法，称流二千里为近流，流二千五百里为中流，流三千里为长流。三流俱服劳役一年。唐律中的三流之制，从理论上来说，是源于《尚书》中“五流有宅，五宅三居”的说法，因此除三流外，还有“五流”：即加役流，唐初曾将一部分死刑改为斩右趾，其后又废除斩右趾之刑改为加役流三千里，居作三年；反逆缘坐流，即因家人犯谋反、谋大逆等罪而缘坐被处流刑；子孙犯过失（杀）流，即子孙因过失杀祖父母、父母而被处以流刑；不孝流，即子孙因犯不孝罪而被处以流刑；会赦犹流，即虽遇大赦，仍然减处流刑，如造畜蛊毒、谋反大逆等。这五流大都属于减死之刑，所以适用上不同于三流。

5. 死刑

“绞、斩之坐，刑之极也”，所以又称为极刑。唐律分死刑为绞、斩二等，称为“二死”。由于绞刑可以保全尸体的完整，斩刑则要身首分离，所以在程度上，绞刑要轻于斩刑。

五刑体例的确立，从理论上来说，显然深受阴阳五行学说的影响。《白虎通·五刑》中说：“五刑者，五常之鞭策也。刑所以五何？法五行也。”甚至认为古代五刑就是仿效五行而设的，“大辟，法水之灭火；宫者，法土之壅水；膺者，法金之刻木；劓者，法木之穿土；墨者，法火之胜金。”而《唐律疏议》中，也援引了《孝经·援神契》中“圣人制五刑，以法五行”的说法，作为五刑体例的理论依据。唐律中，不仅“五刑”与“五行”相符，而且笞、杖、徒刑各分五等，三流二死加起来也是五等。同时，五为天地之中数，五刑体系也正体现了传统法律思想中刑罚适中的观念。此外，笞、杖、徒、流的等级均为奇数，奇数为阳，以表示生刑之意；死刑（二死）则为偶数，偶数为阴，《唐律疏议》说：“二者，法阴数也，阴主杀罚，因而则之，即古大辟之刑也。”因此，阴阳五

行学说对五刑体例的影响,是显而易见的。

唐律中规定,除十恶大罪外,自笞刑至死刑允许以铜赎罪,赎金的数额根据刑罚的轻重依次递增。笞刑五等,赎铜一至五斤;杖刑五等,赎铜六至十斤;徒刑五等,赎铜二十至六十斤;流刑三等,赎铜八十至一百斤;死刑(绞、斩)赎铜一百二十斤。但对死罪一般只有在过失犯罪情况下才允许赎,而有些流罪和徒罪也不允许赎。

唐律所确立的五刑制度,被后世所继承。虽然在执行方式上略有变化,但从刑罚制度而言,直至清末法律改革,始终是沿袭了五刑的体例。

三、对五刑体系的补充

宋以后各朝的刑罚在体系上虽然沿用了唐律中的五刑制度,但在具体适用上,都根据各自情况,对五刑作了一些修正补充。

(一) 对笞刑及徒刑的补充

1. 宋朝的折杖法

所谓折杖法,是除死刑外,笞、杖、徒、流四种刑罚都用杖刑来代替。折杖行刑的先例,始于唐朝后期。《资治通鉴》卷二四九载唐宣宗大中七年(853年)敕:“自今法司处罪,用常行杖。杖脊一,折法杖十;杖臀一,折笞杖五,使吏用法有常准。”五代时期关于折杖法的适用更为具体^①。宋朝的折杖法作为一种法定的刑罚制度,始于建隆四年(963年)三月颁布的《折杖格》,同年七月颁布的《宋刑统》又将其全

^① 据《五代会要》,清泰元年(934年)九月,大理寺议窃盗赃,“议定赃满一匹,徒二年半;不及一匹,徒一年半;不得财,杖七十。”而《册府元龟》卷六一三的记载,则为:“赃一匹杖脊十八,不满一匹杖十五,不得财,杖臀十五。”两者相比较,徒二年半折杖脊十八,徒一年半折杖脊十五,杖七十折臀杖十五,折杖数与《宋刑统》中有关折杖法的规定是完全相同的。

文收入。^①

宋初的折杖法的具体内容是：笞刑五等，笞十、笞二十，折臀杖七；三十、四十，折臀杖八；笞五十，折臀杖十。杖刑五等，分别折臀杖十三、十五、十七、十八、二十。徒刑五等，分别折脊杖十三、十五、十七、十八、二十。流刑三等，分别折脊杖十七、十八、二十，各配役一年。加役流，折脊杖二十，配役三年。实行折杖法以后，“流罪得免徒，徒罪得免役年，笞杖得减决数”（《宋史·刑法志》），比起原来的五刑是大大减轻了。至宋徽宗时，又对折杖法进行了修改，减少了某些折杖的数目。

宋初折杖法的适用适应了宋初司法及法律执行的实际情况。首先，北宋初年，由宋皇朝直接控制的疆域版图狭小，而流刑二千里至三千里，在如此狭小的版图内是很难执行的；其次，五代以来大赦频繁，宋初也依然如此，这又事实上限制了徒刑的执行，因为在如此频繁的大赦之下，徒刑实际上是很难执行完毕的。因此，用折杖法代替徒流刑后，从某种程度上解决了这一问题。另一方面，实行折杖法后，虽然比原来的五刑减轻了，但实际上，宋朝法律对一些严重犯罪，如盗、贼等犯罪的量刑大大加重了，而且折杖法也没有涉及死刑，所以宋朝尽管适用了折杖法，但事实上，对刑罚的适用并没有减轻。

2. 元明清的徒流附杖

^① 关于折杖法制定的时间，目前通行的说法有两种，一种认为是始于建隆四年颁布的《宋刑统》，目前大多数论著都持这一说法；另一种则认为始于建隆三年，《古今图书集成·祥刑典》及个别修正采此说，其依据便是《宋刑统》所载建隆三年的敕条中就已经有适用折杖法的记载了。但一种刑罚的个别适用同作为一项制度两者之间是有区别的。折杖法的适用，如前所述，唐末及五代就已有适用折杖法的记载了，而作为一项制度，则是用法律形式肯定下来，并加以普遍适用。《宋史·太祖本纪》：乾德元年（即建隆四年）三月癸酉，“班新定律”。这个“新定律”据《续资治通鉴长编》卷四的记载，就是《折杖格》，而同年七月颁布的《宋刑统》中，将其全文收入。

元朝刑罚虽然也沿袭了笞、杖、徒、流、死的五刑体系,但在执行方法上,结合蒙古部族的习惯法,也出现了一些变化。首先,将笞、杖刑的尾数都改为七。其次,元朝初年,由于受蒙古部族以流动的游牧为主的生活方式的影响,在刑罚上,直接以杖刑代替徒、流等刑罚,这就是元朝的“折杖法”。具体方法是:笞刑与杖刑均用“笞杖”(即执行笞刑时所用的杖,比执行杖刑时所用的杖要轻)执行,笞刑五等,折为七、十七、二十七;杖刑五等,折为三十七、四十七、五十七;徒、流刑用杖执行,徒刑分为一年、一年半(折杖六十七),二年、二年半(折杖七十七),三年(折杖八十七),四年(折杖九十七),五年(折杖一百零七)。此后,又实行“加徒减杖法”,即减杖数而附加徒刑,最初只适用于强盗、窃盗等严重犯罪,但以后适用日益普遍,以至于原来作为附加刑的徒刑事实上成了主刑,而作为主刑的杖刑反而成了附加刑了。

明清沿用了徒刑加杖的做法,徒刑五等,加杖自杖六十至杖一百,每等递加十。

此外,清朝的笞杖刑也实行折杖法。清初是以五折十,康熙时改为以四折十,并减去不够五的零数。根据《大清律例》,具体折杖方法是:

笞十,折四板;笞二十,除零数三板,折五板;笞三十,除零数二板,折十板;笞四十,除零数一板,折十五板;笞五十,折二十板;杖六十,除零数四板,折二十板;杖七十,除零数三板,折二十五板;杖八十,除零数二板,折三十板;杖九十,除零数一板,折三十五板;杖一百,折四十板。

这种折板法与宋朝的折杖法一样,使实际责打的数目减少了。

(二) 对流刑的补充

1. 宋朝的刺配

刺配是一种集刺面(即古代黥刑)、决杖和流放三种方式为一身的刑罚。刺配之刑始于五代后晋的天福年间。宋朝建立后,在实行折

杖法的同时,也沿用了五代的刺配之刑。

宋朝的刺配按罪行轻重的不同,分为刺配本州、邻州、五百里、一千里、二千里、三千里及沙门岛等不同等级,刺面也有“大刺”与“小刺”的区别。凡罪行严重,犯人性情凶恶的,就要把字刺得特别大。所刺文字内容,除“迭配某州(府)牢城”外,也有把所犯事由、所配劳役名色都刺在脸上的。如:刺“某州县钱监”,就是分配到该处铸钱厂服劳役;刺“配某州(府)屯驻军重役”,就是分配到该处屯驻部队中去服劳役。到了配所后,所服劳役的种类很多,而大量的是充当军役。配役也没有一定的期限,因为宋朝盛行大赦,几乎每隔两三年甚至每年都要大赦一次。每次大赦时,由主管犯人的官吏将配役者的情况上报有关官司,对其中原来犯罪情节较轻,或是服役期间表现较好,没有什么过错的,可以释放回家,否则就要终身服役了。

刺配最初只是作为减死之刑,但在以后的实际适用中日益普遍,适用范围也不断扩大,愈用愈滥,成为宋朝的一种主要刑罚。

2. 明清的充军

明代充军是将犯人流放到边远地区充当军役的刑罚。充军分为极边、烟瘴、边远、边卫、沿海、附近等,一般来说,千里为附近,二千五百里为边卫,三千里外为边远,极边烟瘴为四千里外。充军又分为终身与永远两种,终身只罚及罪犯本人,而永远则要罚及子孙。永远充军主要适用于实犯死罪减等的犯人,他们的子女后代接替军役,以至于人数越来越多,有的永远充军者丁尽户绝,还要由其族人甚至同里、同甲的人去补缺。由于充军犯人日益增多,因而在管理上也日趋混乱,正如《明史·刑法志》中所说:“明制充军之律最严,犯者亦最苦。亲族有科敛军装之费,里递有长途押解之扰。至所充之卫,卫官必索常例。然利其逃去,可以乾没口粮,每私纵之。其后律渐弛,发解者不能十一。其发极边者,长解辄贿兵部,持勘合至卫,虚出收管,而军犯顾在家偃息云。”

清朝虽然裁撤了边卫,但仍沿用了充军的名称,并将充军定为附近、近边、边远、极边、烟瘴五等,称为“五军”。附近二千里,近边二千五百里,边远三千里,极边、烟瘴俱四千里。在京犯人由兵部定地点,各省犯人由巡抚定地点。乾隆年间又制定了《五军道里表》,记载了各地各等充军所应发往的地点。清代充军只及于罪犯本人,不连同家属,而且情节稍轻的遇赦还可以放还。

3. 清朝的发遣

发遣是将罪犯发往边疆地区种地当差,做驻防官兵的奴隶,称作“发给披甲人为奴”。这是比充军重的一种刑罚。康熙年间定《发遣条例》:“凡三次逃人、三次窃盗、免死减等及诱卖人口、药饵速拐各为从者,并合同被诱知情应拟流者,具发宁古塔与披甲人为奴。”清初发遣多发往尚阳堡、宁古塔、乌喇等地,后又发往齐齐哈尔、黑龙江等地以及各省驻防兵为奴。乾隆年间,新疆地区平定后,发遣犯人又发往伊犁、乌鲁木齐等地为奴种地。发遣犯人同终身充军犯一样,止及其身。

除充军、发遣外,对犯徒流罪的官员,轻者发往军台效力,即赴西北地区的兵站等军事设施内当差;重者则发往新疆当差。这也是从充军、发遣中派生出来的一种处罚方法。

(三) 对死刑的补充

唐以后在死刑方法上的一个重要补充,就是“凌迟”。

凌迟之刑,又称“陵迟”,也称“劓”刑,是用刀将犯人身上的肉慢慢割尽,所以俗称“千刀万劓”;又因其与古时的“磔”刑相似,所以也有称为磔刑的。

凌迟最早出现于唐末,北方的辽国(契丹)作为法定刑^①,五代小朝廷也多有此刑。后晋时窦俨在上书中说:“或以短刀裔割人肌肤,乃至累朝,半生半死……。”(《旧五代史·刑法志》)后周的许迁为隰州

^① 《辽史·刑法志》:“死刑有绞、斩、凌迟之属。”

刺史时，“切于除盗，嫉恶过当，或钉磔贼人，令部下脔割”（《旧五代史·许迁传》）。宋人陆游在《渭南文集·条对状》中说：“五季多故，以常法为不足，于是始于法外特凌迟一条。肌肉已尽，而气息未绝；肝心联络，而视听犹存。”

宋朝在司法实践中，也以凌迟作为制裁盗贼的法外之刑。据《宋史·刑法志》记载：“凌迟者，先断其支体，乃抉其吭，当时之极法也。”宋朝的凌迟之刑是何时写进法典，作为法定刑的，目前尚不清楚，不过，在南宋嘉泰二年（1202年）编纂的《庆元条法事类》中，就已经将凌迟作为法定的死刑执行方法了。

宋以后的元、明、清各朝都将凌迟作为绞、斩之外的最严厉的死刑执行方法。在手段上，也比以往更为残酷。明朝的大太监刘瑾就是被凌迟处死的，当时监斩官之一的张文麟在《端岩公年谱》中，详细记录了当时凌迟的情形：

“数日后，早朝毕，奉旨：刘瑾凌迟三日，剐尸枭首，仍画影图形，榜示天下。……凌迟刀数例该三千三百五十七刀，每十刀一歇一吆喝。头一日例该先剐三百五十七刀，如大指甲片，在胸膛左右起，初动刀则有血流寸许，再动刀则无血矣。人言犯人受惊，血俱入小腹、小腿肚，剐毕开膛，则血皆从此出。至晚押瑾至顺天府宛平县寄监，释缚数刻，瑾尚能食粥两碗，反贼乃如此。次日押至东角头，先日瑾就刑，颇言内事，以麻核桃塞口，数十刀气绝。时方日升在彼，与同监斩御史具本奏。奉圣旨：刘瑾凌迟数足，剐尸免枭首。受害之家，争取其肉，以祭死者，剐尸当胸一大斧，胸去数丈”。

由于凌迟增加了受刑者的痛苦，所以受刑者及其家属往往会收买行刑的刽子手，使其先毕犯人之命，然后再行刑。清代的方苞在《狱中杂记》一文中，记载了刽子手们索贿的情形：“凡死刑狱上，行刑者先俟于门外，使其党入索财物，名曰斯罗。富者就其戚属，贫者则面语之。其极刑（即凌迟），曰：顺我，即先刺心，否则四支解尽，心犹不

死。……用此，富者赂十百金，贫亦罄衣装，绝无有者，则治之如所言。”

明清律典的“五刑”中虽然没有写进凌迟刑，但事实上凌迟作为一种“法定刑”而普遍适用。除凌迟外，在死刑执行方法上，清朝还恢复了古时的枭首与戮尸之刑。在使用上，“凌迟用之十恶中不道以上诸重罪，号为极刑；枭首则强盗居多；戮尸所以待恶逆及强盗应枭诸犯之监故者。凡此诸刑类，皆承用明律，略有通变，行之二百余年”（《清史稿·刑法志》）。

（四）耻辱刑的发展

1. 刺字

如前所述，刺字是从古黥刑演变而来的，但后世的刺字主要是附加刑。宋朝在刺配犯人普遍适用刺字的同时，对其他犯罪有时也适用刺字，而且根据罪行不同，所刺形状和部位也不一样。一般来说，有环形、方形、圆形等形状。据元丰八年（1085年）发布的敕令规定：凡犯盗罪的，刺环于耳后；徒流罪刺方形；杖罪刺圆形；三犯杖罪的，移刺于面部。所刺形状大小直径都不得超过五分。南宋淳熙八年（1181年）又规定：凡强盗抵死特贷命之人，要在额上刺“强盗”两字，余字分刺两颊。因此，宋朝的刺字刑，主要适用于强盗、窃盗等犯罪。这种做法，被元、明、清法律所继承。

元朝刺字刑的适用很普遍，但主要适用于盗罪。窃盗罪初犯刺左臂，再犯刺右臂，三犯刺项，但蒙古人犯罪免刺。明朝沿用元朝的做法。初犯窃盗得财者，于右小臂膊上刺“窃盗”两字，再犯刺于左小臂膊，三犯者绞。白昼抢夺他人财物的，于右小臂膊上刺“抢夺”两字，再犯的，于右小臂膊上重刺。

清代刺字最初也只适用于盗贼犯罪，“其后条例滋多，刺缘坐，刺凶犯，刺逃军、逃流，刺外遣、改遣、改发；有刺事由者，有刺地方者，并有分刺满汉文字者。初刺右臂，次刺左臂，次刺右面左面。大抵律多

刺臂,例多刺面。”(《清史稿·刑法志》)对于被刺的罪犯,若能改邪归正、将功补过,如缉获强盗两人以上、窃盗三人以上的,允许其将刺字除去,复为良民,开其自新之路。

2. 枷号

枷号又称枷示、枷令,是在枷上写明囚犯的姓名、罪状,于监狱门口或衙门外带枷示众。唐朝已有“枷项令众”的处罚方式^①,宋元时普遍适用于轻微犯罪。一般是朝枷夜放,或者昼施枷、夜收监的方式执行。枷号既是对犯人本身的体罚,同时也是对他的羞辱,更能以此来儆戒众人。

明朝枷号的适用很普遍,条例规定,对不能按时交纳钱粮的百姓予以枷号。同时,对大臣也常常用枷号予以摧辱。太监刘瑾甚至用一百五十斤大枷对那些反对他的朝官进行枷号,被枷号者不数日即死。以至于“文臣垂首丧气,莫敢近觑”(《继世纪闻》卷二)。

清朝的枷号,枷以木制,乾隆时定制,寻常枷重二十五斤,重枷重三十五斤。枷号的时间从一个月至半年、一年,也有“永远枷号”的。枷号往往作为徒流罪及充军的满人所用代用刑,“凡旗人犯罪,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、边外者八十日,极边烟瘴者九十日”(《清史稿·刑法志》)。

第三节 刑法中的主要罪名

古代早期的刑法大体上是一罪一罚。自《法经》起,开始对犯罪行为进行系统的归类,《法经》六篇“皆罪名之制也”(《通典·刑一》),对

^① 《宋刑统》卷二六《杂律》“受寄财物辄费用”门引唐开成二年敕。

后世刑法中关于罪名的规定产生了重要的影响。

汉以后刑法关于罪名的规定,是一个不断发展完善的过程。隋唐律定律文为五百条,对罪名的规定也比以前更为明确、具体,并对一些重要的及特殊的罪名进行了分类归并,这种做法也被以后的刑法所继承。因此,中国古代刑法中的罪名虽然可以说是成千上万,但从总体上来看,主要的罪名,不外是以下几大类:

一、十 恶

(一) 十恶的形成与确立

十恶是指十类严重侵犯皇权和伦理纲常的严重犯罪。十恶的罪名在隋朝的《开皇律》中确立,并被以后历朝律典所继承。其具体罪名是:谋反、谋大逆、谋叛、恶逆、不道、大不敬、不孝、不睦、不义和内乱。

十恶中的很多罪名,起源于汉代,并经魏晋南北朝的发展,逐步形成的。《唐律疏议》在谈到十恶的起源时这样写到:“汉制九章,虽并湮没,其不道、不敬之目见存,原夫厥初,盖起诸汉。案梁陈已往,略有其条。周齐虽具十条之名,而无十恶之目。开皇创制,始备此科,酌于旧章,数存于十。”因此,十恶就是在汉代的大逆不道等罪名的基础上发展演变而来的。

汉代刑法中十恶方面的罪名,主要有大逆不道、大不敬、不孝、谋反等。

1. 大逆不道、不道

汉代的“不道”罪内容很广^①，“大逆”罪包括在“不道”之内，所以往往是“大逆不道”连称的。不道主要是指对皇权直接危害的犯罪行

^① 关于汉代“不道”罪所包括的内容,可参见程树德:《九朝律考·汉律考》,中华书局1988年版;[日]大庭脩:《秦汉法制史研究》,上海人民出版社1991年版。

为,在量刑上也最为严厉,都要处以弃市或腰斩之刑。《汉书·景帝纪》如淳注引汉《贼律》:“大逆不道,父母妻子同产皆弃市。”汉景帝时的晁错就是被加上了“大逆不道”的罪名,本人被处腰斩,“父母妻子同产无少长皆弃市”(《汉书·晁错传》)。汉代的“不道”罪除有关侵犯皇权的行为外,还有一种行为,即“杀不辜一家三人为不道”(《汉书·翟方进传》如淳注引律),这即是后来的“不道”罪的主要内容之一。

2. 大不敬

汉代“大不敬”的内容也很广泛,有擅入宫殿门不敬,阑入甘泉上林不敬,入朝不下司马门不敬,干犯乘舆大不敬,奉使不敬,奉诏不敬,犯蹕不敬,触讳不敬等等,凡是触犯了皇帝的尊严,都可以加上不敬或是大不敬的罪名。对于大不敬的行为,重者也要处死刑。《汉书·薛宣传》:“(薛)况首为恶,(杨)明手伤,功意俱恶,皆大不敬。明当以重论,及况皆弃市。”

3. 不孝

秦已有此项罪名^①。汉代以“孝”治天下,因此“不孝”被视为是最严重的犯罪之一。衡山王太子刘爽就是因为控告父亲,被加上“不孝”的罪名,处以弃市之刑。

4. 恶逆

汉代已有“恶逆”的罪名,《后汉书·梁竦传》:“而陷竦等以恶逆。”但“恶逆”罪名的具体内容不详。

5. 谋反

汉代谋反罪名虽已确立,但在内容上,仍属于“大逆不道”之一,所以量刑上也是按“大逆不道”罪来处理的。此外,还有一些罪名,虽然名称不同,但内容却与后世的“十恶”有关罪名的内容相同,如“禽兽行”,即与后来之“内乱”罪有相同之处。

^① 《睡虎地秦墓竹简》,第195、263页。

曹魏时,在沿袭汉律中有关罪名的同时,对其处理也作了较明确的规定,“但以言语及犯宗庙园陵,谓之大逆无道,腰斩,家属从坐,不及祖父母、孙。至于谋反大逆,临时捕之,或污渚,或泉菹,夷其三族,不在律令,所以严绝恶迹也。”(《晋书·刑法志》引《魏律》序)《晋律》在对这些罪名加以规定的同时,从法理上对其内涵作了界定。在张斐的《律注》中,就有“亏礼废节,谓之不敬”,“逆节绝理,谓之不道”,“陵上僭贵,谓之恶逆”(《晋书·刑法志》)等。从量刑上来看,对“大不敬”、“不孝”等犯罪,也都处以弃市之刑(见《九朝律考·晋律考》)。

北朝的北齐在前朝立法的基础上,将有关危害皇权和伦理纲常的严重犯罪归纳为“重罪十条:一曰反逆,二曰大逆,三曰叛,四曰降,五曰恶逆,六曰不道,七曰不敬,八曰不孝,九曰不义,十曰内乱。其犯此十者,不在八议论赎之限”(《隋书·刑法志》)。与北齐同时的北周虽然没有“重罪十条”的罪名,“而重恶逆不道、大不敬、不孝、不义、内乱之罪”(《隋书·刑法志》)。

隋《开皇律》在“重罪十条”的基础上,“置十恶之条,多采后齐之制,而颇有损益。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。犯十恶及故杀人狱成者,虽会赦,犹除名”(《隋书·刑法志》)。唐律沿用“十恶”,并作了具体规定。至此,“十恶”作为法律中严重犯罪的罪名正式确立下来,由唐宋而至明清,一直相沿不改。直到清末法律修订时,才删去了“十恶”的罪名。

(二) 十恶的内容及处理

《唐律疏议》中说:“五刑之中,十恶尤切,亏损名教,毁裂冠冕,特标篇首,以为明诫。其数甚恶者,事类有十,故称十恶。”这十恶的具体内容是:

1. 谋反

《唐律疏议·名例》“十恶”条注:“谓谋危社稷。”社稷是君主的代

名词。律疏解释：“社为五土之神，稷为田正也，所以神地道，主司啬。君为神主，食乃人天，主泰即神安，神宁即时稔。臣下将图逆节，而有无君之心，君位若危，神将安恃。不敢指斥尊号，故托云社稷。”因此，谋反就是图谋危害君主及统治政权的行为。律疏解释：“王者居宸极之至尊，奉上天之宝命，同二仪之覆载，作兆庶之父母。为子为臣，惟忠惟孝。乃敢包藏凶慝，将起逆心，规反天常，悖逆人理，故曰谋反。”由于谋反是所有犯罪行为中危害性最大、最严重的犯罪，所以量刑也是最重的。

《唐律疏议·贼盗》“谋反大逆”条：“诸谋反……者，皆斩；父、子年十六以上皆绞，十五以下及母女、妻妾（子妻妾亦同），祖孙、兄弟、姊妹若部曲、资财、田宅并没官；……伯叔父、兄弟之子皆流三千里，不限籍之同异。”而且“即虽谋反，词理不能动众，威力不足率人者，亦皆斩；父子、母女、妻妾并流三千里。”甚至于“口陈欲反之言，心无真实之计，而无状可寻者”，也要流三千里。

明律对谋反的量刑，比唐律加重。《大明律·刑律·贼盗》规定：“凡谋反，……但共谋者，不分首从，皆凌迟处死；祖父、父、子、孙、兄弟及同居之人，不分异姓，及伯叔父、兄弟之子，不限籍之异同，年十六以上，不论笃疾废疾，皆斩。其十五以下及母女、妻妾、姊妹，若子之妻妾，给付功臣之家为奴，财产入官。”

2. 谋大逆

《唐律疏议·名例》“十恶”条注：“谓谋毁宗庙、山陵及宫阙。”宗庙是皇帝供奉祖先的庙宇，山陵是皇帝先人的陵墓，宫阙则是皇帝居住的宫殿。律疏解释：“有人获罪于天，不知纪极，潜思释憾，将图不逞，遂起恶心，谋毁宗庙、山陵及宫阙。”“此条之人，干纪犯顺，违道悖德，逆莫大焉，故曰大逆。”由于宗庙、山陵、宫阙等都是皇权的象征物，对它们的毁坏同时也意味着对皇权的一种直接侵犯，所以在量刑上，对谋大逆的行为同样给予严厉处罚。

唐律对谋大逆的行为,根据程度不同,量刑也不尽相同。如果仅仅只有预谋而没有实施犯罪的,处以绞刑;如果已经实施犯罪的,则与谋反罪同样处理。《唐律疏议·贼盗》“谋反大逆”条律疏称:“大逆者谓其行讫,……谋而未行,唯得绞罪。”明清律则不分程度如何,一律与谋反罪同样处理。

3. 谋叛

《唐律疏议·名例》“十恶”条注:“谓谋背国从伪。”即图谋叛国投敌的行为。对谋叛行为,根据程度不同,量刑上亦有所不同。《唐律疏议·贼盗》“谋叛”条:“诸谋叛者,绞;已上道者,斩。妻、子流二千里。若率部众百人以上,父母、妻、子流三千里。所率虽不满百人,以故为害者,以百人以上论。”律疏解释:“谋叛者,谓欲背国投伪,始谋未行事发者,首处绞,从者流,已上道者,不限首从,皆斩。”而且,对于“亡命山泽,不从追唤者,以谋叛论;其抗拒将吏者,以已上道论”。对于那些“被驱率者”,即事先并未共谋,而被蒙骗、胁迫参与谋叛的,则不予处罚。

明清律对谋叛罪的处罚,与唐律大体相似。

4. 恶逆

《唐律疏议·名例》“十恶”条注:“谓殴及谋杀祖父母、父母,杀伯叔父母、姑、兄、姊、外祖父母、夫、夫之祖父母、父母。”律疏:“父母之恩,昊天罔极。嗣续妣祖,承奉不轻。泉镜其心,爱敬同尽,五服至亲,自相屠戮,穷恶尽逆,绝弃人理,故曰恶逆。”另据律疏的解释,“殴谓殴击,谋谓谋计。自伯叔以下,即据杀讫,若谋而未杀,自当不睦之条。恶逆者,常赦不免,决不待时;不睦者,会赦合原,惟止除名而已。以此为别。”因此,对父母只要有殴打或杀害的预谋就足以构成恶逆罪名,而对伯叔父等则必须有杀害的行为才构成恶逆罪名,这也是十恶中“恶逆”与“不睦”的区别之一。

《唐律疏议·贼盗》“谋杀期亲尊长”条:“诸谋杀期亲尊长、外祖

父母、夫、夫之祖父母、父母者，皆斩。”“谋杀缌麻以上尊长，……已杀者，皆斩。”

明清律对恶逆的量刑要比唐有所加重。《大明律·刑律·人命》：“凡谋杀祖父母、父母及期亲尊长、外祖父母、夫、夫之祖父母、父母，已行者，皆斩；已杀者，皆凌迟处死。”

5. 不道

《唐律疏议·名例》“十恶”条注：“谓杀一家非死罪三人，支解人，造畜蛊毒，厌魅。”据律疏的解释，杀一家非死罪三人，“谓一家之中，三人被杀，俱无死罪者。若三人之内，有一人合死及于数家各杀二人，唯合死刑，不入十恶。或杀一家外人，本条罪不至死，亦不入十恶”；支解人，“谓杀人而支解，亦据本罪合死者”；造畜蛊毒、厌魅，“谓造合成蛊。虽非造合，乃传畜，堪以害人者，皆是。即未成者，不入十恶。厌魅者，其事多端，不可具述，皆谓邪俗阴行不轨，欲令前人疾苦及死者”。对“不道”罪，根据情节不同，科以不同的刑罚。

(1) 《唐律疏议·贼盗》“杀一家三人支解人”条：“诸杀一家非死罪三人，及支解人者，皆斩；妻、子流二千里。”

(2) 《唐律疏议·贼盗》“造畜蛊毒”条：“诸造畜蛊毒（谓造合成蛊，堪以害人者），及教令者，绞；造畜者同居家口虽不知情，若里正知而不纠者，皆流三千里。”律疏：“蛊有多种，罕能究悉，事关左道，不可备知。或集合诸蛊，置于一器之内，久而相食，诸蛊皆尽，若蛇在，即为蛇蛊之类。造谓自造，畜为传畜，可以毒害于人，故注云‘谓造合成蛊，堪以害人者’。”

(3) 《唐律疏议·贼盗》“憎恶造厌魅”条：“诸有所憎恶，而造厌魅，……欲以杀人者，各以谋杀论减二等；以故致死者，各以本杀法。即于祖父母、父母及主，直求爱媚而厌呪者，流二千里；若涉乘舆者，皆斩。”律疏解释：“厌事多方，罕能详悉，或图画形象，或刻作人身，刺心钉眼，系手缚足，如此厌胜，事非一绪；魅者，或假托鬼神，或妄行左

道之类。”

明清律对“不道”罪的处罚，基本与唐律相似，但对于“杀一家非死罪三人及支解人”的，要凌迟处死，财产断付死者之家。

6. 大不敬

《唐律疏议·名例》“十恶”条注：“谓盗大祀神御之物、乘舆服御物；盗及伪造御宝；合和御药，误不如本方及封题误；若造御膳，误犯食禁；御幸舟船，误不牢固；指斥乘舆，情理切害及对捍制使，而无人臣之礼。”大不敬所包含的内容很广泛，因此处理上也有所不同，主要有以下几方面：

(1) 盗大祀神御之物及乘舆服御物，《唐律疏议·贼盗》规定处流二千五百里，明清律则规定处斩。

(2) 盗及伪造御宝，《唐律疏议·贼盗》规定：盗御宝者，绞；伪造御宝者，斩。明律规定盗御宝犯死罪。《大清律例》与之相同。

(3) 合和御药，误不如本方及封题误，《唐律疏议·职制》规定对医人处以绞刑，而明清律仅处杖一百。

(4) 造御膳误犯食禁，《唐律疏议·职制》规定，对主食者处绞刑，明清律亦仅处杖一百。

(5) 御幸舟船误不牢固，唐律规定对工匠处以绞刑，明清律处杖一百。

(6) 指斥乘舆，情理切害，唐律规定处斩，明清律“大不敬”中无“指斥乘舆”的罪名。

(7) 对捍制使无人臣之礼，唐律规定处绞刑，明清律中无此规定。

7. 不孝

《唐律疏议·名例》“十恶”条注：“谓告言、诅詈祖父母、父母，及祖父母、父母在，别籍异财，若供养有阙；居父母丧，身自嫁娶，若作乐、释服从吉；闻祖父母、父母丧，匿不举哀，诈称祖父母、父母死。”因

此,“不孝”罪的内容也很广,主要包括以下几方面:

(1) 告言、诋毁祖父母、父母,《唐律疏议·斗讼》规定,告祖父母、父母者,绞。明清律规定,告祖父母、父母属于“干名犯义”,虽得实,也要处以杖一百、徒三年。

(2) 祖父母、父母在,别籍异财,唐《户婚律》规定,凡祖父母、父母在而子孙别籍异财的,要处以徒三年;明清律则仅处杖一百,而且必须是祖父母、父母亲告才处理。

(3) 居父母丧身自嫁娶,唐《户婚律》规定要处以徒三年,明清律则规定处杖一百。

(4) 居父母丧作乐、释服从吉,唐《职制律》规定处徒三年;明清律则处杖八十。

(5) 闻祖父母、父母丧,匿不举哀,唐《职制律》规定处流二千里;明清律则处杖六十、徒一年。

(6) 诈称祖父母、父母死,唐《诈伪律》规定处徒三年;明清律规定处杖一百。

8. 不睦

唐《名例律》“十恶”条注:“谓谋杀及卖缌麻以上亲,殴告夫及大功以上尊长、小功尊属。”律疏解释:“睦者,亲也。此条之内,皆是亲族相犯,为九族不相叶睦,故曰不睦。”唐律对谋杀及卖缌麻以上亲的行为,视情节不同,而科以不同刑罚;对殴告大功以上尊长和小功尊属的行为,也视血缘亲疏关系不同而科以不同刑罚。明清律对不睦的量刑上也是采取了这一原则。

9. 不义

唐《名例律》“十恶”条注:“谓杀本属府主、刺史、县令、见受业师,吏卒杀本部五品以上官长;及闻夫丧匿不举哀,若作乐、释服从吉及改嫁。”据此,构成不义罪名的,主要有两种情形。

(1) 杀本属府主、刺史、县令、见受业师,吏卒杀本部五品以上官

长,唐《贼盗律》规定:“诸谋杀制使,若本属府主、刺史、县令及吏卒杀本部五品以上官长,流二千里;已伤者,绞;已杀者,皆斩。”明清律规定基本相似。

(2) 闻夫丧匿不举哀,若作乐、释服从吉及改嫁,唐《职制律》规定与闻父母丧同样处理,明清律亦同。

10. 内乱

唐《名例律》“十恶”条注:“谓奸小功以上亲、父祖妾,及与和者。”唐《杂律》规定:“诸奸父祖妾、伯叔母、姑、姊妹、子孙之妇、兄弟之女者,绞。”明清律则处斩。

从十恶的内容来看,根据所侵害的客体及对象,大体可分为三种情形,一是危害统治政权及皇帝人身安全和尊严的行为,如谋反、谋大逆、谋叛及大不敬;二是破坏家庭伦理纲常的行为,如恶逆、不孝、不睦、不义和内乱;三是严重危害人身安全的恶性犯罪,如不道。

由于十恶是被法律认定的最为严重的犯罪,因此,除了在量刑上比一般犯罪要加重以外,还有以下特点:第一,十恶中的一些罪名,只要有预谋即可构成犯罪。如谋反,只要有“谋”,即予处斩;还有一些罪名,以预谋为构成犯罪的前提,而以实施具体行为作为加重处罚的条件,如谋大逆,谋而未行,得绞罪,若逆事已行的,则要处斩。第二,十恶中一些罪名,不仅对罪犯本人严加论处,而且还要缘坐其家人,有的还要并处“没官”的附加刑。第三,十恶为“常赦所不原”的犯罪,而且“犯此十者,不在八议、论赎之限”(《唐六典》卷六)。

二、六 赃

(一) 赃罪的发展

中国古代刑法中的“六赃”,也称赃罪、犯赃,是指与金钱财物有关的各种犯罪的总称。晋代张斐的《律注》中说:“货财之利,谓之赃。”

意即以非法手段取得官私财物的行为,都叫赃罪。“六赃”之名,虽然最早见于《唐律》中,但赃罪却很早就出现了。传说在皋陶制定的刑法中,将官吏贪赃行为称为“墨”,犯者格杀勿论(《左传·昭公十四年》)。《尚书·吕刑》中,也有“惟货”、“惟来”两种收受贿赂、曲法枉法的罪名。同时还有寇、攘两种侵犯财产的犯罪,相当于后世的强盗同窃盗罪。

从汉代起,法律上对赃罪的规定渐趋规范。汉代赃罪分为“盗”及“受赇”两类。赇,据《说文》的解释,是“以财物枉法相谢也”。受赇,即官吏收受他人财物、曲法枉法的行为。官员犯赃的,称为“坐赃”。东汉时官吏犯“坐赃”的,不仅本人处以弃市,而且还要禁锢其子孙。同时,汉代法律对“盗”罪也作了具体规定。

晋代法律不仅对各种赃罪进行严厉制裁,对盗窃及官吏贪赃等都可处死刑(弃市),而且对各种赃罪从概念上予以明确的界定。张斐的《律注》中说:“取非其物,谓之盗;货财之利,谓之赃。”“若加威势下手取财为强盗,……不以罪名呵为呵人,以罪名呵为受赇。”“不求自与为受求(赇),所监求而后取为盗贼。”这些内容,基本上都被后世法律所继承。

(二) 唐代的“六赃”

唐朝在总结前人立法经验的基础上,对赃罪在法律上作了综合归纳,分为六类,称之为“六赃”。《唐律疏议·名例》“以赃入罪”条律疏:“在律,正赃唯有六色,强盗、窃盗、(受财)枉法、(受财)不枉法、受所监临及坐赃。自外诸条,皆约此六赃为罪。”《杂律》“坐赃致罪”条律疏也说:“赃罪正名,其数有六,谓受财枉法、不枉法、受所监临、强盗、窃盗和坐赃。”

1. 强盗

唐《贼盗律》“强盗”条注:“谓以威若力而取其财,先强后盗、先盗后强等。若与人药酒及食,使狂乱取财,亦是。”对于强盗罪的量刑,是

根据得财多寡、伤人程度和是否持有凶器等三个方面的因素决定的。

(1) 是否得财：唐律规定，强盗不得财者徒二年，一尺徒三年，二匹加一等，十匹绞。

(2) 是否杀伤：唐律规定，对强盗犯罪，不论其得财与否，只要伤人的，就要处以绞刑，杀人者斩。

(3) 是否持杖：唐律规定，凡持杖抢劫的，要加重处罚，虽不得财及赃不满五匹的，流三千里；满五匹者绞；伤人者斩。

除了一般的强盗外，唐律中还规定了两种特殊的强盗行为：

第一，强盗共犯：“凡强盗共犯者，罪无首从。”

第二，律比强盗，即比照强盗罪论处。这类情形大致有以下几种：

①放火为盗，“故烧人屋舍及聚积之物而盗者，并赃以强盗论”，赃满十匹者绞；②因殴抢夺财物，“诸本以他故殴击人，因而夺其财者，计赃以强盗论”，但最高刑为加役流；③略人奴婢，“略人奴婢者，以强盗论，罪止流三千里”。

2. 窃盗

唐《贼盗律》“窃盗”条律疏：“窃盗人财，谓潜形隐面而取。”对于窃盗罪的量刑，原则上以得财多少为依据，“诸窃盗，不得财笞五十，一尺杖六十，一匹加一等，五匹徒一年，五匹加一等，五十匹加役流”。

对于频犯窃盗的，在量刑上采取“累而倍论”，即将所得财总数相加（“累”），再折其半（“倍”），然后据此量刑。如一人于同一时间内先后窃盗数家，一次得财十尺，二次一匹，三次二匹（按律，窃盗二匹应杖八十），赃总数为三匹十尺，折半为一匹二十五尺，量刑也是杖八十，但对所获之赃，按规定要“总征”而“倍备”，即加倍退赔赃款赃物。如果窃盗多次，经“累而倍论”计算后反而比盗一次减轻的，则“止从一重而断”，即按得财最多的一次量刑，但赃物退赔依然按“总征”而“倍备”的原则。

3. 受财枉法

受财枉法,是指“监临主司受财而枉法”的行为。唐《职制律》“监主受财枉法”条律疏:“监临主司,谓统摄案验及行案主典之类,受有事人财而为曲法处断者。”对于受财枉法的行为,按其受财的多少量刑,“一尺杖一百,一匹加一等,十五匹绞”。此外,对另一些行为,也可比照受财枉法处理,这些行为主要有:

(1) 事后受财,“诸有事先不许财,事过之后而受财者,事若枉,准枉法论”。

(2) 乞取受所监临财物,“诸监临之官,受所监临财物,……乞取者,准枉法论”。

(3) 受人财而为请求,“诸受人财而为请求,……监临势要,准枉法论”。

(4) 贷所监临财物,“诸贷所监临财物,……有剩利者,计利准枉法论”。

(5) 妄增减出入课役,“诸里正及官司,妄脱漏增减以出入课役,……赃重入己者,以枉法论,至死者加役流”。

(6) 主守导令囚翻异,“诸主守受囚财物,导令囚翻异,及与传通言语,有所增减者,以枉法论”。

4. (受财)不枉法

唐《职制律》“监主受财枉法”条:“不枉法者,一尺杖九十,二匹加一等,三十匹加役流。”律疏:“虽受有事人财,判断不为曲法。”不枉法由于没有造成“枉法”的结果,所以量刑上比受财枉法要轻。

5. 受所监临财物

受所监临财物,按唐《职制律》“受所监临财物”条律疏的解释,是“监临之官,不因公事而受监临内财物”的行为,这也是与“受财枉法”的主要区别。凡监临之官,受所监临财物的,“一尺笞四十,一匹加一等,八匹徒一年,八匹加一等,五十匹流二千里”。此外,另有一些行为,也比照受所监临财物论处,这些行为有:

(1) 有事请求,事先不许财,事过之后受财,但不枉法的,“以受所监临财物论”。

(2) 贷所监临财物,满百日不还的,“以受所监临财物论”。

(3) 监临官私役所监临,及借奴婢、牛马、车船、邸店之类,各计所庸、赁,以受所监临财物论。

(4) 率敛所监临财物馈赠人的,“虽不入己,以受所监临财物论”。

(5) 主守受囚财物的,以受所监临财物论。

6. 坐赃

唐《杂律》“坐赃致罪”条律疏:“坐赃者,谓非监临主司,因事受财,而罪由此赃,故名坐赃致罪。”也就是说,凡不属于前面五种赃罪的,都包括在“坐赃”的范围之内。凡坐赃致罪的,“一尺笞二十,一匹加一等,十匹徒一年,十匹加一等,罪止徒三年”。这也是“六赃”罪中量刑最轻的。

宋代法律对“六赃”的分类,基本上沿袭了唐律中的规定,但对赃罪的实际量刑却比唐律大大加重。而且职官坐赃致罪的,虽会赦但不得叙用,并永为定制。

(三) 明清的“六赃”

《大明律》虽然沿用了唐律“六赃”的分类方法,但在具体内容上有较大变化,一是以监守盗、常人盗、窃盗、(受财)枉法、(受财)不枉法、坐赃为六赃;二是在律文中,专门规定了“受赃”一门,对官吏犯赃作了具体规定。而且从实际处罚来看,也比唐加重。《大清律例》中沿用了《大明律》关于“六赃”的规定,但对某些犯罪的量刑有所变化。

古代刑法在“六赃”罪的量刑上,有一项基本原则,即“计赃为罪”,又称以赃论罪、以赃定罪。也就是根据赃物数量的多少和价值的贵贱来决定刑罚的轻重。唐《名例律》“平赃及平功庸”条律疏:“赃,谓罪人所取之赃,皆平其价值。”在现存传说为《法经》的记载中,就已有

关于计赃为罪的做法^①。自秦以后,历代刑法在对赃罪的量刑上,都沿用了计赃为罪的做法。这种做法,仅仅注意了赃物的价值和数量,而忽略了其他有关的情节和危害程度,因此在实际处理中难免有失公正。因此,有不少人对此提出了批评。北宋时的曾布认为:“盗情有轻重,赃有多少,今以赃论罪,则劫贫家情虽重而以赃少减免;劫富室情虽轻而以赃重论死,是盗之生死系于主之贫富也。”因而他主张应根据实际的危害程度对赃罪量刑(《宋史·刑法志》)。曾布在任宰相时,曾一度把他的主张付诸实施,但终未能贯彻下去。^②

三、七 杀

古代刑法中的“七杀”,是指七种杀人行为,也是杀人罪的总称。具体是指谋杀、故杀、劫杀、斗杀、误杀、戏杀、过失杀等七种杀人行为。虽然在理论上将杀人罪归纳为“七杀”的是元朝徐元瑞编纂的《吏学指南》,但杀人罪作为一种古老的犯罪形态,却很早就已出现了。《尚书·尧典》中,有寇、贼、奸、宄四种犯罪,“贼”据郑玄的解释,是“杀人为贼”,即故意杀人的行为。而传说在“皋陶之刑”中,也已经规定有“昏、墨、贼,杀”四种犯罪(《左传·昭公十四年》)。“贼”是“杀人无忌”。传说《法经》中,对杀人行为的处罚已有:“杀人者诛”的说法这也成为以后各朝刑法处理杀人罪的基本原则。在秦以后各朝的刑法中,对杀人罪的分类逐步细致,并对不同的杀人行为,在量刑上也作了具体规定。

(一) 谋 杀

^① 董说《七国考》有关《法经》的引文,有“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”的记载。镒,二十四两。

^② 关于以赃论罪的问题,参见杨鸿烈:《中国法律思想史》下册,商务印书馆1936年版,第222—228页。

谋杀,是两人或两人以上,事先有所准备,共同谋划的杀人行为。汉代法律中已经出现了“谋杀”的罪名。晋代则在法理上对“谋”的概念作了界定,“二人对议谓之谋”(《晋书·刑法志》),这也成为以后各朝界定谋杀罪的基本特征。《北魏律·贼律》开始对谋杀的阶段作了划分,分为预谋、已伤(已杀还苏)及已杀三种情况,并分别量刑。唐律继承了前朝法律对谋杀的概念和阶段的划分。《唐律疏议·贼盗》“谋杀杀人”条律疏:“谋杀杀人者,谓二人以上;若事已彰露,欲杀不虚,虽独一人,亦同二人谋法。”在量刑上,“诸谋杀杀人者,徒三年;已伤者,绞;已杀者,皆斩。从而加功者,绞;不加功者,流三千里。造意者,虽不行仍为首(雇人杀者,亦同)。即从者,不行,减行者一等”。

明清律将谋杀分为杀讫、伤而不死及谋而已行未曾伤人三种情形。《大明律·刑律·人命》:“凡谋杀杀人,造意者斩,从而加功者绞;不加功者杖一百、流三千里,杀讫乃坐;若伤而不死,造意者绞,从而加功者杖一百、流三千里,不加功者杖一百、徒三年;若谋而已行未曾伤人者,杖一百、徒三年,为从者各杖一百,但同谋者皆坐。其造意者身虽不行,仍为首论;从者不行,减行者一等。”

(二) 故 杀

故杀,即故意杀人的行为。故杀与谋杀的主要区别,在于谋杀是在产生了杀人意图之后,经过(一般是两人以上)有计划的谋划,才着手实施犯罪;而故杀在产生杀人故意之后,立即着手实施杀人行为,或者是明知自己的行为可能造成杀人后果(如斗殴时使用了凶器),但放任这种结果发生。在先秦时期,没有谋杀与故杀的区别,都称为“贼杀人”。秦汉时法律始分为“谋杀杀人”与“贼杀人”,“贼杀人”即故杀人。晋代则从法理上对故杀人的行为作了界定,张斐《律注》中说:“知而犯之,谓之故。”“无变斩击,谓之贼。”

唐律对故杀行为作了具体规定。《斗讼律》“斗殴杀人”条中,将故杀分为三种情形:一是“非因斗争,无事而杀”,即罪犯与被害人之间

并无利害冲突而故意将其杀死,类似于现代刑法上所说的“间接故意”;二是在斗殴中,用凶器将对方杀死;三是“虽因斗,但绝时而杀伤者”,即斗殴之后,各已分散,又重回来将被害人杀死。对故杀人者,一律处以斩刑。

明清律对故杀人概念的界定要比唐律明确。《大清律例·刑律·人命》“斗殴及故杀人”条注:“临时有意欲杀,非人所知曰故。”对于故杀的处罚,《大明律》规定处斩;《大清律例》则改处斩监候。

(三) 劫 杀

劫杀是劫夺囚犯而杀人的行为。汉代法律有“篡囚”的罪名,凡篡死囚者弃市。魏《新律》中有《劫略律》,对劫杀罪也作了规定。《唐律疏议·贼盗》“劫囚”条规定:凡劫囚杀人者,不分首从皆斩。《大明律》对劫杀行为也规定处斩,《大清律例》改为处斩监候。

(四) 斗 杀

斗杀是因斗殴而杀人的行为,类似于现代刑法中的伤害致死。斗杀与故杀的主要区别,在于斗杀主观上并没有杀人的故意。《唐律疏议·斗讼》“斗殴杀人”条律疏:“斗殴者,元(原)无杀心,因相斗殴而杀人者,绞。”但在斗殴中使用凶器者除外,这是因为“斗而用刃,即有害心”,所以要按故杀罪论处。明清律对斗杀的规定大体上与唐相似。

值得一提的是,古代法律对斗殴及伤人案件,专门规定了“保辜”制度。《大清律例·刑律·斗殴》“保辜期限”条注:“保,养也;辜,罪也;保辜者,谓殴伤人未致死,当官立限以保之。保人之伤,正所以保己之罪也。”也就是说,当伤害案件发生后,规定一定的期限,根据被害人在期限内的伤势变化的结果来决定罪犯的罪责。《唐律疏议·斗讼》“保辜”条规定:“诸保辜者,手足殴伤人限十日,以他物殴伤人者二十日,以刃及汤火伤人者三十日,折跌肢体及破骨者五十日。限内死者,各依杀人论;其在限外及虽在限内,以他故致死者,各依本殴伤法。”《大明律》及《大清律例》则规定:“凡保辜者,责令犯人医治。辜限

内皆须因伤死者,以斗殴杀人论。”并将手足殴伤的辜限由原来的十改为二十日。这样规定,也有利于加害人对被害人积极进行救治,以防止死亡后果发生。

(五) 误 杀

误杀是指斗殴时误杀旁人的行为。晋张斐《律注》中说:“斗而杀伤旁人,又似误。”误杀同斗杀的区别,只在于打击对象的错误。《唐律疏议·斗讼》“斗殴误杀伤旁人”条:“诸斗殴而误杀旁人者,以斗杀伤论。”律疏解释:“假如甲共乙斗,甲用刃、杖欲击乙,误中于丙,或死或伤者,以斗杀伤论。不从过失者,以其元(原)有害心,故各依斗法。”明清律则规定,“因斗殴而误杀伤旁人者,各以斗殴杀伤论(死者并绞)。其谋杀、故杀人而误杀旁人者,以故杀论(死者处斩)”。

(六) 戏 杀

戏杀是在嬉戏时误杀他人的行为。由于戏杀在主观上并没有杀人及伤人的故意,所以在量刑上相对较轻。晋张斐《律注》中说:“两和相害,谓之戏”,正揭示了这一特征。《唐律疏议·斗讼》“戏杀伤人”条:“诸戏杀伤人者,减斗杀伤二等。虽和,以刃、若乘高、履危、入水中,以故相杀伤者,唯减一等。”律疏解释:“戏杀伤人,谓以力共戏,因而杀伤人者。”明清律则规定因戏而杀伤人的,以斗杀伤论,比唐律量刑要重。

(七) 过 失 杀

过失杀是在缺乏高度注意或意想不到的情况下而导致的杀人行为。由于这类行为在主观上并无杀人故意,只是因为发生了意想不到的情况,才导致了杀人结果的发生,因此,历代法律都规定对过失杀人减轻处罚。汉代法律有“过失杀人不坐死”的规定,晋律中则规定:“过误伤人,三岁刑”。唐律将过失杀人界定为在“耳目所不及、思虑所不到”的情况下发生的杀人行为。《唐律疏议·斗讼》“过失杀伤人”条:“诸过失杀伤人者,各依其状,以赎论。”明清律也规定,对过失杀

伤人者,各准斗杀伤罪,依律收赎,给付被害者。

中国古代刑法对“七杀”罪,还有一项特殊规定,即因身分关系而发生的杀伤行为,在量刑上是特殊处理的,如尊长与卑幼之间的杀伤行为,不论其属于“七杀”中的哪一种形态,在量刑上是完全不同的,这也是按服制定罪的原则的具体表现。

除“七杀”外,古代法律中还有一种特殊的杀人行为,即复仇杀人。对这一问题,古代法律的规定与实际执行有较大的差异。

血亲复仇的观念,起源于氏族社会。而进入阶级社会后,复仇的习惯也被继承下来。《周礼》称只要到“朝士”那里登记了仇人的姓名,便可以自行复仇(《周礼·秋官·朝士》)。同时,在礼教之中,大力宣扬“父之仇,弗与共戴天”(《礼记·曲礼上》),把不复仇的行为视为不忠不孝。

秦汉时法律对血亲复仇进行限制。商鞅变法时,下令禁止民间私斗,实际上不允许人们自行复仇。西汉时也规定,凡犯罪已被官府处罚,而又私下复仇的,要加罪二等。但司法实践中对血亲复仇往往采取放任态度。曹魏制定《新律》时,对血亲复仇作了变通规定:“贼斗杀人,以劾而亡,许依古义,听弟子得追杀之。会赦及过、误相杀,不得报仇。”(《晋书·刑法志》)此后,各代往往一方面在法律上禁止复仇,而另一方面又对一些复仇行为予以表彰。禁止复仇的法律与主张复仇的礼教之间发生了冲突。

隋唐后的法律对复仇仍不作专门规定,对复仇杀人的,原则上也按谋杀及过失、斗杀等有关规定处理。但事实上,礼法之间在复仇问题上的矛盾冲突并没有解决。从《新唐书·孝友传》中收录的八起复仇案件来看,有四起对复仇者依法处死,另四起则依礼“减死”。而且,几乎所有的历史上有名的复仇案件,都被史家列入了正史的《列女传》、《孝友传》之中。因此,复仇杀人成为法律与礼教之间一个一直纠缠不清的问题。元朝法律或许依据蒙古族习惯法,明文规定子杀父仇

无罪,杀父之家还需赔偿烧埋银五十两(《元史·刑法志》)。明清律继承元朝法律这一特色,在《刑律·斗殴》“父祖被殴”条规定,如父、祖被殴杀,子孙登时杀死凶手可免罪,但事后杀仇则应处杖六十。法理上亦称之为“擅杀”。如杀父仇人已经法律处罚而子孙仍杀仇人,则依谋、故杀罪处理。

四、公罪与私罪

中国古代法律中的公罪,也称“公坐”,是指官吏因公事而致罪的行为;私罪也称“私坐”,是指官吏因私人原因犯罪,或虽因公事但意涉阿曲、假公济私的犯罪行为。

汉代就有了公罪和私罪之分。至西晋时,法律上将区分公罪与私罪作为一项原则确立下来。张斐《律注》中,就有“犯罪为公为私”的划分。《抱朴子·审举》中说:“诸居职,其犯公坐者,以法律从事。”南北朝的刑法也继承了这一原则,不仅对公罪和私罪作了划分,而且在量刑上对犯公坐者得比照私罪减轻或者免除刑罚。

唐律在总结前代立法经验的基础上,对公罪和私罪的划分及处理作了明确规定。《唐律疏议·名例》“官当”条注:“公罪,谓缘公事致罪而无私曲者。”律疏:“公事与夺,情无私曲,虽违法式,是为公坐。”即公罪是官吏因执行公务而发生的错失和违法行为,官吏本人在主观上并没有错失及违法的故意,也无追求私利的意图;“私罪,谓不缘公事,私自犯者”,或“虽缘公事,意涉阿曲,亦同私罪”。即私罪是官吏所犯与其职务无关的罪,或是利用职权,牟取私利的行为。有些行为虽然也与职务有关,但主观上是为个人私利,所以仍以私罪论处。由于公罪是因公事错失而导致的犯罪,私罪则是因官吏个人原因而造成的犯罪,所以在处罚上,采取公罪比照私罪从轻或者减轻处罚的原则。这主要表现在:第一,在法律上对公罪明文规定减刑或从轻,《断

狱律》“监临自以杖捶人”条：“监临之官因公事，自以杖捶人致死及恐迫人致死者，各从过失杀人法。”第二，在适用“官当”时，公罪可以比私罪多一年当。《名例律》“官当”条：“诸犯私罪，以官当徒者，五品以上，一官当徒二年；九品以上，一官当徒一年。若犯公罪者，各加一年当。”

宋朝法律对公罪和私罪的划分，基本上继承了唐律的规定，但在实际的适用中，要比唐律严格。如犯公罪者，得以铜赎罪，而犯私罪则否；在违制失公坐与违制失私坐的量刑上，也有区别。

明清法律对公罪与私罪的区分及处理，比唐宋法律更为具体。《大明律·名例律》“文武官犯公罪”条规定：凡内外大小军民衙门官吏犯公罪当处以笞刑的，官收赎，吏每季类决，不必附过；当处杖罪以上的，明立文案，每年一考记录罪名，九年一次通考所犯次数、轻重，以决定其黜陟。而“文武官犯私罪”条规定：凡文武官犯私罪的，笞四十以下，附过还职；笞五十的，解见任别叙；杖六十的，降职一等，杖七十的降二等，杖八十的降三等，杖九十的降四等，俱解见任官职；杖一百的，罢职不叙。此外，对犯公罪的还规定了各种减免刑罚的措施：官吏犯公罪的，会赦皆得免罪；但犯私罪的，并论如律。《大清律例》中也有类似的规定。

古代法律关于公罪与私罪的划分，是对官吏犯罪的特殊规定，它将官吏因执行公务时的错失行为而导致的犯罪与官吏因个人原因而发生的犯罪行为从法律上区分开来，并在处理上也作了区别，这种区别应该说有合理的一面。

五、奸非罪

奸非，又称犯奸，是指违反法律和伦常的非婚姻两性关系。“奸”在我国古代，通常是指非法的性关系的总称。古代法律的奸非罪从手

段上来看,分为强奸与和奸两类;从对象上来看,又分为亲属相奸、常人相奸、主奴相奸等等。由于奸非的对象不同,在法律上量刑也不同。

(一) 先秦法律关于奸非罪的规定

《尔雅·广义》里,有“男女不以义交谓之淫,上淫曰蒸,下淫曰报,旁淫曰通”的记载,反映了先秦时期人们对非法性关系即奸非行为的一般看法。《尚书大传》有“男女不以义交者,其刑宫”的说法。据说战国时李悝的《法经》“杂法”中,也有“淫禁”：“妻有外夫则宫”(《七国考》引《新论》)。可见先秦时期一般用宫刑来处罚各种奸非行为。

(二) 秦汉法律关于奸非罪的规定

在云梦出土的秦简中,有几则关于奸非罪的规定。《封诊式》中,有一则逮捕通奸犯的报告:“乙、丙相与奸,自昼见某所,捕校上来诣之。”虽然没说当判何刑,但说明对通奸是要依法制裁的。而同父异母的兄妹通奸,则要处以弃市之刑。此外,奴仆强奸女主人的,也要比照殴主罪处以死刑。^①

(三) 唐律关于奸非罪的规定

在唐律中,除了明确将亲属之间的非法性关系归纳为十恶中的“内乱”,依律予以严惩外,对其他各种奸非行为,也作了明确规定。

1. 和奸

唐《杂律》“凡奸”条规定:“诸奸者,徒一年半;有夫者,徒二年。”

2. 强奸

唐《杂律》“凡奸”条规定:强奸男犯要比照和奸加一等论处。女犯无罪。

3. 良贱相奸

唐《杂律》规定,“良人”与奴婢、部曲等“贱民”之间相奸,其处罚也是不同的。良人与他人部曲妻、杂户、官户妇女通奸的,仅处杖一

^① 《睡虎地秦墓竹简》,第183、225、278页。

百；强奸的，加一等，处徒一年。奸官私婢女的，只处杖九十。而部曲、杂户、官户与良人妇女通奸的，则要比常人通奸加一等论处；奴奸良人妇女的，徒二年半；强奸的，处流刑，折伤者绞。

4. 主奴相奸

唐《杂律》规定，主人奸部曲妻及婢女的，依律不予处罚；而“部曲及奴奸主及主之期亲，若期亲之妻者，绞；强者，斩。即奸主之缌麻以上亲及缌麻以上亲之妻者，流；强者，绞”。

5. 监守内奸

唐《杂律》“监主于监守内奸”条规定：“诸监临主守，于所监守内奸者（谓犯良人），加奸罪一等。”

此外，凡是在父母及丈夫的丧期内与他人通奸，以及同道士、女官、僧、尼通奸的，比凡奸加二等论处。

（四）明清法律关于奸非罪的规定

明清法律对奸非罪的处罚，基本上沿袭了唐律的分类及处罚原则，但在量刑上有所变化，即减轻了和奸的量刑，加重了强奸的量刑。《大明律》及《大清律例》中都规定：凡和奸杖八十，有夫者杖九十。而强奸者，绞（清为绞监候）；未成者，杖一百，流三千里。此外，对奴与主妇通奸的，一律要处斩。

在清朝的法律中，还对两种特别严重的奸罪作了明确规定，一是轮奸行为，《大清律续纂条例》规定，凡轮奸的，比照强盗律，不分首从皆斩。二是强奸被囚女犯的，依律要处以绞刑。

另外，值得一提的是，“奸非”作为一类专门的罪名，是元朝法律中提出的。元朝法律还专门规定：夫获妻奸，妻拒捕的，杀之无罪；妻妾与人通奸，丈夫于奸所当场将奸夫奸妇杀死的，依法不坐（《元史·刑法志》）。

六、不应得为

不应得为是我国古代刑法中的一种概括性罪名。它是指律文虽然没有明文规定,但按“理”不应该做的行为。

汉代法律有“不当得为”。《尚书大传》:“非事而事之,出入不以道义,而诵不祥之辞者,其刑墨。”郑注:“非事而事之,今所不当得为也。”《汉书·武五子传》:“昌邑哀王歌舞者张修等十人,无子,又非姬,但良人,无官名,王薨当罢归。大傅豹等擅留,以为哀王园中人,所不当得为。”颜师古注:“于法不当然。”因此,汉律中的“不当得为”,就是指按情理与法律不应当做的行为,虽然法律没有明文规定,但于法还是应当禁止的。《汉书·酷吏传》:“(田)延年奏言商贾或豫收方上不祥器物,冀其疾用,欲以求利,非臣民所当为,请没入县官。奏可。”

唐代法律将“不当得为”改称为“不应得为”。唐《杂律》“不应得为”条注:“谓律、令无条,理不可为者。”律疏:“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。”根据这一解释,只有在没有律令正条可以相比附,而于理又不合的情况下,才可适用“不应得为”的规定,对于“不应得为”的行为,情节一般的,处以“笞四十”;事理重者,“杖八十”。

唐律适用“不应得为”,主要有以下三种情形:

(1) 律无明文而适用“不应得为”的。这又分两种情形,一是同时比照“不应得为”轻重两种处罚的,如《唐律疏议·职制》“匿父母及夫等丧”条答问:“问曰:闻丧不即举哀,于后择日举讫,事发合得何罪?答曰:……期亲以上,不即举哀,后虽举讫,不可无罪,期以上从‘不应得为重’;大功从‘不应得为轻’。”另如《户婚律》“居父母丧主婚”条律疏:“其父母丧内,为应嫁娶人媒合,从‘不应为重’,杖八十;夫丧从

轻,合笞四十。”二是单独比照“不应得为重”处罚的,如上条:“若居夫丧,而与应嫁娶人主婚者,律虽无文,从‘不应为重’,合杖八十”。另如《贼盗律》“口陈欲反之言”条律疏:“若有口陈欲逆、叛之言,勘无真实之状,律、令既无条制,各从‘不应为重’。”

(2) 未遂而适用“不应得为”的。唐《卫禁律》“向宫殿射”条律疏:“若箭力应及宫殿而射不到者,从‘不应为重’。”“宫门等冒名守卫”条答问:“以非应宿卫人自代,重于阑入之罪。若未至职掌之处,事发在宫殿内,止依阑入宫殿而科。如未入宫门事发,律无正条,宜依‘不应为重’,杖八十;其在宫外诸处冒代,未至职掌处,从‘不应为轻’,笞四十。”

(3) 违“礼”而适用“不应得为”的。《唐律疏议·职制》“匿父母及夫等丧”条答问:“又问:居期丧作乐,及遣人作,律条无文,合得何罪?答曰:《礼》云:大功将至,辟琴瑟。……又云:小功将至,不绝乐。《丧服》云:古者有死于宫中者,即三月为之不举乐。况乎身服期功,心忘宁戚,或遣人作乐,或自奏管弦,既玷大猷,须加惩诫。律虽无文,不合无罪,从‘不应为’之坐,期丧从重,杖八;大功以下从轻,笞四十。”

宋以后的法律沿袭了“不应得为”的规定。《明律集解纂注》:“凡理之所不可为者谓之不应为,从而为之,是亦罪也。”清代则改称“不应为”。《大清律例·刑律·杂犯》“不应为”条注:“律无罪名,所犯事有轻重,各量情而坐之。”

从古代法律对“不应得为”规定的内容来看,所处罚的是法律没有明文规定,依法也不能适用比附,亦即事实上并没有构成犯罪,但于道义上和礼教上却是不允许的行为。从立法意图上来说,充分体现了唐律“铨量轻重,依义制律”(《唐律疏议》)的指导思想。但在事实上,“不应得为”的规定却扩大了刑事处罚的范围,开启了擅断的弊端。

第五章 有度与均衡——民法的发展

中国古代并不存在严格意义上的近代性质的民法^①。然而这并不意味着中国古代的法律中不存在任何的民事方面的法律条文,也不意味着法律对于民间的民事行为完全采取不干涉的态度。实际上,在中国古代的法律中有着不少民事方面的条文,这些条文大多集中于律典的户婚、杂等篇目及令典的户、婚、田、杂等篇目中,在各代的单行法规中也有很多这方面的条文。只是从近代眼光来看,这些民事方面的法律条文还没有形成完整的体系,较零碎。另外,种种民事方面的惯行,是中国古代民事行为最直接、最重要的准则,其中的不少部分会受到官府裁判的认可或默认,这在某种程度上也起到了民法的作用,填补了有限的民事立法的不足之处。

^① “民法”一词始见于《古文尚书·汤诰》“咎单作明居”句的孔安国传:“咎单,臣名,主土地之官;作明居民法一篇,亡。”但其词义和现代民法一词的意义并无相近之处。现代汉语中的“民法”一词则源自日语汉字,1868年日人津田真道在《泰西国法论》一书中以日文汉字“民”、“法”两字合为一词,翻译荷兰语 *Burgerlyk Regt*, 创立“民法”一词。清末变法修律时吸收这一日语词汇,1905年沈家本在设立法律学堂的上奏中已提到“各国民法”如何如何。参见叶孝信主编:《中国民法史》,第1—2页。

由于篇幅的限制,本章只能着重介绍古代有限的民事立法,并力图从中归纳出基本的发展脉络;同时,对于较为重要的一些民事方面的惯行也略加描述。和刑事法律不同,中国古代的民事法律本身没有一套完整的体系,法规较为零碎,很难进行全面的描述,本章为了叙述的方便,姑且按照罗马法的分类方法,将古代的民事法律分为人之法、债之法、物权法三个部分,分别加以叙述。古代的民事法律虽然没有体系,但却存在着一些总体上的指导原则,因此在叙述具体的民事法律之前,先略微介绍一下古代民事立法的若干指导原则。

第一节 古代民事立法的若干原则

中国古代法律被认为是皇帝统治群臣进而统治人民的一种工具,法律的主要内容是政府的管理体制以及镇压反抗维护统治秩序的刑法。在很长的历史阶段中,刑与法一直是作为一种同义词。春秋战国时的诸子百家尽管政治观点各异,但在法律性质的问题上观点却是一致的。孔子认为:“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。”(《论语·为政》)政与刑并列,德与礼并列,都是作为一种统治工具进行论述的。同样,反映法家观点的《管子》一书也认为:“法者,将立朝廷者也,将立朝廷者则爵服不可不贵也……;法者,将用民力者也,将用民力者则禄赏不可不重也……;法者,将用民能者也,将用民能者则授官不可不审也……;法者,将用民之死命者也,用民之死命者,则刑法不可不审也……。”(《管子·权修》)很明显,法与民是完全对立的,法律不是为了解决民间纠纷的。尤其是强调“法治”的商鞅、韩非,更是把法律归结为“赏”和“罚”两字,“法者,宪令著于官府,赏罚必于民心”(《韩非子·定法》)。既然法律是政府的工具,在立法时就无需过多考虑民间的财产问题了。在儒

家看来,民间为财产问题而向政府请求裁断,是民风不淳的典型表现。孔子说:“听讼,吾犹人也。必也使无讼乎?”(《论语·颜渊》)政治的最高目标是使民间诉讼根本不至于发生,裁断民间诉讼只是可有可无之事而已。法家认为法律是“定分止争”的有效工具,而“定分止争”工具的使用只能是严刑峻罚。为了“定分止争”,政府必须制定明确的民事财产制度,一切违反政府明文规定制度的行为都要受到严厉镇压。政府的作用不是裁断,而是处罚。法家这种理论的实践是在秦国进行的,后来推广到了统一后的全国。这种理论使得政府处在与民事当事人尖锐对立的地位,也使得法律极其繁琐,“秦法繁如秋荼,而网密于凝脂”(《盐铁论·刑德》),从而导致社会矛盾激化。

由于后代普遍认为秦朝是因法网过密而导致二世而亡的,所以后世立法的演变趋势就是力争法条简洁。儒家的理论成为立法的指导思想后,对于民事立法表示消极也就成为主流,涉及到民事财产方面的法条从而越来越少。所谓“德主刑辅”施政原则,实际也可以解读为:集中法律力量于镇压职能,其他社会问题则由法律之外的手段来解决。这可称之为“省事”原则。在古代中国,除了土地买卖、典当、借贷、婚姻、继承、无主物及遗失物、埋藏物的归属等问题外,其他诸如经济、民事活动都没有法律明文可供依据。

在“省事”这一基本立法原则的指导下,又有着各安其位、均衡和谐、自力维护这样三大原则。

一、各安其位

按照人们的社会地位(在中国古代主要是指政治地位)分配生活资料,或者至少是按照社会地位规范人们所能占有的生活资料的质和量,这是中国古代政治家、思想家的一贯理想。儒家所讲的“礼治”,很重要的内容之一就是强调要实现这一理想。《左传·昭公二十九

年》记载孔子之语：“贵贱不愆，所谓度也。……贵贱无序，何以为国？”“礼者以财物为用，以贵贱为文，以多少为异，以隆杀为要。”（《荀子·礼论》）“上下有义，贵贱有分，长幼有等，贫富有度，凡此八者，礼之经也。”（《管子·五辅》）法家的“法治”也同样具有类似的内容。

各安其位的思想相当强烈地反映在主要由政治家起草的法律之中。商鞅变法后在秦国建立起二十等军功爵位制度，严格规定各级爵位者在土地、房屋等方面的规格，这套制度至汉代依然有效，如汉武帝时派刺史监察各郡，所奉“诏书六条”的第一条就是“强宗豪右，田宅逾制”（《汉书》卷一九上《百官公卿表》注）。历代的令典中《衣服令》、《丧葬令》等篇目，都不厌其详的规定着各个不同的等级的人们所应服用、享用的不同规格。这些制度可能并没有在实际生活中得到完全贯彻，但作为立法的原则却从未动摇过。

二、均衡和谐

中国古代传统文化重视对立面的和谐或转化，在对立面的关系上强调的是均衡。《尚书·洪范》有：“无偏无党，王道荡荡；无党无偏，王道平平；无反无侧，王道正直。”《老子》称：“天之道，损有余而补不足”。儒家的理论尤其强调“中庸之道”，强调在对立双方之间的不偏不倚。孔子说：“不患寡而患不均，不患贫而患不安。”（《论语·季氏》）“中庸之为德也，其至矣乎”（《论语·雍也》）。这种对于均衡的强调也影响了古代的民事立法，强调对立的利益不应只保护一方的利益，不应使之发生冲突，而应该是调和双方的利害关系。

比如中国古代民事立法在债权债务关系方面相当注重对于债务人的保护。在很早的时代就已明确了对于债务利息的限制，对于债务的担保方式也多有限制。均衡原则也反映在婚姻家庭方面的法律之中。世界各国古代在这方面的法律几乎都是以男性为中心的，都实行父权

家长制,中国当然也不例外。但除了男尊女卑、三从四德之外,值得注意的是中国古代妇女在家庭中所具有的相对性的地位。妻子相对于丈夫而言,是卑下的、从属性的,然而相对于子女而言,她又是与丈夫并列的家长。古代罗马法把妻子置于与子女并列的他权人地位,妻子不得成为自权人。而中国古代法律则规定妻子在丈夫死后对于子女仍然具有家长地位,子女析产、处理家财、结婚成家等仍然必须得到母亲的同意。均衡原则在继承方面反映得尤为显著。嫡长子继承制早在西周就已经确立,后世长期沿袭,一直作为身分(宗祧及爵位)继承的原则。但自秦汉以后,在财产继承方面则一直贯彻“诸子均分”的原则,无论嫡庶、长幼,在遗产面前一律平等,人人有分,个个相同。遗产要按儿子的人数均分成几份,再由诸子抽签确认。当诸子在继承开始以前均已去世时,则由诸孙“越位继承”(详见第三章),以保证被继承人的直系后代都能得到份额相同的遗产。遗嘱继承在中国民法史上一直被忽视,在被继承人子女时,遗嘱尤其是份额不均的遗嘱完全不被认可。

三、自力维护

由上述的原则又派生出由当事人自行设法确保自己权益、自力维护自己权益的原则。中国古代的政治格局已明确将政府的、公共的强制力集中于稳定统治秩序、维护社会治安方面,自然就无须介入民间的纠纷。况且“为富不仁”,具有经济实力、处在民事关系主导位置的权利人已经居于事实上的强势地位,如果再能得到政府的公共的强制力保护,那就会大大破坏政府所追求的均衡目标。因此古代的立法者们总是注意让权利人能够自行解决权利保护问题。比如,唐代《杂令》规定:“诸公私以财物出举者,任依私契,官不为理。”(详见后文)即使用借贷及无息消费借贷的债权人可以向官府起诉不履行债

务的债务人,请求使用强制手段实现债权。但是凡是计息借贷的债权人即使向官府起诉,仍然得不到这种强制力保护,所谓“官不为理”。相反,如果这类债权人私自扣押债务人财物、人身,或“回利为本,违法积利”之类的行为,债务人却可以起诉债权人,由政府追究违法债权人的法律责任,所谓“官为理”。“任依私契,官不为理”的原则同样见于其他朝代的法律。只要是法律没有规定的契约,权利人就无法请求用政府的、公共的强制力来实现自己的权利。南宋曾经制定“理欠令”,专门规定有关强制执行的程序。而后世法律不再有类似的内容。明清时法律虽然规定有惩罚违契不偿债务人的内容,但是对于强制执行的程序毫无规定。而且对于租佃、合伙等契约更是一概不提。

第二节 人之法

本节所言的人之法,只是为了叙述的方便而取罗马法的体裁,主要包括了成丁年龄、身分法等项内容,与现代部门法的划分方法并不一致。

一、成丁年龄

中国古代法律没有民事行为能力的明确概念,然而对于人的成年有明确的规定。据《春秋穀梁传·文公二十一年》的说法,西周时,男子二十岁“冠而列丈夫”。西周满二十岁的男子都要行“冠礼”,作为成年的标志。这应该可以视为相当于近代民法的获得完全民事行为能力的概念。

后世普遍推行征兵及徭役制度,法律所规定的男子开始承担徭

役、缴纳赋税的成丁年龄,也可视为是法律所确定的男子可独立拥有一定的经济能力、处理自己财产并承担财产责任的年龄。在这个意义上成丁年龄大致与近代民法的获得民事行为能力的概念相当。

战国时期各国的成丁年龄各不相同,或许在十六七岁至二十岁之间。汉代的成丁年龄为二十三岁。三国两晋南北朝时期各朝成丁年龄不同,总的趋势是降低。两晋为十六岁,南朝刘宋为十七岁,这一规定为南朝以后的朝代沿袭。北魏实行均田制,男子年满十五岁就可从国家受田并承担赋税,是历史上成丁年龄最低的记录。北周、北齐改为十八岁受田并承担赋税。

隋唐时期有关成丁年龄的法律比较复杂。隋朝《开皇令》规定:“男女三岁以下为黄,十岁以下为小,十七以下为中,十八以上为丁。”(《隋书·食货志》)唐朝《户令》规定:“诸男女三岁以下为黄,十五岁以下为小,二十以下为中。其男年二十一为丁,六十为老。”(《通典·食货七·丁中》)但唐朝在规定二十一岁成丁的同时又规定十八岁的中男可以受田,“其中男十八以上,亦依丁男给”(《通典·食货二·田制》)。《唐律疏议·户婚》“嫁娶违律”律疏:“其男女被逼,若男年十八以下及在室之女,亦主婚独坐。”可见实际上唐朝是将十八岁作为成年年龄的。其成丁年龄提高只是作为“轻徭薄赋”的仁政表示。

宋代以二十岁为成丁年龄。由于宋代时均田制实际已被废除,差役也主要是按照户等而不是直接按人丁征发,因此成丁年龄只单纯地作为一个人成年的标准。相继入主中原的金朝和元朝则将成丁年龄降低到十七岁。《金史·食货志》载“男女二岁以下为黄,十五岁以下为小,十六为中,十七为丁。”元朝沿袭了这一规定。明朝的规定更为简便,“丁曰成丁、曰未成丁,凡二等。民始生,籍其名,曰不成丁;年十六曰成丁。”(《明史·食货志》)清朝入关,对此不加改动,沿袭至清末。

二、人的身分

和世界上大多数文明古国相似,中国古代社会也是一个身分社会,人的社会身分具有重要的意义。在法律上人一直被分为享有特权的阶层、平民阶层、贱民阶层这样三大类。但和很多文明古国所不同的是,这种身分区别具有一定的相对性,各阶层之间存在着一定的流动性。

(一) 享有特权的阶层

在先秦时期,氏族血缘贵族是唯一享有特权的阶层,据《礼记·王制》的说法,根据与周王室的血缘及亲属关系,贵族分为公、侯、伯、子、男五等。贵族被分封为一地的封主,号为诸侯。各诸侯国内部也按此原则,在国君之下有卿、大夫等阶层,贵族各有自己的采邑。氏族血缘贵族在生活方式上与一般的平民不同,衣食住行、婚丧葬祭等各方面都有专门的标准,所谓“昭文章,明贵贱,辨等列,顺少长,习威仪也”(《左传·隐公五年》载臧僖伯语);“度爵而制服,量禄而用财,饮食有量,衣服有制,宫室有度,六畜人徒有数,舟车陈器有禁,修生则有轩冕服位谷禄田宅之分,死则有棺槨绞衾圻堊之度”(《管子·立政》)。各级贵族有享受下级供奉的权利,所谓“天有十日,人有十等,下所以事上,上所以共(供)神也。故王臣公,公臣大夫,大夫臣士”(《左传·昭公七年》)。贵族还垄断着政治权力,并享有在法律上的特权(参见第二章)。

春秋战国时期社会发生巨大的变化,贵族的特权地位开始受到挑战,特权地位可以从血缘之外的途径获得。原来平民上层的士阶层通过政治军事活动获得特权地位,而且原来僵硬的贵族等级也被打破。战国时官僚制度逐渐代替由贵族垄断政治权力的“世卿世禄制”,平民出身的官吏可以执掌政治权力,也可以上升为贵族。秦国商鞅变

法建立二十等爵位制；最高级为彻侯（汉代为避汉武帝讳改称列侯）、关内侯，相当于过去诸侯；以下依次为大庶长、驷车庶长、大上造（亦称大良造）、少上造、右更、中更、左更、右庶长、左庶长、五大夫、公乘、公大夫、官大夫、大夫、不更、簪袅、上造、公士。在战场上斩敌一甲首或告发奸人就可以升爵一级，获得相应的特权地位，如可以获得国家给予的土地、免除政府的徭役、充任一定等级的官员、享受一定的生活待遇标准等等。

秦朝的制度被汉朝继承。但二十等爵位制度的意义却有所下降，汉文帝接受贾谊的建议，允许平民以向国家提供粟米之类的资财获得爵位，如上造六百石、五大夫四千石、大庶长一万二千石等等。以这种方式获得爵位的人实际上只不过获得免役的特权，爵位已不再是特权阶层的唯一象征。通过“试吏”或“察举”起家为官吏，从而获取特权地位的方式更为经常和普遍。由此形成了颇具特色的、并非完全封闭性的、以职业官吏为主体的特权阶层。这种阶层特权的大小主要以其官品的高低为准，各代有各项专门的法律加以明确的规定，如《衣服令》、《仪制令》、《婚姻令》、《丧葬令》等之类法令，规定他们在衣、食（至少是在食具上）、住、行、生、婚、丧、葬等方面都依照各自的官爵有不同的规格待遇，处处与平民不同。即使是犯罪，也享有各种减免刑罚的特权。除了参政方面的优先权之外，在某些朝代还可以按照品级占有土地，役使属下的百姓。但和西周及世界上其他很多文明古国不同的是，这种特权地位一般并不能自动由其全部后代子孙直接继承。这个以官吏为主体的特权阶层主要不是一个血缘贵族阶层。

秦汉以后，以皇室为中心的血缘贵族（包括为皇帝打天下的功臣等等），当然是特权阶层的核心，受到法律的严密保护，他们被称之为“金枝玉叶”，俗称“皇亲国戚”，享有最高的特权。除了在刑法方面可以享受种种免罪、减罪的特权外，他们还往往可以得到一块封地，享受该地的赋税收入；可以征发配备给他们的农民为他们服役；可以享

用最高级别的生活标准。

东汉以后累世为官及称雄一方的士族(或称势族、世族、豪门、高门等等名目,近代史学家一般以史书上或称“大姓”、“大族”,或是三代为五品以上大官的家族为士族)阶层在相当程度上控制了政治局面及社会生活。《宋书·恩佞传》:“魏晋以来,以贵役贱,士庶之科,较然有别。”《南史·王球传》:“士庶之别,国之章也。”就是指这一具有封闭性的特权阶层。其主要特征是把持政治权力。据统计,在史书所载的两晋南北朝时期官僚中,士族占65%以上。然而士族阶层并不是贵族,他们的特权并不能自动由其子孙继承,从理论上而言,他们的子孙仍需经过察举之类的制度出仕为官后才能获得这些特权。隋唐时期确立了科举选官的制度,从理论上而言,官的身分不是世袭的,可以通过科举考试取得。但据近代学者对唐代的官僚阶层所作的定量分析,表明在唐代,官僚的主体依然是士族,除了安史之乱时期,在唐代的任何一个时期,这种士族出身的官僚都要占整个官僚队伍的60%以上,平均为67%;而没有任何家族背景的官僚则至多不过占30%,平均才占21%而已。^①

宋代以后(元朝的情况有所不同)情况发生了很大变化,出现以通过国家科举考试的“士大夫”(或称绅士)为主体的特权阶层。从政治上而言,士大夫是各级官职的主要的承担者和候补者,所谓“为与士大夫治天下,非与百姓治天下也”^②。在法律上,士大夫享有免役特权及不受刑辱等特权。同样在生活的各方面,士大夫也有各种与其身分相符合的法定标准。这一阶层有一定的开放性质,表面上看似乎只要具有才能就可跻身于特权阶层行列,但实际上并非如此。读书及考

^① 毛汉光:《中国中古社会史略论稿》,载台湾《历史语言研究所集刊》47册,1976年。

^② 《文献通考》卷一二《职役一》载文彦博对宋神宗语。

试的费用,推荐及担保的因素等等,都阻碍平民进入特权阶层。况且官僚子弟还有任子为官、荫子入学等优先特权。这个士大夫阶层是中国古代社会特有的一种特权阶层。

(二) 平民

在被统治一方,秦朝时平民在法律上一般被称之为“士伍”,唐朝称“凡人”,与贱民相对称,也称为“良人”、“良色”,或称为庶民、齐民、黔首、百姓、白丁等。平民必须编入国家户籍。据《管子》一书的说法,春秋时齐国曾将平民分为士、农、工、商“四民”,后世基本都将平民的户籍划分为四类,强调户籍身分应该世袭。如明代将平民划为军、民(农民)、匠、灶四种户籍,清代将平民划分为民、军、商、灶四种户籍。后世士大夫上升为特权阶层,其身分一般并不能够简单地世袭。而平民中的个别人有可能通过科举考试之类的途径成为特权阶层成员。

平民的主体是农民,对朝廷承担缴纳各类赋税,提供种种徭役及兵役。在宋以前,朝廷往往通过立法或制定政策保持自耕农的数量,尽力保证官府能够直接控制、剥削农民。如汉代常常宣布“假田”或“赐田”,将国有的荒地长期出租或出让给无地农民。北朝隋唐时期实行“均田制”,也是将国有土地授予农民,其中大部分只允许农民在一定的期限内占有,少量允许农民永久占有。宋以后没有土地的佃农也获得正式的平民身分,编入国家的户籍为“编户齐民”。

手工业者往往被编为“百工”(北朝)或“匠户”(元明)之类的特别户籍,他们必须为朝廷承担工役,无偿为朝廷提供劳动及手工业产品。北朝时期,“百工”曾被列为贱籍。历史上长期实行盐专卖制度,为朝廷生产官盐的手工业者往往被编为“亭户”(唐代)或“灶户”(明清)。

凡人中的商人阶层往往在法律上受到一定的歧视。如秦朝时曾将在政府指定的商业区域“市”内进行交易的商人编为市籍,遇到重

大劳役及战事时,首先征发有市籍者、曾有市籍者及父祖有市籍者。汉代规定商人不得穿丝绸服装、不得坐车、不得携带武器、子孙不得为官、不得占有耕地。晋令规定“市侩卖者”要在自己的额头上贴写姓名,一脚着黑鞋、一脚着白鞋^①。唐初曾立法规定商人不得骑马、不得坐轿,出葬时不得排列仪仗,尤其是规定“工商之家不得预于士”,剥夺商人的参政权利(《旧唐书·食货志》)。但同时也允许商人和农民同样受田,实际上默认商人占有土地的权利。武则天以商人之女而封后称帝,这些有关贱商的法令大多成为具文。后世一般不再有类似的法律。清代的商籍指贩卖官盐的盐商,非但不受歧视,相反在其子孙参加科举考试等方面还享有一定的特权。

(三) 贱民

贱民是指受到法律歧视并被法律认定为低人一等的社会阶层。古代法律所认定的贱民又可分为两个等级。地位稍高的是隶属于官府的官户、杂户等等名目的贱民,以及隶属于私人的荫附、部曲、客女、雇工人等等名目的贱民;其主要特点是没有独立的户籍,依附于官府机构或其主人,但具有相当的人身自由,可以获得并自由处分自己的财产。处在底层地位最低贱的,则是官私奴婢,在法律上一般被视同为财物,没有人身自由。此外还有一种贱民虽具有独立户籍及人身的自由,但因其从事的职业,如倡(妓女)、优(戏子)、皂卒(衙役)等,而在习俗及法律上受到歧视,如不得与良民通婚、子孙不得充当官吏等。

1. 贱民的上层

这一类贱民或者是平民因受豪族控制而丧失自己的独立户籍、或是奴婢后代因种种原因而得以地位上升。秦汉时多称之为荫附,北

^① 《九朝律考·晋律考》卷三下“晋令考”,引据《太平御览》卷六九七、八二七所引晋令文。

朝隋唐时期多称为部曲。

据沈家本《部曲考》一文的考证,早在汉代就已出现部曲的说法,但当时是指军队的编制。《后汉书·百官志》言:“将军其领军皆有部曲,大将军营五部,部校尉一人;部下有曲,曲有军候一人;曲下有屯,屯长一人。”则原来部、曲各有所指。东汉时合为一词,引申为指将军指挥下的部队。东汉末年军阀割据,豪强自立军队,或征集乡里,或招募勇士,部曲转指私人军队。历经三国两晋南北朝的变化,士族豪强拥有私人军队的风气并无变化,只是部曲长久跟随主人,不登录于国家正式户籍,其子孙后代逐渐沦落为主人的依附人口,失去平民身分。北周武帝建德六年(577)诏书宣布放免原北齐及南梁江陵地区因战乱而被掳掠为奴者,但诏书特意规定:“若旧主人犹须共居,听留为部曲及客女。”(《周书·武帝纪》)可见有很多奴婢都因此转为部曲及客女。隋代北周、唐代隋,这一将部曲视为奴婢之上、平民之下贱民阶层的法律原则也就得以沿袭至唐律之中^①。《唐律疏议·名例》疏:“部曲,谓私家所有。”《斗讼律》疏:“部曲、奴婢,是为家仆。”《贼盗律》疏:“部曲不同资财。”《户婚律》疏:“客女,谓部曲之女,或有于他处转得,或放婢为之。”《唐律释文》:“自幼无归,投身衣饭,其主以奴畜之,及其长成,因娶妻。此等之人,随主属贯,又别无户籍,若此之类,名为部曲。婢经放为良并出妻者,明为客女。”可见部曲、客女等私贱的性质确实略高于奴婢。

依附于官府的这一级贱民以唐代时名目最为繁多。《唐律疏议》中提及的有官户、杂户、番户、工户、乐户、太常音声人等等名目。这些系官贱民由重罪罪犯的家属后代子孙转化而来,因其在不同的官府服役和服役的方式而有不同的名目,其中官户一般隶属于朝廷司农寺,工户隶属于朝廷少府,乐户隶属于太常寺,太常音声人原亦隶属

^① 见《历代刑法考》第一册,中华书局1985年版,第416—421页。

于太常寺,后转隶于州县官府,番户与杂户隶属于各地州县官府,但应轮番上朝廷服役,番户每年三个月,杂户每二年五个月,但也可以纳资顶番。早在南北朝时就已有这些名目,如《魏书·刑法志》:“孝昌已后,强盗杀人者,妻子、同籍配为乐户;其不杀人及赃不满五匹者,妻子亦为乐户。”《隋书·刑法志》引北周《大律》:“盗贼及谋反大逆、降、叛、恶逆罪当流者,皆甄一房配为杂户。”

按唐律规定,在刑事法律关系上,官户及部曲殴良人,罪加凡人一等,而良人殴官户部曲则可减罪一等;主人故杀部曲者绞,部曲谋杀主人则皆斩;但主人殴部曲至死不过徒一年;部曲殴奴婢可减罪一等,奴婢殴部曲则要罪加一等。主人犯重罪,部曲要被缘坐,而部曲犯重罪,非但主人无须缘坐,就是部曲的家属也可不缘坐,因为部曲的家属也是属于主人的。杂户、太常音声人犯反逆要缘坐家属,官户及工乐户则无须缘坐。在民事法律关系上,按《户婚律》的规定,官户、杂户等必须“当色为婚”,只有太常音声人可以“婚同百姓”,部曲可以娶良人为妻,但其妻子失去良人的身分成为“部曲妻”,在法律上视同部曲。和官户一样,部曲的身分也是世袭的,据唐《户令》的佚文,“诸部曲所生子孙,相承为部曲”。部曲虽没有被法律“视同资财”,但主人也可以将其“转易”,《户令》佚文:“转易部曲事人,听量酬衣食之直。”^①实际地位与奴婢相近。

明清时法律上不再有部曲之类的贱民划分,在奴婢之上的贱民称之为“雇工人”。理论上雇工人与其主人的关系是契约关系,雇工人有自己独立的户籍及财产,但其契约属于“投靠”,并有终身服役之类的字样。雇工人的法律地位比唐代的部曲要高,与一般平民的纠纷可以“同凡论”,但对于主人的侵犯行为则要“加凡一等”,如为对主人的

^① 上引两条唐令佚文见《唐令拾遗》,长春出版社1989年版,第171页;后条亦见于《唐律疏议·名例》疏。

人身侵害则与奴婢同样处罚。清代雍正三年(1725年)定例：“官民之家凡倩工作之人，立有文券、议有年限者，依雇工人论。只是短雇月日、受值不多者，依凡论。”以后在乾隆年间又进一步定例，凡服役五年以上为雇工人，五年以下为短雇，同凡论。^①

2. 奴婢

属于官府所有的奴婢在先秦及秦代称为隶臣妾，后代多称为官奴婢；属于私人所有的奴婢在先秦及秦代多统称为臣妾，后世则统称为私奴婢。早期奴婢大多为战争中的俘虏，如《墨子·天志下》所言战胜者将战败一方的人民“系纆而归，丈夫以为仆、圉、胥靡，妇人以为舂酋”。云梦出土的秦律中有“寇降，以为隶臣”的条文^②。《汉书·司马迁传》晋灼注：“臧获，败敌所虏获为奴隶者。”后世官奴婢的来源大多为因反逆重罪而被缘坐的罪犯家属及其子孙后代，如《初学记》引《风俗通》所言“古制本无奴婢，即犯事者或原之。臧者，被臧罪没入为官奴婢；获者，逃亡获得为奴婢也”；《说文》释“奴”，称“奴婢，皆古之罪人也。”私奴婢则大多来自因债务陷入被奴役地位的平民，以及奴婢买卖、奴婢后代。

和世界大多数文明古国的情况相仿，中国古代法律一般将奴婢视为官府或其主人的财产，如《唐律疏议·名例》疏：“其奴婢同于资财”，“奴婢贱人，律比畜产”；《户婚律》疏：“奴婢既同资财”；《贼盗律》疏：“奴婢同资财”，“奴婢比之资财，诸条多不同良人”；《贼盗律》注：“余条不别言奴婢者，与畜产、财物同”。《贼盗律》规定：“诸略奴婢者，以强盗论；和诱者，以窃盗论。……若得逃亡奴婢，不送官而卖者，以和诱论；藏隐者，减一等坐之。即私从奴婢买子孙及乞取者，准盗论；乞买者，与同罪（虽以为良，亦同）。”《宋刑统》关于奴婢的定义依然沿

^① 清·吴坛：《大清律例通考》卷二六；清·薛允升：《读例存疑》卷二六。

^② 《睡虎地秦墓竹简》，第146页。

袭唐律的规定,而据《刑统赋解》卷下:“称人不及于奴婢;解曰:奴婢贱隶,难同人比,《贼盗律》云:惟于以盗之际杀伤及为支证称人,其余俱同财物论之。歌曰:奴婢贱隶,难同人比,因夜杀伤,或为对证,除此二者,权为人类,其余论之,俱同财例。增注:除于被盗之家称人,诸条之中,皆不称人。”

奴婢处于社会最底层。奴婢如逃跑要受到政府的追捕和严厉的处罚,如据《左传·昭公七年》,周文王之所以能够得到天下诸侯的拥护,就是因为发布“有亡荒阅”(互相引渡逃亡的奴婢)的法律。西周时的法令常有“马牛其风,臣妾逋逃,勿敢越逐”、“窃马牛、诱臣妾,汝则有常刑”之类的内容(《尚书·费誓》)。晋令规定:“奴婢逃亡,黥两眼;再亡,黥两颊;三亡,横黥目下。”^①

清朝入关后发布《督捕则例》(或称“逃人法”),严厉督促各级官府追捕逃亡奴婢,凡隐藏旗下逃奴者处死刑,家产入官,两邻各责四十大板。奴婢逃亡三次则即处死。

然而古代法律也承认奴婢具有一定的人格。比如,奴婢可以作为财产的主体,如《唐律疏议·名例》:“其部曲、奴婢应征赃赎者,皆征部曲及奴婢,不合征主。”《斗讼律》规定部曲、奴婢“相侵财物者,各依凡人相侵盗之法”。《宋刑统·户婚律》引唐《户令》允许奴婢以财产自赎,“自赎免贱,本主不留为部曲者,任其所乐”。这些都说明奴婢与部曲一样可以拥有自己的财产。奴婢可以成为负担债务的主体,可以以其财产偿还所欠他人的债务。如《太平广记》卷四三六记载唐代故事,“建安县令韦有柔,家奴执轡,年二十余病死。有柔门客善持咒者忽梦其奴云:我不幸而死,尚欠郎君四五千,地下所由令更作畜生以偿债”。

奴婢虽被视同财产,但主人并不能随意刑杀。秦律虽规定主人擅

^① 《太平广记》卷六四八引《晋令》。

杀、刑、髡臣妾为一项“家罪”，为“非公室告”，他人不得纠举^①，但也规定杀奴、刑奴必须经过向官府“谒告”的程序。云梦出土的秦简中就有“黥妾”的程序。秦末田儵欲起兵反秦，就是以谒告杀奴为名，乘机杀死县官的^②。两汉时法令进一步禁止残害、虐待奴婢，西汉末年王莽之子王获擅杀奴婢，王莽为邀买人心，逼迫王获自杀（《后汉书·王莽传》）。东汉光武帝以“天地之性，人为贵”，下诏：“其杀奴婢，不得减罪。……敢炙灼奴婢，论如律。免所炙灼者为庶民。”（《后汉书·光武帝纪》）后世法律大抵与之相同，如唐以后各代都规定主人擅杀奴婢，处杖一百；无故残杀一般要处徒一年。

奴婢可以有自己的家庭，只要是“当色”为婚，并经由其主人主婚，其家庭一般而言还算是正常的，只是其子女视为主人财产的孳息，身分仍为奴婢。至于奴婢与其他身份者所生子女，其身分的确定则比较复杂。从云梦出土的秦简“法律答问”部分来看，秦国实行“从贱原则”，只要父母双方中有一方的身分为奴婢，子女即为奴婢。如有一案例为平民女子为隶臣妻，在隶臣死后，携带隶臣子迁移，并以该子为平民，被捕后不仅该子仍为隶臣，隶臣妻也“当完为隶妾”^③。《宋刑统·杂律》引唐《户令》：“诸良人相奸，所生男女随父。若奸杂户、官户、他人部曲妻、客女及官私婢；并同类相奸，所生男女并随母。即杂户、官户、部曲奸良人者，所生男女，各听为良。其部曲及奴奸主缙麻以上亲妻者，若奴奸良人者，各合没官。”可见唐代法律规定凡人的奸生子是按“从父原则”确定归属，而官户、杂户、部曲与良人之间的奸生子，基本上是按照“从母原则”来确定身分。但奴奸良人、或部曲、奴奸主人缙麻以上亲妻，则被视为严重犯罪，其奸生子女要被没为官奴

① 《睡虎地秦墓竹简》，第195、196页。

② 事见《史记·田儵列传》。

③ 《睡虎地秦墓竹简》，第201页。

婢。另外在不知情的情况下的处理又有所不同,按《宋刑统·杂律》所引的唐《户令》:“诸奴婢诈称良人而与良人及部曲及客女为夫妻者,所生男女并从良;及部曲、客女知情者,从贱。即部曲、客女诈称良人而与良人为夫妻者,所生男女亦从良,知情者从部曲、客女。皆离之。其良人及部曲、客女被诈为夫妻所生男女,经一载以上不理者,后虽称不知情,各同知情法。奴婢等逃亡在别部,诈称良人者,从上法。”其总的原则是知情者从贱,不知情者从良。正如《唐律疏议·户婚》所归纳:“(奴婢部曲与良人相奸)其所生男女,依《户令》,不知情者从良,知情者从贱。”以后各代基本沿用唐朝制度。

奴婢的家庭同样要遵循孝悌的原则。如《唐六典·刑部·都官郎中》称:“官户、奴婢,元日、冬至、寒食放三日假,产后及父母丧、婚放一月,闻亲丧放七日。”又“男女既成,各从其类而配偶之。”又“若给赐,许其妻子相随”。唐律规定奴婢、部曲亲属之间的侵犯行为,按照凡人处理。

奴婢及部曲都具有起诉的权利,对于主人的“三谋”之罪可以起诉,对于其他奴婢、部曲也可以起诉,对于其他平民的侵犯也有权起诉。

奴婢的身分也有可能得到改变。官奴婢可以通过朝廷的大赦而放免。私奴婢也可以因朝廷的法令而获得自由。如汉高祖五年(公元前202年)诏:“民以饥饿自卖为人奴婢者,皆免为庶人。”(《汉书·高帝纪》)东汉初年也曾多次下诏,规定因战乱被掠卖为奴婢者“一切免为庶民”(《后汉书·光武帝纪》)。后世在大乱之后建立的皇朝也往往发布类似的诏令。私奴婢还可以因主人的意思表示而放免。《唐律疏议·户婚》疏引唐《户令》:“放奴婢为良及部曲、客女者,并听之。皆由家长给手书,长子以下连署,仍经本属申牒除附。”这种放免奴婢的“手书”在敦煌出土的文书中有实例。出土的“放良书样文”可视为当时放免奴婢手书的标准样本。其内容如下:

奴某甲、婢某甲，男女几人。吾闻从良放人，福山峭峻；压良为贱，地狱深怨。奴某等身为贱隶，久服勤劳，旦起肃恭，夜无安处。吾亦长兴叹息，克念在心，绘告先灵，放从良族。枯鳞见海，必遂腾波；卧柳逢春，超然再起。任从所适，更不该论。后辈子孙，亦无阑怙。官有政法，人从私断。若违此书，任呈官府。

年 月 日

郎父 儿 弟 子孙

亲保 亲见

村邻 长老 官人 官人^①

奴婢(包括部曲)也可以“自赎免贱”。按唐代的法律,放免的奴婢即成为平民百姓,登记于官府户籍,可以在三年之内免除赋役。如据《通典·食货六·赋税下》:“诸部曲、奴婢放附户贯,复三年。”自赎免贱者仍要经主人的意思表示不必留为部曲后才可以“任其所乐”。

奴婢一般而言是没有自己的姓氏的,只是跟随主人的姓氏。放免后的奴婢仍应由主人赐以主人的姓氏。据宋人范镇《东斋记事》一书的说法,唐宋时有律条规定如此。该书称宋太祖曾问大理寺卿雷德骧,“律:奴从良赐主姓如何?或以为文误否?”雷德骧回答:“不然,盖虑后世或通婚姻故也。”但从现存的唐宋律令中尚未发现这样的规定,或是当时曾有过这样的格敕也未可知。后世法令没有类似的内容。

明清法律禁止一般人家豢养奴婢。《大明律·户律·户役》有“庶民之家存养奴婢者,杖一百,即放从良”的条文,清律沿袭。另外明代曾立法,限制贵族官僚存养奴婢的数量。“公侯家不过二十人,一品不过十二人,二品不过十人,三品不过八人”^②。然而这些禁令实际效果

① 《敦煌资料》第一辑,第449页。

② 《大明会典》卷五二《户部·民政》。

很差。

3. 贱籍平民

古代除了法律认定的贱民以外,还有一些平民是因为其所从事的职业而被列入贱籍,如娼妓、优伶、衙役(按《清会典·户部》,衙门应役之人除管理仓库的库丁、斗级,警戒护卫的民壮为良民外,皂隶、捕快、禁卒、门子、弓兵、件作等皆为贱役)等等。此外,明清时还有陕西、山西的乐户、江南的丐户、浙江惰民、广东的蛋户、浙江九姓渔民等,也因其从事的职业被习俗和法律视为贱籍。这种贱民没有刑法上的后果,在刑事诉讼中可以同凡论,但在婚姻上则受到限制,另外在行政方面也被限制不得参加科举考试及捐纳为官。清雍正年间朝廷曾几次下诏豁除乐户、丐户、惰民、蛋户、九姓渔民的贱籍,如报官改业后已过四代、亲友中也无人再操贱业者,允许应考出仕。

(四) 严禁抑良为贱

由于良贱差别悬殊,历代法律都严禁抑良为贱。汉律有“卖人法”,惩治略卖良人为奴婢的行为(《后汉书·光武帝纪》)。《唐律疏议·贼盗》:“诸略人、略卖人(律注:不和为略。十岁以下,虽和亦同略法)为奴婢者,绞;为部曲者,流三千里;为妻妾子孙者,徒三年。和诱者,各减一等。若和同相卖为奴婢者,皆流二千里。卖未售者,减一等。”即使是尊长也不得出卖子孙卑幼,“诸略卖期亲以下卑幼为奴婢者,并同斗殴杀法(律注:无服之卑幼亦同)。即和卖者,各减一等。其卖余亲者,各从凡人和略法。”仅就法律而言,可以说唐律已经杜绝了良民被抑为奴婢的可能性。后世法律依然维持这项原则。元代法律规定“诸略卖良人为奴婢者,略卖一人,杖一百七、流远,二人以上处死;为妻妾子孙者,一百七、徒三年。……及和同相卖为奴婢者,各一百七”(《元史·刑法志》)。明清律仍有此项,凡设方略诱取、或略卖良人为奴婢者,不分首从杖一百、流三千里;为妻妾子孙者杖一百、徒三年;略卖子孙为奴婢杖八十;略卖弟妹、侄、外孙、侄孙、自己之妾、子

孙之妇者，杖八十徒二年；卖妻为婢及大功以上亲属为奴婢者同凡人略卖罪处罚。

然而，古代卖良为贱的事例比比皆是，法律并不能阻止大批贫民降为奴婢。为规避法律，宋元明时民间常以“过房”、“乞养”的收养方式来进行人口买卖。元代法律允许过房、乞养，“诸乞养、过房男女者，听；转卖为奴婢者，禁之。”（《元史·刑法志》）这种过房、或乞养的男女在理论上为接受方的养子或“义男”，实际上就和主人的奴婢无异。如明代的以婚书为名的过房契式：

立婚书某，今因日食难度，自愿将（男、女）名某、年命某生，凭媒与某名下为义（男、女），得受财礼纹银若干。自后听从使唤，永不归宗。如内外人等，生端引诱，恁从证理。敬立婚书，并（男、女）手印，付本主存照。^①

明代禁止庶民存养奴婢，于是民间往往以“仆人”立约卖身，以规避法律。如定陵博物馆保存的明万历二年（1574年）卖身契：

立卖身文约仆人章神保，今因婚娶无措，自愿央中将身卖到房东汪名下为仆。当日汪主人有婢爱桂，配身为妻，以作身价。自配爱桂之后，永系汪主人之仆，听自主人呼唤使用，不得抗违。今恐无凭，立此身约为照。^②

明代条例规定凡有这样的卖身契约，如主人为庶民之家，即认定仆人的身份为雇工人；如果主人为缙绅官宦之家，就认定为奴婢^③。

清朝入关，允许旗人收买贫民子孙为奴婢，但要求经过当地官媒画押证明，官府加盖官印，是为“红契”。清条例规定：“凡买卖男妇人口，凭官媒询明来历，定价立契，开载姓名、住址、男女、年庚，送官铃

① 明·吕希绍：《新刻徽郡补释士民便读通考》，转引自谢国桢：《明代社会经济史料选编》下册，第85页。

② 转引自《历史论丛》第三辑，齐鲁书社1983年版，第289页。

③ 《读例存疑》卷三五《刑律·斗殴下》“奴婢殴家长”之按语。

印。该地方官预给循环印簿，将经手买卖之人登簿，按月缴换缉查。倘契中无官媒花押及数过三人者，即究其略卖之罪。”^①清代同时也承认汉族民人也可存养奴仆，收买奴仆。如未经官府盖印的“白契”收买奴仆，时间久远的仍视为有效，乾隆年间定例：“凡民人家生奴仆、印契所买奴仆，并雍正十三年以前白契所买、及投靠、养育年久，或婢女招配生有子息者，俱系家奴，世世子孙永远服役，婚配俱由家主，仍造册报官存案。……有背主逃匿者，照满洲家人逃走例，折责四十板，面上刺字，交与本主，仍行存案。容留窝藏者，照窝藏逃人例治罪。”^②由于清代的这些立法，实际上有关禁止买良为贱及限制存养奴婢的法律已完全形同具文。

另外，元明清时法律还禁止买良为倡优，《元史·刑法志》载：“诸卖买良人为娼，卖主、买主同罪，妇还为良。”明清律的规定更详细：“凡倡优、乐人买良人子女为倡优，及娶为妻妾，或乞养为子女者，杖一百。知情嫁卖者同罪，媒合人减一等。财礼入官，子女归宗。”^③不过这些法律也和上述的禁止买良为贱的法律相仿，实际上很少在社会上发生效力。

第三节 债之法

中国古代有关特定权利义务关系的法律并没有一个统称，所以本节所谈的“债之法”是按罗马法的模式，对古代有关特定权利义务关系方面法律所作的概括。

① 《大清律例通考》卷二五《刑律·贼盗下》。

② 同上书卷二八《刑律·斗殴下》。

③ 同上书卷三三《刑律·犯奸》。

汉字“债”字的原字为“责”字,《说文》:“责,求也。”表明一方有权要求另一方作出某一特定的行为,和近代民法所言的“债”相当接近。由原字义又派生出“要求”,“督促”,“责备”,“处罚”等字义。后世创造人字部首的“债”字,专门表示借贷之债。

俗话说:“杀人抵命,欠债还钱”,欠债和杀人并提,可见债的观念在古代民间深入人心的程度。然而这一俗语也反映出,在中国古代杀人之类的人身伤害行为绝不会构成债的观念,凡是人身伤害行为都被认定为是需要刑罚处罚的犯罪行为,债的观念全然只局限于契约方面而已。因此本节主要介绍古代契约方面的法律规定。

一、 契约的形式及其成立要件

“契”字的本义为刻划,《说文》:“契,刻也。从刀。”“约”字的本义为缠绕,《诗·小雅·斯干》:“约之阁阁。”疏:“谓以绳缠束之。”《庄子·骈拇》:“约束不以纆索。”由此产生“约束”的词义。《周礼·秋官·司约》郑玄注:“约,言语之约束。”所以契、约这两个字本身就反映了古代人们“刻木记事”,“结绳记事”的遗风。在人类早期的生活中,文字并不是人类交流信息的主要方式,人们达成某项特定权利义务关系的协定时,主要依靠的是口头的协议,并以一块刻有刻痕的竹木片作为这项协议的信物,作为提醒一方履行义务的提示物。这在古代就称之为“契”。在经济生活进一步发展后,又形成了双方各持一片这样信物的“券”。《说文》:“券,契也。从刀,券声。券别之以刀,以刀判其旁,故曰契券。”由双方在一片竹木片的侧面刻出记号,再“别之以刀”,即将竹木片一剖为二,双方各持一片有相同记号的竹木片。当两片竹木片合对无误,即为“合券”,一方就应履行义务。直到清朝时,海南岛黎族人民依然采用这种方法进行交易,清人袁枚在其笔记著作《子不语》卷二一中记载:“黎民买卖田土,无文契票约,但用竹签一

片,售价若干,用刀划数目于签上,对劈为二,买者、卖者各执其半以为信,日久转卖,则取原主之半签合而验之。”在古代,券的一片为“左券”,一片为“右券”,由双方当事人的哪一方执哪一片,这在古代史籍记载中各不相同。有的记载是由权利人执左券,如《老子》有“是以圣人执左券而不责于人”;《商君书·定分》“即以左券予吏之问法吏者”;《史记·田敬仲完世家》“公常执左券以责于秦、韩”,等等。也有的记载称右券才是权利人所执,《战国策·韩策三》有“操右券而为公责德于秦、魏之主”,宋人鲍彪注:“左券,待合而已,右券可以责取”;《史记·平原君列传》有“且虞卿操其两权,事成操右券以责,事不成以虚名德君”。这可能反映了不同地区的习俗。不过从战国时期秦国国君发兵的虎符是右符藏于国君、左符交与带兵将领的习惯来看,^①秦时民间的契券很可能是由权利人执右券的。

随着社会经济的发展,人员的流动、交易的频繁使得契约的内容日益复杂,就有必要使用文字记载双方有关特定权利义务的协定,开始在竹木契券上书写协议的内容,而不是仅仅将契券作为提醒当事人回忆协议内容的信物,口头契约由此发展为书面契约,这在古代称之为“书契”、“券书”。据儒家经典《周礼》的说法,这样的契约早在西周时期就已相当流行,主要有“傅别”、“质剂”等种类。如《周礼·天官·小宰》“听称责以傅别”,郑玄注:傅别是“傅著约束于文书,别为两,两家各得一也。……为大手书于一札,中字别之”。即在竹木简上书写协议内容,然后在字行中剖开,双方各持其一,要合券才能读通。《周礼·地官·质人》“凡卖僮者质剂焉。大市以质,小市以剂”。郑玄注:“谓两书一札,同而别之。长曰质,短曰剂。”意即在竹木简的两面都写上相同的协议内容,再从侧面剖开,双方各持其一。这种契约有

^① 如传世的秦国新都虎符上的铭文:“甲兵之符,右在王,左在新都。凡兴士被甲,用兵五十人以上,必会王符,乃敢行之。”

两种,长的叫质,用于田土、牛马、奴婢的买卖;短的叫剂,用于珍奇异物的买卖。战国秦汉时期,民间的书券已相当普及,从居延出土的汉简中可以看到,当时买卖布袍、衣服之类的行为也要作成书券^①。至少在秦汉时已明确凡买卖、借贷、租赁等重要契约必须要作成书面契约形式。然而在这种书面契约中依然存在着口头、仪式契约的遗风,比如在现在发现的汉代契券中往往都有“沽各半”、“沽酒二升”之类的惯用语^②,说明当时立契时要进行“成交酒”的仪式。甚至在吐鲁番出土的高昌章和十年(541年)买田券中还有“沽各半”的文字。^③

东汉发明纸以后,书券随着人们书写工具的变化而逐渐变为使用纸张,竹木简的契券被淘汰。北朝颜之推《颜氏家训·勉学》引邺下民谚:“博士买驴,书券三纸,未见驴字。”可见当时北方也已普遍使用纸张做券。吐鲁番出土的两晋南北朝时期的契约文书中,尽管都是纸写的契约,但契约里却往往有“券破之后,各不得反悔”的惯语,或者把纸写的契券称之为“支”^④,表现了契券竹木简时代的遗风。秦汉时受“破券成约”习惯的影响,大多数契约都采用一式二份的复本契约形式,而到了普遍使用纸张书契的两晋南北朝,大多数契约开始采用由义务人立契、权利人收执的单本契形式。而借贷、租赁等仍然采用复本契券形式的契约,沿袭过去在竹木简上刻划记号的习惯,往往将两张契纸并拢骑缝划上几道记号、或骑缝写上“合同大吉”字样,便于将来合对证明确属原件。这种记号就称之为“合同”。唐宋以后法律仅规定凡典、当契约必须为“合同契”(详见后文),对于其他契约的形

① 《疏勒河流域出土汉简》,文物出版社1984年版,第43页“西汉神爵二年(前60年)节竟宽卖布袍券”;第78页“建始二年(前31年)张仲功卖单衣券”。

② 如上述两件书契都有这样的文字,另外在传世的、及出土的汉代买地券中也多有这样的文字。参见吴天颖:《汉代买地券考》,载《考古学报》1982年第2期。

③ 《吐鲁番出土文书》第六册,第74页。

④ 同上书第一册,第187页,“北凉承平八年(450年)买婢券”。

式则并无明确规定。明清时的商业交易一般都使用这种有骑缝记号的“合同文书”，简称为合同；而民间的契约绝大多数是单本的，即使是复本的典、当契约仍称“契”。

与契约的制作材料及人们的书写习惯相适应，古代的契约的签署方式也有很多变化。在竹木简契券时代，签署的方法是所谓“下手书”，唐人贾公彦疏解《周礼·地官·质人》的郑玄注“下手书”，认为下手书即“云刻其侧”，由双方当事人亲手在竹木简的侧面刻上记号。契券材料改为纸张后，签署的方法也相应变为由当事人“署名为信”，除了在契券后部签名外，更常见的是由双方当事人在契约提到自己名字的地方署名^①。而绝大多数不识字的普通百姓签署契约就采用“画指”的方式。所谓画指，就是由当事人在契约后部自己的名字下面亲手画上自己一节手指的长度，并点出指尖、指节的位置。或者仅仅画出指尖、指节的位置^②。从吐鲁番、敦煌出土的两晋南北朝隋唐及宋初的古代文书来看，当时官私文书普遍采用画指的方式签署。自唐代起，士大夫之间流行草书连笔署名，号为“花押”。这一风气逐渐普及到社会下层，宋代百姓在签署契约时，开始模仿士大夫的做法，在自己的名字后面画上一个符号，一般最为普通的就画一个十字，即“画押”。到了元明清时，官私文书都已普遍使用画押签署^③。而古代法律对于民间契约的签署方式并无统一的规定。所谓“遇笔则押，遇印则印，又何拘焉？”只是“人之交易不能亲书契字而令人代书者盖有之焉，至于着押，最关利害，岂容他人代书也哉！”^④ 这可以说是历代

① 如《吐鲁番出土文书》第一册，第189页“义熙五年(410年)道人弘度举锦契”，第191页“延昌廿二年(583年)康长受举麦契”。

② [日]仁井田陞：《中国法制史研究·取引法第三部·附载·画指文书》，东京大学出版会1980年版，第665页。

③ 明·郎瑛：《七修类稿》卷二五“押字”；清·赵翼：《陔余丛考》卷三三“花押”。

④ 《名公书判清明集》卷九《户婚门·违法交易》；卷五《户婚门·争业》。

官府的态度。宋元时民间涉及人身的文书,如买卖奴婢、入赘文书,则由当事人画指节,而婚书等还要打上掌印。明清时画指习俗已很少见,但涉及人身的文书依然要由当事人打上掌印,“民间卖买田产,只凭花押,离异等事,方有手摹(掌印),是手摹较花押为更重。”^①

对于书面契约的形式,古代法律仅规定买卖、出典田产房屋的契约必须经过官府加盖官印,其立约的程序、要件也都有明确的规定,对于其他的契约则没有什么具体的要求。从传世及出土的古代契约文书来看,同一时代的契约文书的格式相当统一,说明民间有着一些契约的样文、契式流传,影响着民间订立契约的程序及格式。而官府对此一般都予以默认。

古代成立契约的要件与现在并没有什么不同。比如都强调成立契约必须由双方合意。《左传·昭公十六年》记载,子产追述郑国先君郑桓公(?—前 771 年)与商人的盟誓:“尔无我叛,我无强贾。”即使诸侯也不能强买强卖。吐鲁番、敦煌出土的古代契约文书多有“二主先和后券”、“两和立券”、“两共对面平章”之类的惯语^②,唐朝《杂令》也规定凡买卖、借贷都必须“两情和同”^③。后代的法律也都有这样的条文。然而,“和同立契”并不意味着双方当事人的地位完全平等。现在可以看到的秦汉时期的契约里,当事人双方签署契约地位基本相同,而在吐鲁番、敦煌出土的唐宋契约中,双方当事人的地位已明显有所不同,买主、债主、地主等等居于主动地位的当事人在契约上都不画指。到了元明清时期,在契约上提到买主、典主、债主等当事人时,往往要换行顶格书写,甚至还要“避讳”,不明确书写他们的名字,只是

① 清·董沛:《汝东判语》卷二。

② 《吐鲁番出土文书》第一册,第 187、191 页;第二册,第 326 页;第三册,第 243 页;第四册,第 37、156 页;第五册,第 20、80 页;第六册,第 412、414 页;第七册,第 389、406 页等。《敦煌资料》第一册,第 298、300、312 页等。

③ 《宋刑统》卷二六《受寄财物辄费用门》引唐《杂令》。

书写“某宅”、“某府”或“某姓”，以示尊重。而且他们也不用签字画押，对方却必须连同子女、兄弟等亲属一一画押，还要在契约中作出种种担保，确保权利人实现权益。

在中国古代，契约的第三方附署人的地位比近代重要得多，几乎不存在没有第三人参加附署的契约。契约的第三方附署人主要是见证人，也称“时见”、“旁见”等。另外交易的中介活动在古代相当活跃，绝大多数交易都是在中介活动的促进下得以完成。汉代就已出现了专门从事这种中介活动的商人，号为“侏”，从事牲畜交易的中介商称“狙侏”，《史记·货殖列传》：“节狙侏，……亦比千乘之家。”注：“侏者，合会二家交易者也。”《后汉书·逢萌传》注：“侏，平会两家买卖之价。”唐代这种中介商被称为“牙人”、“牙郎”，据《类说》卷五六引宋刘攽《贡父诗话》：“刘道原（恕）云：今有人谓狙侏为牙，本谓之互郎，主互市事也。唐人书互相互，以互似牙，因转为牙。”如安禄山原为“互市牙郎”（《旧唐书·安禄山传》）。宋元明清时代官府发放“牙帖”指定官牙，专门负责交易的接洽议价，而民间的契约大多依靠中人接洽，所谓“买业不明，可问中人；娶妻不明，可问媒人”^①。在借贷及租佃、租赁契约中，中人往往又同时起到保人的作用，合称“中保”；在买卖等契约中，中人往往同时又是见证人，合称“中见”。在明清的法律里，中人对契约的合法性负责。中人所得的报酬称“中资”或“说合钱”，一般为契约标的的3%左右^②。契约附署人还有是替双方当事人起草、书写契约的书契人，或称“倩书人”。为了表示公平无欺，即使是双方当事人都能写字，也很少会亲自写契，一般都要找一位身份中立的、能为双方信任的书契人来起草、书写契约文本。书契人一般不承担契约

^① 《俗谚》中册，中国民间文艺出版社1983年版，153页。

^② [日]仁井田陞：《中国法制史研究·取引法·买卖法》，东京大学出版会1980年版，第701页。

是否违法的连带责任,他们收取的“笔资”一般为契价的2%左右。^①

二、买卖契约

买卖契约是中国古代最受重视的契约种类,法律有关契约的内容几乎有一大半都集中于买卖契约。值得注意的是,中国古代民间文书中的买卖往往并不是单指所有权的转移,即使是收益权的转移在习惯上也往往称之为“买卖”。但法律上仍然认定买卖只能是所有权的转移。

(一) 买卖行为的合法性

买卖行为的合法性是历代法律对于买卖契约的首要要求。首先就是禁止一切在买卖中的欺诈行为。按照《周礼》的说法,西周时官府对于民间买卖进行严密的控制,除了市场管理制度(详见后文)外,还强调商品的质量、价格等方面的诚实、合法性。《周礼·地官·贾师》对西周时专设管理物价的人称“贾师”,辨别物品质量,确定“恒贾”。以后的历代几乎都有类似的机构和法令。秦汉时官府每月公布“平贾”,又称“正贾”。云梦出土的秦简中可以看到,当一位士伍因自己的奴隶过于“骄悍”而要求将其卖给官府时,就要由市司评定价钱^②。东晋南朝时,法律专有“评价贵”罪名^③。《唐律疏议·杂律》对买卖行为的规定相当具体,如买卖的标的必须质量合格,“诸造器用之物及绢布之属,有行滥、短狭而卖者,各杖六十;得利计赃重者,计利准窃盗论。贩卖者,亦如之”。律疏解释:“行滥,谓器用之物不牢、不真;短狭,谓绢匹不充四十尺,布端不满五十尺,幅阔不充一尺八寸。”并规定

^① [日]仁井田陞:《中国法制史研究·取引法·买卖法》,东京大学出版会1980年版,第701页。

^② 《睡虎地秦墓竹简》,第259页。

^③ 《九朝律考·晋律考上》。

“行滥之物没官，短狭之物还主”。严格禁止欺行霸市，“诸买卖不和，而较固取者，及更出开闭、共限一价，若参市，而规自入者，杖八十”。律疏解释“较固”，是指“强执其市，不许外人买”；“更出开闭、共限一价”，是指“贩鬻之徒，共为奸计，自卖物者以贱为贵，买人物者以贵为贱，……共限一价，望使前人迷谬”。后代的立法依然有此项内容。

其次，不得盗卖他人的财产。至少在汉朝已有“盗卖”的罪名，如西汉武帝元狩五年（前 118 年），名将李广的弟弟李蔡因盗卖阳陵（汉景帝的园陵）三顷土地，身为丞相仍然下狱，结果自杀身死^①。后世历代都有盗卖罪名。《唐律疏议·户婚》“妄认公私田”条：“诸妄认公私田若盗贸卖者，一亩以下笞五十，五亩加一等，过杖一百，十亩加一等，罪止徒二年。”该条律疏引《田令》，盗卖与私行买卖田地一样，“财没不追，苗子及买地之财并入地主。”《大明律·户律·田宅》“盗卖田宅”条：“凡盗卖、换易及冒认、若虚钱实契典买及占侵他人田宅者，田一亩、屋一间以下笞五十，每田五亩、屋三间加一等，罪止杖八十、徒二年。……田产及盗卖过田价并递年所得花利，各还官、给主。”在汉唐时期的买地契中也往往有出卖方保证将来不会有人“呵盗认名”^②（声称盗卖要求确认所有权）的内容。

再次，当买卖活动日益频繁，又要禁止重叠买卖的欺诈行为。后周广顺二年（952 年）的敕条已规定禁止重叠买卖，“如违犯，应关连人并行科断，仍征还钱物”^③。南宋法律规定：“诸以己田宅重叠典卖者杖一百，牙保知情与同罪。”同时“钱主知情者钱没官，自首及不知情者理还，犯人偿不足，知情牙保均备（赔）”^④。《大明律·户律·田宅》“典买田宅”条：“若将已典卖与人田宅朦胧重复典卖者，以所得价

① 《史记》卷五四《李广传附弟李蔡》。

② 吴天颖：《汉代买地券考》，载《考古学报》1982 年第 2 期。

③ 《册府元龟》卷六一三《刑法部·定律令五》。

④ 《名公书判清明集》卷九《户婚门·违法交易》。

钱计赃准窃盗论。免刺。追价还主，田产从原典买主为业。若重复典买之人及牙保知情者，与犯人同罪，追价入官。”

（二）不动产买卖

古代法律最重视土地房屋的买卖行为，对此设定了严密的程序。这些程序大致上有如下几个方面：

1. 经官批准

在南北朝隋唐时期及元朝时，土地买卖必须先经过官府的批准。北朝隋唐时期实行均田制，原则上不允许土地的自由买卖。北魏均田令规定允许私人永久占有的桑田买卖要在限额之内，“盈者得卖其盈，不足者得买所不足，不得卖其分，亦不得买过所足”（《魏书·食货志》）。《唐律疏议·户婚》“卖口分田”条：“诸卖口分田者，一亩答十，二十亩加一等，罪止杖一百。地还本主，财没不追。”在法律所允许的诸如家贫为供丧葬，卖田充住宅、碾磴、邸店，从狭乡迁往宽乡等情况下，如要出卖土地，必须向官府申请文牒，唐《田令》：“田无文牒辄买卖者，财没不追，苗子及买地之财并入地主。”（《唐律疏议》卷一三《户婚》“妄认公私田”律疏引）在吐鲁番、敦煌出土的北朝隋唐文书中，可以看到这类申请文牒的文书。^①

元朝时为了防止土地房屋买卖的欺诈行为及为增加官府契税收入，于元贞元年（1295年）规定：“已后典卖田地，须要经诣所属司县给据，方许成交。”大德四年（1300年）又补充规定：“凡有诸人典卖田地，开具典卖情由，赴本管官司陈告，堪当得委是梯己民田，别无规避，已委正官监视，附写原告并堪当到情由，出给半印堪合公据，许令交易典卖。”（《元典章》卷一九《户部五·典卖》）福建晋江曾发现几件这样的公据。^② 明朝废除了这项制度。

^① 《吐鲁番出土文书》第六册，第257页“高昌左憧熹申请公验文书”。

^② 《历史研究》1957年第9期，第79页。

2. 先问亲邻

古代在进行土地房屋买卖时,亲戚、邻居往往具有先买权,这是民间很早就流行的习俗。所谓“卖田问邻,成券会邻,古法也”(《折狱龟鉴》卷六《核奸》)。公元9年,王莽改制实行“王田制”,规定每个男子占田不得超过一百亩,超过部分应分给“九族、邻里、乡党”(《汉书·食货志》)。北魏实行均田制,“诸远流配谪、无子孙及户绝者,墟宅桑榆尽为公田,以供授受。授受之次,给其所亲,未受之间,亦借其所亲”(《魏书·食货志》)。可见习惯上亲邻具有不动产的先买权,并且这种权利得到法律的默认。五代时为解决众多的土地买卖纠纷,正式制定土地房屋买卖必须先问亲邻的制度。后周广顺二年(952年)规定:“如有典、卖庄宅,准例房亲、邻人合得承当,若是亲邻不要及著价不尽,方得别处商量,和合交易。”^① 宋朝法典《宋刑统·户律·典卖指当论竞物业》规定:“应典、卖、倚当物业,先问房亲;房亲不要,次问四邻;四邻不要,他人并得交易。房亲著价不尽,亦任就得价高处交易。”北宋以后的敕条又曾明确规定四邻的顺序:“其邻以东、南为上,西、北次之,上邻不买,递问次邻。……二邻则以南为上,南北二邻则以东为上。”^② 几经变化后,至绍圣元年(1094年)规定只需问有亲之邻就可以了,“应问邻,止问本宗有服亲及墓田相去百步内与所断田宅接者,仍限日以节其迟。”^③ 这一制度一直沿用至南宋。不问亲邻就出卖者,亲邻在三年内有起诉请求赎回的权利。金元时期继承北宋初年制度,元至元六年(1269年)中书省户部札付太原路:“照得田例;诸典、卖田宅及已典就卖,先须立限,取问有服房亲(先亲后疏),次及邻人,次见典主。若不愿者,限三日批退;愿者,限五日批价。……违

^① 《册府元龟》卷六一三《刑法部·定律令五》。

^② 《宋会要辑稿·食货·市易》。

^③ 《文献通考》卷五《田制考》。

而成交者，听亲邻、典主百日内依原价收赎，限外不得争告。”^①元朝在以后还曾对这项制度加以修改，延长了批退、批价的时限，并以刑罚处罚违反者。

明朝废除了先问亲邻制度，但民间仍有此习惯。明代卖田、卖房的契式中都有“投请房族，无人承买”的惯语^②，直到晚清，民间依然有此习俗，如保存于四川新都县衙档案的196件晚清地契中，有163件地契写有“先尽房亲，无人承买”^③。

3. 税契印契

契税起于东晋南朝，《隋书·食货志》载：“晋自过江，凡货卖奴婢、马牛、田宅有文券，率钱一万，输估四百入官，卖者三百，买者一百。无文券者，随物所堪，亦百分收四，名为散估。历宋、齐、梁、陈，如此以为常。”这种估税在隋朝时被取消。但到唐末五代时又恢复，但只限于田房交易，并为防止交易作弊，规定凡田房交易的契约都必须经由官府审查，加盖官印。后唐天成四年：“京城人买卖庄宅，官中印契，每贯文抽税契钱二十文。”^④后周广顺二年又规定：“印税之时，于税务内纳契日一本，务司点检，须有官牙人、邻人押署处，及委不是重叠倚当钱物，方得与印。”^⑤从此税契及印契成为土地房屋买卖的法定程序。宋朝开宝二年（969年）“始收民印契钱，令民典买田宅，输钱印契，税契限两月”（《文献通考》卷一九《征榷考六·牙契钱》）。宋朝还规定凡民间的土地房屋交易都必须使用官府印制的契纸。不买官契纸、不纳契税要倍罚契税，而到南宋时，就加重到将所买卖的标的财

① 《元典章》卷一九《户部·典卖》。

② 《释义经书士民便通考杂字》，转引自《明代社会经济史料选编》下册，第44—45页。

③ 据《清代档案地契史料》统计。

④ 《册府元龟》卷五〇四《邦计部·关市》。

⑤ 同上书卷六一三《刑法部·定律令五》。

产一半赏给告发者、一半没收入官。凡官府印制的并加盖了官印的契约称之为“赤契”、“红契”，为不动产最过硬的证书。没有赤契就容易丧失所有权。如北宋末年宦官杨戩擅权，推行所谓“公田法”，“具取民间田契根磨”，只要“无契可证”，就指为官田（《文献通考》卷七《田赋考七》）。南宋时“奸民密知人有产无契、若有契无印、若界至不明，辄诈作逃绝乞佃”^①。不过对契约的证明作用并非印契制度的主要目的，官府的着眼点在于增加财政收入。由于征收契税的同时还要征收官牙钱，所以又称“牙契钱”。北宋初年契税的税率为2%，但很快提高到4%、6%，到南宋时竟然高达10%以上。^②

元朝入主中原，将税契、印契及使用官印契本的范围扩大到人口、马牛、船舶的买卖行为，“诸人典买田宅、人口、头匹、舟船物业，应立契据者，验立契上实值价钱，依例收办正税外，将本用印关防。”^③契税税率先为2%，后提高到三十分之一。明朝则将契税依然限定于不动产的交易，税率确定为2%。清朝入关把税率定为3%。明清时印契的公证性质更为淡薄，只是由买方在契约成立之后的某个期限以内（宋朝时为两个月，而明朝规定在每十年一次的大造黄册时，清又定为一个月）自行携契至当地官府缴纳契税即可。官府在民间私契之后粘连“契尾”（纳税凭证），骑缝盖上官印，即成“红契”。

4. 过割税赋

自唐朝“两税法”改革后，官府强调土地所负担的税赋必须随买卖行为而转移，唐宣宗大中四年（850年）制：“青苗两税，本系田土；地既属人，税合随去。……自今已后，敕州县切加觉察，如有此色，须议痛惩。”（《唐会要》卷八八《租税》）宋朝法律规定：“人户典卖田宅，

① 宋·陈襄：《州县提纲》卷二。

② 《文献通考》卷一九《征榷考六·牙契钱》及宋·俞文豹：《吹剑录·四录》“牙契钱”。

③ 《元典章》卷二二《户部八·契本》。

准条具帐开析顷亩、田色、间架、元(原)业税租、免役钱数,均平取推,收状入案,当日于簿内对注开收讫,方许印契。”如有违反,田宅产业“给半還元(原)业人,其价钱不追,余一半入官”^①。金朝土地买卖无禁,“但令随地输租而已”(《金史·食货志》)。

元朝开始把买卖土地不过割税赋的行为视为犯罪,处以刑罚,“犯人断五十七下,于买主名下验原买地价钱追缴一半没官,于内一半付告人充赏”(《元史·刑法志》)。明清律进一步加重处罚:“不过割者,一亩至五亩笞四十,每五亩加一等,罪止杖一百。其田入官。”

除了上述的四个程序外,在宋朝时还曾强调土地买卖契约成立后卖方必须“离业”,即卖方必须转移占有的土地,自己不得充当买方的佃户,依然耕种原地,向买方交租。北宋皇祐年间(1049—1053)规定:“凡典卖田宅,听其离业,毋就租以充客户。”(《宋史·食货志》)南宋时这一法律依然被强调,“在法:应交易田业并要离业,虽割零典卖亦不得自佃赁。”^②然而在元明清时期,法律对此不再有明确的规定,实际上民间出卖土地后即成为买方佃户依旧耕种原田土的情况比比皆是。

(三) 动产买卖

宋以前各代对于民间动产买卖的场所有着严格的控制。买卖行为只能在官府管理的封闭式的“市”内进行。据《周礼·地官司徒》的有关内容,西周时的“市”设有司市、贾师、司隸等等官员,开市的时间、商品的摆放、商品的质量、交易的价格等等都有严格的制度。从云梦出土的秦简来看,秦时“市”的制度依然相当严密,如《金布律》规定,凡价值一钱以上的商品都必须公开标价,布匹的长度、门幅必须

^① 《宋会要辑稿·食货·民产杂录》。

^② 《名公书判清明集》卷四《争业上》。

符合标准^①。现存史料中这种封闭式市制最为典型的是唐朝的制度。唐代的法律规定：“诸非州县之所，不得置市。其市，当以午时击鼓二百下，而众大会；日入前七刻，击钲三百下，散。”^②市的管理机构为市司，每月按旬公布物价标准，分为上、中、下三等，称“旬估”。市司还要维持市场的秩序，检查市内商品的质量，每年校正市内使用的度量衡具，私人的度量衡具要经市司加盖官印才能够在市内使用。对于买卖契约的规定，据《唐律疏议·杂律》，凡买卖奴婢、马牛之类的大动物，必须在买卖行为后的三天内在市司的监督下订立“市券”，违者卖方笞二十、买方笞三十。在此三天之内，如发现买卖的标的有“旧病”者，可以悔约。从吐鲁番出土的唐代买卖契约文书中也可以看到，当时民间也确实有这样的习惯^③。

自宋朝以后，封闭式的市制被打破，对于动产买卖的诸多限制也随之逐步废除，至明清时，动产买卖已无严格的制度，只须私人立契即可。

三、借贷契约

借贷契约也是中国古代最受重视的契约种类之一，历代法律对此有相当多的条文。据《周礼》的说法，早在西周时期，就已经有了完整的借贷契约的制度，在地官司徒之下专门设有“司约”、“司盟”之类的官员，负责保管诸侯、贵族之间的契约及盟约，又有“司誓”，负责监督立约人的盟誓。并且还提到各种借贷契约，如“贷”、“傅别”、“取

① 《睡虎地秦墓竹简》，第56、57页。

② 《唐会要》卷八六。

③ 《吐鲁番出土文书》第七册，第389页，唐咸宁四年（673年）西州前庭府杜某买驼契中有：“待保未集，且立私契；保人集，别市契。”及“叁日不食水草，得还本主。”又同书第410页，龙朔元年（661年）高昌县左憧熹买奴券，也有“叁日得悔”字句。

予”、“属责”等等,但其细节则语焉不详。

后世法律对于借贷契约的形式仅强调必须是书面的,对于成立契约的程序、契约应具有的要件等则没有明确的规定。立法的注意力集中于有关债的担保方式、利息的限制、违契不偿的法律责任三个方面。

(一) 债的担保方式

在世界古代文明的早期阶段,民事债务大多是以债务人的人身来进行担保的,债务人往往要向债权人提供人质,如果不能按期偿还,人质就沦为债权人的奴隶;或者是不能清偿的债务人沦为债权人的奴隶^①。中国古代可能也是采用这种方法,春秋战国时期各国之间的盟约普遍都要提供人质,也许就是当时民间以人质担保债务习俗的反映。西汉时淮南地区有“赘子”习俗,债务人将自己的子女交给债权人,作为人质,如果在三年内不能清偿债务,人质就沦为债权人的奴隶^②。唐朝时,韩愈为袁州(今江西萍乡及新余以西的袁水流域)刺史、柳宗元为柳州刺史,都曾下令废除当地民间以子女为人质借钱的习俗。^③

然而就法律而言,中国早在秦朝就已明确禁止以人质为债务担保。云梦出土的秦简“法律答问”中有:“百姓有责,勿敢擅强质,擅强质及和受质者,皆贲二甲。廷行事:强质人者论,鼠(予)者不论;和受质者,鼠(予)者□论。”^④ 双方合意提供人质的都要受罚。《唐律疏议·杂律》专设“以良人为奴婢质债”条,规定以良人为奴婢质债的,

① 公元前十八世纪的古代两河流域《汉穆拉比法典》第116条,允许以债务人的家属为人质;第117条,不能清偿的债务人为债权人奴隶,奴役期为三年(转引自林榕年,《外国法制史》,第16页)。古罗马《十二表法》规定债权人可将不能清偿的债务人出卖或杀死(周枏,《罗马法》,第365页)。

② 《汉书》卷六四《严助传》如淳注。

③ 《旧唐书》卷一六〇《韩愈柳宗元传》。

④ 《睡虎地秦墓竹简》,第214页。

按良人自相出卖罪减三等(徒二年)。宋朝法律规定:“诸以债负质当人口(虚立人力、女使雇契同),杖一百。人放还,债不追。”^①明清律中也有类似规定。宋朝以前,法律允许的债务担保方式主要有:动产质押(详见后文),设定抵押(详见后文),扣押债务人财产,劳役抵偿,保人代还。

扣押债务人的财产在古代称之为“牵掣”,就这两个字的字义来看,显然扣押的应该是债务人的动产。《唐律疏议·杂律》“负债强牵财物”条律疏“公私债负违契不偿,应牵掣者,皆告官司听断。若不告官司而强牵掣财物若奴婢、畜产过本契者,坐赃论。”可见牵掣的前提是经由官府裁判,牵掣的财产只能相当于债务的原本。强行牵掣债务人财产超过原本的就构成犯罪。在出土的唐代借贷契约文书中一般都有“听掣家资财物,平为钱直(值)”的惯语。^②

以债务人劳役抵偿债务,实际上是以人身为债务担保的古老习俗的遗风,在唐代称之为“役身折酬”。云梦出土的秦简《司空律》规定:凡“有责于公”、欠下官府债务者,如无法清偿,就要为官府服役,每劳役一天,抵偿八钱债务,如果是由官府提供饭食的,每日只算六钱。债务人也可以出奴婢、牛马或请他人代役,但手工业工匠、商贾不准他人代役。劳役抵债人在每年的农忙季节可以回家二十天^③。汉朝法律也允许劳役抵债,王充《论衡·量知》中提到:“贫人负官重责,贫无以偿,则身为官作,责乃毕竟。”唐《杂令》规定债务人不能清偿债务,经过牵掣后“家资尽者,役身折酬,役通取户内男口。”^④只能以男性劳役抵偿债务。

① 《庆元条法事类》卷八〇《杂门·出举债负》。

② 《吐鲁番出土文书》第六册,第404、412、422页;第七册,第526、430页;《敦煌资料》第一辑,第466页。

③ 《睡虎地秦墓竹简》,第88页。

④ 《宋刑统》卷二六《杂律·受寄财物辄费用门》引唐《杂令》。

保人代偿是指由保证人负担连带债务。上引唐《杂令》又有：“负债者逃，保人代偿。”然而值得注意的是，从出土的唐代契约文书来看，当时在契约上副署的保人大多是债务人的亲属，而且借贷契约中几乎都有债务人表示“如身东西不在，一仰妻儿收后者偿”的惯语^①，所谓“身东西”当是死亡的隐语。所以唐朝的“保人代偿”可能只是“父债子还”的一种说法。

虽然《宋刑统》沿袭了《唐律疏议》的有关内容，但宋朝的立法强调的是借贷债务的保人责任。王安石变法时推行“青苗法”，由官府放贷低息农贷资金，规定百姓要有三人为保人才可以举借青苗钱。南宋《庆元条法事类·杂门》“出举债负”条引南宋《庆元令》：“诸负债违契不偿，官为理索。欠者逃亡，保人代偿。”可见到南宋时，牵掣及役身折酬的债务担保方式都已不再得到法律的承认，保人代偿已成为主要的债务担保方式。金朝、元朝入主中原，依然沿袭这一原则，“若欠户全逃，保人自用代偿”^②。元朝民间的借贷契约文书“借钱批式”：

某里某都住人某，今托得某人作保，就某都人、宅揭（借）得铜钱若干贯文，归家应急用度。约在某月内，备本息一并归还，不敢少欠。如有东西，且保人甘伏代还无词。今恐无凭，立此为照者。

借钱人姓某押批 保人姓某押批

元明清各代法律基本都沿用了这样的原则，民间的借贷契约文书也基本采用这种“保人代偿”的债务担保方式。

（二）对于借贷利息的限制

至少在汉朝的法律中已有对于借贷利息的明确限制。《汉书·王

^① 《吐鲁番出土文书》，第六册，第414、430页；第七册，第453、526页；第八册，第287页等。

^② 《事林广记·第一》引元至元《杂令》，一般认为《至元令》实即金《泰和令》，参见[日]仁井田陞：《唐令拾遗·序论·唐后令》。

子侯表》载汉武帝元鼎元年(前 116 年)河间献王子、旁光侯刘殷“坐贷子钱不占租,取息过律,会赦,免”。又成帝建始元年(公元前 31 年),梁敬王子、陵乡侯刘诩“贷谷息过律,免”。但其具体制度据现有史料尚难以判明。北魏时法律规定禁止“收利过本及翻改初券”,如有这样的情况,“依律免之,毋复征责”(《魏书·释老志》)。

唐律令确立了法律不保护计息债权的原则,唐《杂令》:“诸公私以财物出举者,任依私契,官不为理。”“诸以粟麦出举、还为粟麦者,任依私契,官不为理。”^①出举即计息的债务,这类债权只凭私人契约确定,其强制力只能依靠权利人的自力,官府并不受理债权人提起的要求实现债权的诉讼。又《唐律疏议·杂律》“负债违契不偿”条律疏:“负债者,谓非出举之物,依令合理者;或欠负公私财物,乃违约乖期不偿者。”可见官府所受理的只是不计息债务的诉讼,保护的是不计息的债务,所追究的违契不偿的责任也只限于不计息的债务。

根据这一原则,唐律令主要从利率及利息总额两个方面对借贷利息进行限制。唐《杂令》规定出举债务的利息“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”;出举粟麦粮食的债务“仍以一年为断,不得因旧本更令生利,又不得回利为本”。限制利率为月利 6%(合年利 72%),利息累计总额不得超过原本,不得计算复利,粟麦计息债务只能在年内结算。在唐中后期的敕格中,进一步降低了限制利率,据《宋刑统·杂律·受寄财物辄费用门》所载,唐文宗开成二年(837 年)敕规定私人出举“不得五分以上生利”,则月利限制在 5% 以下;又有不知何年的唐户部格敕规定,“天下私举质,宜四分收利,官本五分收利”,则提供财产质押私人计息债务的限制月利为 4%。

宋朝的法律基本继承了唐律令的精神。《庆元条法事类·杂门·

^① 《宋刑统》卷二六《杂律·受寄财物辄费用门》引唐《杂令》。

出举债负》引南宋庆元《关市令》：“诸以财物出举者，每月取利不得过四厘；^①积日虽多，不得过一倍。”对于米谷借贷又规定：“元（原）借米谷者止还本色，每岁取利不得过五分（注：谓每斗不得过五升之类），仍不得准折价钱。”

金元时的法律进一步降低了限制利率，“诸以财物出举者，每月取利，不得过三分，积日虽多，不得过一倍，亦不得回利为本及立倍契。”^②但在元朝初年，这一法律并未发生作用，享有特权的西域商人以复利方式计息放贷，年利高达100%，“官民贷回鹘金，岁加倍”，号为“羊羔儿息”。“州郡长吏多借贾人银以偿官，息累数倍，曰羊羔儿利，至奴其妻子犹不足偿。”元初重臣耶律楚材向元太宗窝阔台汗建议“令本利相俸而止，永为定制。民间所负者，官为代偿之”，得到了批准（《元史·耶律楚材传》）。元世祖忽必烈在位期间，多次申明这项法律，如至元三年（1266年）“钦奉圣旨：债负止还一本一利，虽有倒换文契，并不准使，并不得将欠债人等强行扯拽头匹、折准财产。如违治罪”（《通制条格·杂令·违例取息》）。至元六年（1269年）又因重臣刘秉忠的建议，重申“一本一利”，并规定“还过元（原）本者，并行赦免”（《元史·刘秉忠传》）。至元十九年（1282年）再次加重对于违法取息行为的处罚：“许诸人陈告，取问是实，即将多取利息追还借钱之人，本利没官，更将犯人严行断罪。”（《通制条格·杂令·违例取息》）

明清沿袭了元朝的制度，《大明律·户律·钱债》“违禁取利”条：“凡私放钱债及典当财物，每月取利并不得过三分，年月虽多，不过一

① 古代民间习惯在表示利率时以分为1%，与平时一般意义上以分表示十分之一的用法不同。而宋朝《名例敕》规定：“诸称分者，以十分为率，称厘者，以一分为十厘。”（《宋刑统》卷二十六《杂律·受寄财物辄费用门》引）故宋朝的法律言及利率均以分为十分之一，以厘为1%。但宋代民间表示利率时一般依然按习惯用法。其余各代法律都按民间惯例以分为1%表示利率。

② 《事林广记·第一》引元至元《杂令》。

本一利,违者笞四十。以余利计赃重者,坐赃论,罪止杖一百。”清律沿袭该条条文,并在律文之后附注:“如借银一两,按每月三分取利,积至三十三个月以外,则利钱已满一两,与本相等,是谓一本一利,虽年月之多,不得复照三分算利,即五年十年,亦止一本一息。此债当取利之限制也。”这一制度一直沿用至清朝灭亡。

(三) 违契不偿的法律责任

在秦汉时代,违契不偿已被视为是犯罪行为。《汉书·高惠高后文功臣表》载西汉文帝三年(前177年)河阳侯陈信“坐不偿人债过六月,免”。《唐律疏议·杂律》专设“负债违契不偿”的罪名,债务额“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(赔)偿”。但必须注意此处的“负债”是指无息的借贷,并不是所有的借贷债务都构成这一罪名。律疏所谓:“负债者,谓非出举之物,依令合理者。”而唐《杂令》又规定私人借贷债务“任依私契,官不为理”,但“若违法积利、契外掣夺、及非出息之债者,官为理”。另一条《杂令》令文又规定:“诸出举两情和同,私契取利过正条者,任人纠告,本及利物并入纠人。”^①可见计息的债务违契不偿,官府不会追究其责任,相反如果债权人违法行为,就会被追究罪责。唐朝法律的这一原则在宋朝依然存在,《宋刑统》有关的内容即《唐律疏议》的原文,对于违契不偿行为的处罚一如唐律,而对于债权人的违法行为的处罚比唐律为重,《庆元条法事类·杂门·出举债负》:“诸以财物出举而回利为本者,杖六十。以威势殴缚取索,加故杀罪三等。”^②

元明清时对于计息债务违契不偿也予以惩治,如《大明律·户

^① 《宋刑统》卷二六《杂律·受寄财物辄费用门》引唐《杂令》。

^② 按:故杀为死罪,无加重之法,此处当为“加斗殴三等”之误。《宋刑统·斗殴律》:“诸以威力制缚人者,各以斗殴论,因而殴伤者,各加斗殴伤二等。”

律·钱债》“违禁取利”条规定：“其负欠私债，违约不还者，五贯以上，违三月笞一十，每一月加一等，罪止笞四十；五十贯以上，违三月笞二十，每一月加一等，罪止笞五十；二百五十贯以上，违三月笞三十，每一月加一等，罪止杖六十。并追本利给主。”

四、寄存契约

寄存行为是起源很早的民事行为，至隋唐时期寄存委托保管的行业已是相当兴盛，专营保管寄存外地客商货物的有“邸舍”，保管寄存之外又兼营批发的有“邸店”，《唐律疏议·名例》律疏：“邸店者，居物之处为邸，沽卖之处为店”。另外“寄附铺”也是经营寄存业务的，寄存保管现钱的则称为“柜坊”。

现存最早的关于寄存的法律可见于《唐律疏议·杂律》的“受寄财物辄费用”条：“诸受寄财物而辄费用者，坐赃论减一等；诈言死失者，以诈欺取财论减一等。”律疏解释坐赃论减一等即赃一尺笞十，一匹加一等，罪止徒二年半；诈欺取财论减一等即赃一尺笞五十，一匹加一等，罪止徒三年。这条法律只是刑事方面的处分，律疏又设问答，对此做了扩大解释。“问曰：受人寄付财物，实死失，合偿以否？”“答曰：下条云，亡失官私器物，各备（赔）偿，被强盗者不偿。即失非强盗，仍合偿之。以理死者，不合备（赔）偿；非理死者，准《厩牧令》，合偿减价。”然而这些法律都没有涉及寄存物的孳息归属问题，也没有关于寄存费用的规定。按照唐律关于坐赃致罪的规定，孳息物都算是“正赃”，《唐律疏议·名例》律疏：“生产蕃息者，谓婢生子、马生驹之类。”但“若是兴生出举而得利润，皆用后人之功，本无财主之力，既非孳生之物，不同蕃息之限，所得利物，合入后人”。据此推断，则凡寄存于柜坊等营利机构的财物经贸易出举经营的利润就不算是孳息，不用归还本主，大大有利于这些行业的经营者。唐代笔记《朝野僉载》记有一

个著名的寄存纠纷案例：卫州新乡县人王敬戍边，将自己的六头母牛寄存于舅舅李璘家，五年后，母牛共产犊三十头。王敬回乡，李璘只归还四头老牛，说另外两头已病死。王敬就此起诉。县令裴子云下令以盗牛罪逮捕李璘，并将王敬蒙上头带到庭上装扮为指扳李璘的盗贼。李璘辩解称冤，说三十头牛是外甥寄养的母牛所产，裴子云拉去王敬头上的蒙布，说：“即当还牛，更欲何言？”并又判决：“五年养牛辛苦，与牛五头。余并还敬。”

宋元明清时期的法律对于寄存契约的规定依旧和唐律一样留有很多的漏洞，表现着“任依私契”的特点。《宋刑统》沿袭唐律的规定。《大明律·户律·钱债》“费用受寄财产”条：“凡受寄人财物、畜产而辄费用者，坐赃论减一等；诈言死失者准窃盗论减一等；追物还主。其被水火盗贼费失及畜产病死有显迹者勿论。”清朝沿袭，毫无增补。

五、租佃契约

除了上述的买卖、借贷、寄存契约之外，其他的契约在中国古代都是“任依私契，官不为理”。契约的强制力主要依靠当事人的自力及民间的习惯，法律几乎没有任何明确的规定。其中最为普及、最为重要的是租佃契约。

租佃契约即耕地租赁契约。佃字的本意为耕种，《史记·苏秦传》：“（燕）北有枣栗之利，民虽不佃作而足于枣栗矣。”《汉书·韩安国传》注：“佃，治田也。”无地的农民被迫租种地主的土地，缴纳地租，是由来已久的现象。《汉书·食货志》载董仲舒之言：“或耕豪民之田，见税十五”。可见至少在西汉时，地租已高达耕地收获量的50%。秦汉及三国两晋南北朝时期，租佃行为并非单纯的契约行为，佃农租佃地主土地往往附带有身身的依附性质，往往失去自己的人身自由（详见上节）。

就租佃契约的内容而言,根据出土的古代契约文书看,至少在南北朝隋唐时期,地租的形式已相当多样化,契约的名称有的称“租”,有的称“夏”,既有实物分成地租,也有实物定租及货币地租。佃种人要向地主保证按时交租,“若延引不偿,得扣家资,平为麦值”。佃种人的家属负有担保责任,“若身东西无,一仰妻儿及收后者偿”。佃种人要保证地租的质量,“使净好,若不净好,听向风常取(由地主自行扬谷)”。佃种人还要负责耕地的水利设施,“租(指官府的税收)输百役,仰田主了;渠破水滴,仰耕田人了”。这些都是唐代的租佃契约中常见的惯语。^①

宋代佃户的地位有所上升,北宋天圣五年(1027年)公布“易佃法”,规定“自今后客户(指佃户)起移,更不取主人凭由,须每田收田毕日,商量去住,各取稳便。即不得非时衷私起移。如是主人非理拦占,许经县论详”^②。佃户的人身依附关系减弱。至元朝时,租佃关系已是比较单纯的契约关系。元《新编事文类聚启割青钱·杂题·交易契书》载“佃田文字式”:

某里某都住人姓某,今托得某人作保,就某里某人、宅,承佃得晚田若干段,坐落土名某处,计几亩。前去耕作,管得不致抛荒,逐年到冬实租白米若干,挑赴某处仓所交纳,不致少欠。如有此式,且保人甘当代还无词,今立佃榜为用者。

年月日 佃人姓某押文字 保人姓某押

与唐朝时相比,当时的租佃契约已基本排除了人身的担保关系。其格式及基本的契约要件一直到明清时依然没有本质上的变化。

^① 可见《吐鲁番出土文书》第二册,第326页;第三册,第177页;第四册,第142页;第五册,第18、20、240页等。

^② 《宋会要辑稿·食货·农田杂录》。

六、损害赔偿

中国古代没有真正意义上的损害赔偿之债,侵损财产及人身的行为都被认定为犯罪,使用刑罚处罚,至多只是附带一些具有赔偿性质的处罚而已。

(一) 侵损财产行为的损害赔偿

云梦出土的秦简“法律答问”部分有两条涉及损害赔偿内容。一条是杀死闯入自己家中的小牲畜,小牲畜价值二百五十钱,上级认为应该处以“货二甲”的财产刑。另一条是身高不足六尺的少年,因被人弄断了马的缰绳,马食他人庄稼一石,上级认为无须处罚,只要赔偿庄稼就可以了。从这两条来看,似乎凡处刑罚的就无须赔偿,而不处刑罚就要赔偿(秦律规定身高在六尺以下者不受刑罚)。《史记·陈涉世家》载当时的民谣:“牵牛经之田,田主夺之牛。经则有罪矣,夺之牛,不亦甚乎?”可见至少在秦汉时,民间已普遍认为踏坏他人田产的行为是“罪”,是需要刑法处罚的,田主自行夺牛是“甚”。

根据《唐律疏议》进行分析,其对于侵损他人财产行为的处理原则主要有如下几个方面。

首先,凡是行为人主观上有故意的,都要作为犯罪行为处理,在处以刑罚的同时,还要处以作为附加刑性质的强迫赔偿。如凡强盗、窃盗罪,都要按赃“倍备(赔)”^①。所谓倍备,就是“盗一尺,征二尺”。弃毁他人财物、毁伐他人树木庄稼者“准盗论”,“各备偿”。故决堤防或故意放火,徒三年,损败财物的,“故犯者,征偿”,赃重者准盗论。

^① 《唐律疏议·名例》规定:“盗者,倍备”,但又规定:“死及配流勿征”。律疏解释:“因赃断死及以赃配流,得罪既重,多破家业,赃已费用,矜其流、死,其赃不征。”由于强盗赃一尺以上已是流刑,因此一般而言强盗赃已无须赔偿,只须归还原正赃(原物及其孳息)即可。

其次,凡行为人在主观上并无故意的,则分别处理,有的不受刑罚只须赔偿即可,“偿而不坐”;有的则要受刑罚而无须赔偿,“坐而不偿”。如因过失错误而弃毁、亡失他人财物,据《杂律》律疏,“若误毁、失私物,依下条例,偿而不坐”,不算犯罪,具有比较单纯的损害赔偿性质。又如《厩库》误杀伤官私马牛,“其误杀伤者,不坐,但偿其减价(详见后文)”,律疏解释:“误杀伤者,谓目所不见、心所不意,或非系放畜产之所而误伤杀,或欲杀猛兽而杀伤畜产者,不坐,但偿其减价。”而因失火、不修堤防导致水灾损害,要处以刑罚,但按《杂律》“诸水火有所损败,故犯者,征偿;误失者,不偿”。律疏解释,“其称‘失火’之处及‘不修堤防而致损害’之类,各不偿。”

再次,即使允许进行赔偿的,也强调局限于赔偿直接损失。《杂律》“坐赃致罪”条律疏解释“因事受财”,称“假如被人侵损,备偿之外,因而受财之类,两和取与,于法并违”,“取者”和“与者”都要按坐赃罪处罚。可见赔偿数额超过了官方认定的备偿额就作为犯罪处罚。唐律中凡要进行赔偿的都明确是赔偿“减价”,即以受损害的财物原价值减去残留部分价值后的余数。比如《厩库》“杀伤官私马牛”条的律疏解释“减价”:“减价,谓畜产直(值)绢十匹,杀讫,唯直绢两匹,即减八匹价;或伤止直九匹,是减一匹价。杀减八匹偿八匹,伤减一匹偿一匹之类。”其减价的计算极其细致,如“官私畜产毁食官私之物”条律疏举例:“假有一牛,直上绢五匹,毁食人物平直上绢两匹;其物主登时伤杀,死牛出卖直绢三匹,计减二匹;牛主偿所损食绢二匹,物主酬所减牛价绢亦二匹。”

唐律的这些原则基本为以后各代沿袭。

(二) 侵损人身行为的损害赔偿

上文已经提到,侵损人身的行为在古代一律作为犯罪行为处理,即使从近代民法的观点来看,加害人并无任何主观上的故意及过失,依然要判处刑罚,虽然在处刑时可以转换为赎刑,但顶替刑罚的钱财

只在很少的情况下能够交付给受害人。

至少就可以看到的史料而言,还找不到秦汉时期侵权人身行为的赔偿方法。从《唐律疏议》来看,具有一定损害赔偿性质的只有《杂律》中的两条:一条是因“公私要速”(律疏解释:“公谓公事要速及乘邮驿、并奉敕使之辈;私谓吉凶、疾病之类须求医药并急迫人而走车马者”)在城内走车马时,因马匹惊骇“力不能制”而杀伤人者,减过失杀伤两等处刑,“听赎,其铜各入被伤杀家”;另一条是在市场等人群拥挤场所因误惊而在扰乱中杀伤人,“从过失法收赎,铜入被伤杀之家”。在伤害及诬告罪的罪犯因种种原因得以免除刑罚,可以赎代刑的情况下,据唐《狱官令》:“诸伤损于人及诬告得罪,其人应合赎者,铜入被告及伤损之家。即两人相犯俱得罪及同居相犯者,铜入官。”^①这种抵偿刑罚的铜也具有赔偿的性质。由于其他的赎刑都没有铜入被害人之家的说法,可见这几条具有一定的损害赔偿的意义。然而其数额与被伤杀的损害程度并没有直接的联系,严格意义上而言,依然只是顶替刑罚的方法,也没有附带民事诉讼请求赔偿的规定。这可能是秦汉至唐宋时期的立法传统。

上述的传统至元朝时期发生了很大的变化。根据《元史·刑法志》所载的元朝法律条文进行分析,可以发现凡人身伤害罪名,除规定有刑罚之外,几乎都规定了必须附带赔偿。如《斗殴》门有专条规定:“诸以他物(指兵刃之类武器以外的物体)伤人致成废疾者,”都在处刑之外征“中统钞一十锭付被伤人充养济之资”。一般以兵刃武器致人笃疾者,都要在处刑外“征中统钞二十锭充养贍之资”。而如果是在无意之中徒手误伤他人的,就可以不必处刑,只需征“医药之资”即可,具有较为单纯的损害赔偿的性质。另外在《杀伤》、《盗贼》门中,凡杀人罪,罪犯处死外,还要向其家属征“烧埋银”给“苦主”(被害人家

^① 此条据[日]仁井田陞:《唐令拾遗》所复原之条文,第726页。

属)。即使“诸杀人者死,仍于家属征烧埋银”。其数额一般为白银五十两,“无银者征中统钞一十锭(就理论上而言,每白银五十两合中统钞一十锭)。会赦免罪者,倍之”。另外在《杀伤》门中,也可以看到有些杀伤罪名不处刑罚、仅处“烧埋银”,具有相当程度的损害赔偿性质。如子复父仇,“不坐,仍于杀父者之家征烧埋银五十两”;蒙古人乘醉毆死汉人,“断罚出征,全征烧埋银”;昏暮之中两家之子奔跑相撞致死,“不坐,仍征钞五十两给苦主”;十五岁以下的少儿过失杀人,“免罪,征烧埋银”;军士习箭不慎射死平民,“不坐,仍征烧埋银”;放牧骆驼,骆驼咬死行人,“牧人笞一十七,以骆驼给苦主”;官府的驿马在野地咬死行人,“以其马给苦主”;等等。而且在立法上也存在着将烧埋银及赔偿作为债务的倾向,如《盗贼》门规定:“诸盗贼应征正赃及烧埋银,贫无以备(赔),令其折庸。凡折庸,视各处庸价而会之。庸满发元(原)籍充景迹人。妇人日准男子工价三分之二。官钱役于旁近之处,私钱役于事主之家。”这种“役身折酬”的债务担保方式在一般的民事债务中是不被认可的,仅限于人身伤害方面的赔偿。

元朝对于传统法律的这种修改,很可能是受到蒙古族等游牧民族习惯的影响^①。而以后的明清两朝都继承了由元朝的这些原则。明清律中凡人身伤害的罪名都附带赔偿。如《大明律·刑律·人命》“杀一家三口非死罪及肢解人”、“采生折割人”,犯人都凌迟处死,“财产断付死者之家”。其他的杀人罪一律在处刑之外征烧埋银十两。另据《大明令·刑令》:“应该偿命罪囚,遇蒙赦宥,俱追银二十两,给付被杀家属。如十分贫难者,量追一半。”《大明律·刑律·斗殴》规定,凡故意伤害他人造成被害人笃疾,犯人要处以流刑,“仍将犯人财产一半,断付被伤笃疾之人养贍”。此外祖父母、父母非理毆伤子、孙媳妇及养子致残疾,除处刑外,“子孙之妇追还嫁妆,仍给养贍银十两。乞

^① [日]仁井田陞:《中国法制史》,岩波书店1963年增订版,第163页。

养子孙拨付合得财产养贍”。《诉讼》门规定,诬告者除反坐所告罪名外,如因诬告致使被诬告之人配役、典卖田宅,必须赔偿用过的路费及取赎田宅;致使被诬告之家有人死亡的,“将犯人财产一半断付被诬之人”。

明清律中的过失杀伤罪名的处理已具有更为明显的损害赔偿性质。《大明律·刑律·斗殴》对于过失的定义为:“谓耳目所不及,思虑所不到。……凡犯无害人之意而偶致杀伤人者”,据此“过失杀伤人者,各准斗杀伤罪,依律收赎,给付其家,以为营葬及医药之费”。其立法的重点已从对犯人的处罚转到弥补受害人损失的方面。

然而明清时法律所确定的过失杀伤行为损害赔偿依然以赎刑的面貌出现,其数额与损害的程度并无任何的比例关系。而且杀伤罪所附带的赔偿又以简单的“全部家产”或“财产一半”的方法来确定数额,表现出简单实用的立法宗旨。

第四节 物权法

“物权”概念是近代民法才具有的,物权一词本身也来自日文汉字。在中国古代并没有这样的概念。本节只是为了叙述上的方便,才将从近代民法角度看来具有一定物权法性质的古代法律归纳为一节进行分析,并不意味着中国古代已有完整的物权法体系。

一、所有权的概念及私有土地规模的限制

财产所有权在中国古代一般泛称为“有”。秦汉时一般称之为“名”,即以自己的名字申报,公开而合法地表明自己对某项财产拥有的权利。不是如此“名正言顺”地拥有的财产则称之为“占”。到两晋

南北朝时期，“占”的意义逐渐和“名”相当，隋唐时“名”的用法已比较稀少。另外私人所有的不动产一般称之为“物业”，简称为“业”。

马克思曾指出：“无论在古代或现代民族中，真正的私有制只是随着动产的出现才开始的。”^①从考古发掘及文献记载来看，中国古代私有财产的发展轨迹也是从个人随身工具、生活用品，发展到武器、畜群，再发展到住房、果园、耕地之类的不动产。马克思认为：“所有制的最初形式，无论是在古典古代世界或中世纪，都是部落所有制，……在古典古代民族中，一个城市里聚居着几个部落，因此部落所有制就具有国家所有制的形式，而个人的权利则局限于简单的占有。但是这种占有也和一般部落所有制一样，仅仅涉及地产。”^②传说中的三代“井田制”可能就是马克思所言的这种耕地的部落及国家所有制。《诗经·小雅·北山》所说的“溥天之下，莫非王土，率土之滨，莫非王臣”，只是表明土地名义上属于国君所有，实际上天子、诸侯及各级封主的土地在很大程度上依然由原始共同体的部落占有控制，组织生产。土地不得买卖，所谓“田里不鬻”（《礼记·王制》），因为土地是属于部落共同体的，哪怕是封主也不能处分。平时耕地平均分配，各家耕种，同时又互相帮助，共同耕种“公田”，轮流“换土易居”（《汉书·食货志》）。封主的收益只是来自部落所供奉的贡品，或是“公田”的收入，或是按照部落的收成提成若干，这大约就是孟子所谓的“夏后氏五十而贡，殷人七十而助，周人百亩而彻”（《孟子·滕文公上》）。

至西周中期开始，传统的井田制已逐步瓦解，土地私有制逐步发展。春秋时期铁工具及牛耕的普及，促进了一家一户的小农经济的形成。各国先后以设定土地私有者义务的方式来承认土地的私有权，如公元前 685 年左右管仲相齐，实行“相地而衰征”，按土地质量等级向

^{①②} 《马克思恩格斯选集》第一卷，人民出版社 1994 年版，第 131 页。

土地占有者征收赋税(《左传·庄公九年》);公元前645年晋国“作辕田”,“作州兵”,据说就是把土地赏给实际占有者,按占有土地的多少负担军需兵器(《左传·僖公十五年》);公元前594年,鲁国实行“初税亩”,按私人占有土地面积收税(《左传·宣公十五年》);公元前548年,楚国“书土田,量入修赋”,进行私有土地的登记(《左传·襄公二十五年》);前538年,郑国“作丘赋”,按私有土地收赋税(《左传·昭公四年》);前408年,秦国“初租禾”,按私人耕地的收获量征税(《史记·六国年表》)。这种以设定义务来承认私人权利的方式,被后世长期沿袭。战国时秦国商鞅变法,“除井田,民得买卖”(《汉书·食货志》),要求土地私有者“为田开阡陌”(《史记·秦本纪》)。近年在四川青川出土的秦武王二年(前309年)“秦更修田律木牒”,说明秦国当时的法律规定,私人土地的四角要设立标志“封”(方台状的土堆),并以“埒”(田埂)标明田界,还要定期修整公共道路“阡陌”^①。云梦出土的秦简中有“盗徙封”的罪名,指的是私自移动封埒位置,要处以“赎耐”的刑罚^②。秦始皇统一全国后,于公元前216年下令“使黔首自实田”(《通典》卷八),要求私人申报占有的土地,承认土地的私有权。

值得注意的是,在很长的一个时期内,古代法律对于私有土地的规模有着严格的限制。汉武帝时派刺史巡察地方,所奉的“诏书六条”,第一条就是“强宗豪右,田宅逾制”(《汉书·百官公卿表》注)。可见当时有着按照社会地位等级限制私人土地的制度。或许就是商鞅变法时设立的二十等军功爵位制,每进爵一级就可多“名”田一顷、宅九亩(《商君书·赏刑》)。公元前7年,汉哀帝下令“限田”,禁止关内侯以下的官吏、百姓私人土地超过三十顷(《汉书·食货志》)。王莽篡

^① 据于豪亮释文,见《文物》1982年第1期,第22页。

^② 《睡虎地秦墓竹简》,第178页。

权后,又曾推行“王田制”,禁止土地买卖,以一夫百亩为原则重新分配土地(《汉书·王莽传》)。西晋统一全国后颁布“占田制”,规定一品官可占田五十顷,以下递减,至九品官为十顷。平民百姓男子每人占田七十亩,女子三十亩(《晋书·食货志》)。北朝隋唐时期实行“均田制”,贵族官员各按品级占有土地,平民土地由国家分配。《唐律疏议·户婚》专设“占田过限”条:“诸占田过限者,一亩笞十,十亩加一等;过杖六十,二十亩加一等,罪止徒一年。”律疏的解释是:“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。”宋朝也设立“限田”制度,按官员品级,一品五十顷,以下递减至九品为五顷(数额有所变化),限外的土地要和民田一样承担赋役。而且在北宋及南宋末年,都曾实行“公田法”,剥夺或征购限外的私人土地。

尽管上述的这些制度确实在大多数情况下只是具文而已,但至少说明存在着对于私有土地进行控制、干预的立法原则。直至金朝入主中原,才规定“民田业各从其便,卖质于人无禁,但令随地输租而已”(《金史·食货志》)。正式放弃了传统的控制干预立法原则。元明清时期沿袭了金朝的制度。

二、无主土地、遗失物、埋藏物的处理

(一) 无主土地的归属

按照悠久的“溥天之下,莫非王土”的传统,直到宋元时代,一切无主的土地(包括空荒地、抛荒地、户绝地)都被认定为是属于国家所有的。秦汉及南朝时,朝廷经常下令将这些名义上的公田“出假”(出租)给无地或少地的农民。三国时,各国都曾在这些土地上组织农民“屯田”,为朝廷提供军粮。北朝隋唐时期推行的均田制,就是将这些无主土地授给农民耕种。宋朝及金朝时,无主土地依然被当作国有,

耕种者必须要向官府“请射”后才能佃种,承担向官府缴纳地租的义务。

至明朝建立后,才真正确立了无主土地按先占原则归开荒耕种者所有的法律。明太祖朱元璋在建立明朝的当年就宣布:“兵兴以来,所在流徙,所弃田,许诸人开垦业之。即田主归,有司于附近拨给耕种,不听争。惟坟墓、房舍还故主,不听占。”洪武二十七年(1394年)又颁布著名的“额外垦荒,永不起科”的诏令,规定山东、河南、河北、陕西四省农户,如有余力垦荒,所垦田即为“永业”,政府永远不征赋税(《农政全书·国朝重农考》引,以后景泰六年(1455年)才在上述四省原垦荒地收税)。清朝也继承明朝的传统,顺治六年诏:“无主荒地,州县官给印信执照,开垦耕种,永准为业。”顺治十四年(1657年)又定“督垦荒地劝惩则例”,规定即使是有主荒地,只要是“本主不能开垦者,该地方官招民给予印照开垦,永为己业”(《清世祖章皇帝实录》四三卷、一〇九卷),先占原则已完全确立。

(二) 遗失物的处理

私有财产、尤其是私有动产的一个重要来源是先占,但当私有制发展到某一阶段,就有必要对此加以限制。传说周文王之所以能够得到各部族的拥护,就是因为他与各部族达成了“有亡荒阅”的协议,彼此检查并送还逃跑或走失的奴隶(《左传·昭公七年》)。《尚书》说,周初鲁国国君伯禽发布的《费誓》中,宣布“马牛其风,臣妾逋逃,勿敢越逐,祇复之,我商賚尔”。对于走失的马牛、逃跑的奴隶不得自行追逐,拾得人应归还失主或交给君主。《周礼·夏官·大司马》说西周时在狩猎活动中,“大兽公之,小兽私之”。《周礼·秋官·朝士》也称,西周时“凡得货贿、人民、六畜者,委于朝,告于士,旬而举之,大者公之,小者庶民私之”。拾得遗失物应交官府公告十日,如无人认领,大的归官府,小的归拾得人。直到汉代仍有这样的制度,汉儒郑司农注上引《周礼·秋官·朝士》称,“若今时得遗物及放失六畜,持诣乡亭、县廷,大

者公之，人、物没入公家也；小者私之，小物自畀也”。

然而战国时道德舆论已倾向于褒扬拾得遗失物一毫不取，《荀子·正论》已提到：“风俗之美，男女自不取于涂（途），而百姓羞于拾遗。”秦汉时“道不拾遗”早已成为一地风俗纯朴的标志性现象，更是“教化大行”的标志。司马迁在《史记·循吏列传》就已把“道不拾遗”作为重要的教化成就的尺度。循吏使用种种手段推行教化来达到这个目标，而一些沽名钓誉的酷吏甚至会用严刑酷法来实现这个目标。如南齐时王敬则为吴兴太守，“有十数岁小儿于路取遗物，杀之以殉，自此道不拾遗，郡无劫盗”（《南齐书·王敬则传》）。这种导向自然会影响到立法。

唐朝律令全面反映了这种道德及舆论的导向。唐代将遗失物称之为阑遗物，《唐律疏议·杂律》“得阑遗物不送官”条规定，拾得遗失物必须在五日之内送交官府，否则在官物的情况下就构成“亡失官物罪”，在私物的情况下就构成“坐赃罪”。唐《捕亡令》规定遗失物送官府后公告三十日，无人识认，由官府保存，依然将遗失物的清单公告，一年后无人认领，即没官。拾得人对于拾得的遗失物毫无任何权利可言。唐《厩牧令》对于阑遗的牲畜的处理也与之基本相同。但对于漂流物的规定完全不同，唐《杂令》：“诸公私竹木为暴雨漂失，有能接得者，并积于岸上，明立标榜，于随近官司申牒。有主识认者，江河，五分赏二分；余水，五分赏一分。限三十日，无主认者，入所得人。”^①唐朝的立法者可能是考虑到拾得遗失物只是“举手之劳”，所以无须设定酬劳；而捞取漂流物要付出艰辛的劳动，所以可以得到报酬及所捞取的漂流物。

唐律令的这些内容被以后的宋、元沿袭，直到明朝才发生重大的变化。《大明律·户律·钱债》“得遗失物”条：“凡得遗失之物，限五日

^① 上述三条唐令均见于《宋刑统》卷二七《杂律》“得宿藏物”门所引。

内送官,官物还官,私物召人识认,于内一半给与得物人充赏,一半给还失物人。如三十日内无人识认者全给。限外不送官者,官物坐赃论,私物减二等,其物一半入官,一半给主。”无人认领的遗失物全部归拾得人,即使遗失物的失主在公告期内认领,拾得人仍然可以获得一半的遗失物,而所有权人只要一旦遗失财物,就必定要失去财物的一半。可见其立法的重点已转移到了保护拾得人的利益。拾得遗失物不报官虽依然构成犯罪,但处罚要比唐朝轻(唐律规定官物以亡失论,而亡失官物又准盗论减三等,最高刑为徒三年;私物以坐赃论,最高刑也是徒三年。而明律官物以坐赃论,最高刑也为徒三年;私物减二等,最高刑为徒二年)。明朝的这一立法是和其强调先占原则的总的民事立法倾向相符合的,并被以后的清朝全盘继承。

(三) 埋藏物的处理

就现有的史料来看,还不能找到秦汉时有关埋藏物处理的法律条文。唐朝律令将埋藏物称之为“宿藏物”,唐《杂令》规定:凡在自己及国有土地内发现的宿藏物均归发现人所有,但如果发现的是古器钟鼎之类形制特别的宿藏物,就应该送官府,“送官酬值”,由官府出价收购。凡在他人土地发现的宿藏物,“合与地主中分”,发现人和土地所有人各得二分之一^①。《唐律疏议·杂律》“得宿藏物隐而不送”条规定,“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”。律注又规定如果在自己及国有土地发现“古器形制异而不送官者,罪亦如之”。最高刑为徒一年半。律疏对于出租土地房屋中发现的宿藏物也有具体的规定,凡出租的国有土地房屋,发现人应与现承租人“中分”;而如果是出租的私人土地房屋,则由原业主(所有权人、出租人)和发现人“中分”。

唐朝律令的这些规定被以后的宋、元继承,而明朝的立法则与之

^① 《宋刑统》卷二七《杂律》“得宿藏物”门所引唐《杂令》。

有所不同。按照明朝强调先占的民事立法原则,《大明律·户律·钱债》“得遗失物”条规定:“若于官私地内掘得埋藏之物者,并听收用。若有古器钟鼎符印异常之物,限三十日送官,违者杖八十,其物入官。”埋藏物全都归发现人所有,无论所发现的地点如何。而“异常之物”又全都归官府所有,也没有报酬可言。

三、动产的质押

债务人在借贷契约成立的同时,向债权人提交某项动产作为债务的担保,这也是由来已久的民间惯例,但从目前能见到的史料来看,还无法断定秦汉时期有关这一方面的法律规范如何。先秦及秦汉时期的史料中有关民间质押行为的记载也并不多见,一般称之为“质”或“赘”。《说文》:“质,以物相赘。”“赘,以物质钱,从敖贝。敖者,犹放贝当复取之也。”而在两晋南北朝时期这一方面的记载明显增多,俗称为“贴”或“质”,贴字的字义也与质字相同,《说文》:“贴,以物为质也。”尤其是出现了专门收取质押财产放债取息的机构——“质库”。由于当时的佛教寺院大量经营这类业务,因此一般认为这与佛教的传播有一定的关系。^①

佛教与禁止放债收息的基督教、伊斯兰教不同,佛教教义允许佛教团体以放债取息为经济来源,《僧祇律》有“塔、僧二物出息互贷,分别疏记”的内容,要求寺院放贷取息的帐目清楚。《十诵经》也称“塔物出息取利”。《善生经》甚至说“病人贷三宝物(指佛、法、僧),十倍还之”。佛教得到统治者的信奉,无人敢于轻易侵犯寺院,佛教又得民众的信任,佛寺积蓄有大量的善男信女施舍的财物,自然可以放贷收取利息。南齐时功臣褚渊生活豪放,财物都送到招提寺质钱(《南齐书·

^① 刘秋根:《中国典当制度史》,上海古籍出版社1995年版,第13—48页。

褚渊传》);南梁时僧旻建寺,把众人施舍的财物“付库生长”,要后僧收质放贷,取息维持(《续高僧传·梁僧旻》)。北魏时朝廷指定一些民户为“僧祇户”,承担向佛寺缴纳“僧祇粟”的义务,佛寺则以“僧祇粟”放贷取息。南北朝时期质库的收质放贷契约已经简化为“质帖”,债务人凭帖还钱取质。《南齐书·萧坦之传附从兄翼之传》载,萧坦之因罪被杀,萧翼之被牵连抄家,但“检家赤贫,唯有质钱帖子数百”,得免一死。然而在现存的史料中还找不到这一时期有关质押的法律条文。

唐代民间质押动产举贷债务的情况极其普遍,质库营业相当繁盛。长安城的质库集中于西市,唐德宗建中三年(783年)为平定李希烈叛乱,强行搜刮西市质库钱财,得钱二百万(《旧唐书·德宗本纪》)。吐鲁番出土的唐代文书中有质钱帖子多件,其中有两件载明年号“广德”(唐代宗年号,763—764年)、“咸通”(唐懿宗年号,860—873年)。帖子约长18厘米、宽11厘米,以泥版印成四竖格,记有千字文的序号,质押物名称,贷出财物的数额等项内容。吐鲁番出土文书中还有很多财物清帐,上有划勾的记号,很可能是当时质库的帐簿残页。^①

唐代律令中有关质押的条文并不多见,主要有《杂令》的一条规定:“收质者,非对物主不得辄卖。若计利过本不贖,听告市司对卖。”^②收取质押品的债权人在债务人不能按时清偿的情况下,要等到利息累计已超过原本才可以出卖质押品,并且必须报告官府的市场管理机构市司及通知债务人,在市司及债务人的监督下出卖质押品,卖价中相当于原本一倍的价金归债权人,剩余部分归债务人。对于质押的财物并无任何限制,但《唐律疏议·杂律》专设“以良人为奴

^① 日本大谷探险队发现的吐鲁番文书,转引自[日]仁井田陞:《中国法制史研究·取引法》,第695页。

^② 《宋刑统》卷二六《杂律·受寄财物辄费用》门引唐《杂令》。

婢质债”条,规定以凡人质债要按和同出卖凡人罪减三等处罚(徒二年)。由此来看,奴婢及马牛之类的财物都可用于质押。

北宋沿袭了唐朝有关质押的制度。而在王安石变法时期,大大加强了官府放贷机构的职能,意图以政府的放贷和民间的质库之类的高利贷业竞争。宋神宗熙宁五年(1072年)在京师设立市易务,一方面对于市场百货贱买贵卖,既平抑物价,又能够使官府得利;另一方面向商人及百姓放贷。其担保的方法主要是要求债务人提供“抵当”(详见后文),抵当可用不动产,也可以用动产,“听以金银、物帛抵当,收息毋过一分二厘(年息12%)”^①。

元丰四年(1081年)又因提举市易司贾青的建议,“于新旧城内外置四抵当所,委官专主管”。成立四所独立的抵当所,专门接受百姓以金银丝帛之类的动产抵当,进行质押放贷,建立正式的官营质库。贾青认为抵当所专以“金银钞帛抵货,最为善法”^②,第二年就建议推行这一“抵当法”。北宋后期将这一制度推广到各地乡镇,由此官营质库“抵当所”与民间原有的质库并存,形成质、典、当三字同义的现象,典当由此联称。南宋时又规定抵当库质押品的收赎期限为两年,避免原法律“计利过本”的模糊概念。^②

元朝对于质押的制度较为简明,《事林广记》载元至元《杂令》:“诸以财物典质者,并给帖子,每月取利不得过三分。经三周年不赎,要出卖,许。或亡失者,收赎日于元(原)典钱物上别偿两倍。虽有利息,不在准折之限。”明确收取质押品的债权人具有保全质押品的义务,如有遗失、损坏,要赔偿原质押品两倍的价钱。但同时也明确规定了收取质押品的债权人有权将质押品的孳息(利息)收归己有,债务人不得以此为理由要求准折部分债务。以后又将收赎的年限缩短为

^{①②} 《宋会要辑稿·食货三七之二七·市易》。

^② 《建炎以来系年要录》卷八六“绍兴五年闰二月壬申”。

两年,大德二年(1304年)规定无论何种质押财物,“一体二年下架,……遍行各处遵依,永为定例”^①。元代时质押放贷经营机构一般称“解典库”,简称“解库”,所谓下架,指将质押品从库房货架上取下,不得收赎。

元朝的制度被以后的明清两代沿袭,质押一般称为“典当”,尽管这一词实际上可以指性质不同的动产质押和不动产典权,但却在立法上混为一谈,都叫典当。明清时的法律沿袭元朝的规定,典当质押债务的利息限制在月息三分以下,满二年不赎,质押的财产即归典当主所有。除此之外对于民间如此盛行的质押行为就没有任何明确的法律规定,直到清朝中期的条例才明确规定了质押品遗失、损坏情况下的赔偿责任问题:凡典铺失火造成的损失,按“值十当五”的当价,扣除利息后赔偿给债务人;邻火延烧造成的损失,按原典价酌减十分之二,再扣除利息进行赔偿;质押的财物如为米麦之类粗重之物、典期在一年以内的,一律按原典价的十分之三赔偿;邻火延烧的这类粗重之物,按照原典价的十分之八赔偿十分之三;典铺被窃一律按照原典价的两倍进行赔偿,但要扣除利息;如果是被抢劫,按照原典价的一倍半再扣除利息进行赔偿。^②

四、不动产的典权

不动产的典权是中国古代特有的民事权利,其特点是出典方转让不动产的占有、使用、收益权利及转典的处分权利给予典权人,仅保留在一定年限之后的以原典价收赎该不动产的权利。

就目前所能见的史料而言,典权制度发生于实行均田制的北朝

^① 《元典章》卷二七《户部九·解典》。

^② 叶孝信主编,《中国民法史》,第558页。

隋唐时期。《通典·田制》引《关东风俗传》：北齐时实行均田制，允许“帖卖”，“帖卖者，帖荒田七年、熟田五年，地还钱还，依令听许”。就“地还钱还”而言，这种帖卖已具有后世典权的要素。唐朝法律禁止土地的自由买卖，但有条件的允许“贴赁”。《通典·田制》载唐《田令》：“若从远役、外任，无人守业者，听贴赁及质。”以贴赁代替帖买，表明唐朝立法者力图避免允许买卖土地的迹象，以质押、租赁的名称来包容土地的转移方式。由于唐代贴、质、典都用于表示质押及非买卖的财产转移行为，贴赁与土地的典质界限不清，即使在立法上也经常混称，在唐代中后期的诏敕中常见“贴典”、“典贴”、“典质”等词混称的现象。吐鲁番出土的唐代文书中，常可见一些名为“租”、“夏”的契约，约定的租金在土地转移的同时一次付清，租期固定为四或六年，还田时田主要归还原租金，常有“准麦取田”、“钱还地还”之类的语句，而且契约由出租人（田主）出面立契，承租人反而不画指、规定的违约金归承租人，这实际上就是“贴赁”。^①

至唐中叶朝廷已承认“贴赁”的效力，宝应二年（763年）制敕宣布，客户若在当地居住一年以上、或“自贴、买得田地有农桑者”，都可以在当地入籍^②。由于贴赁契约模仿的是租佃契约，所以标的土地所承担的官府赋税仍由原主负责缴纳，唐中期“两税法”改革后，赋税主要依据土地、资产征收，贴赁得到土地的一方占有土地的收益但却可以不承担赋税，显然不合理，也可能导致官府的赋税落空。唐朝廷为此连下诏书，强调获得土地的一方必须承担赋税，并且不得以代纳赋税为理由刁难收赎的出典人。长庆元年（821年）敕文：“应天下典人庄田园店，便合祇承户税。本主赎日，不得更引令式，云依私契组织贫

^① 《吐鲁番出土文书》，第五册，第78页；第六册，第253、421、428页；第七册，第370、406页等。

^② 《唐会要》卷八五《逃户》。

人。”宝历元年(825年)敕文又有：“应天下典贴得人庄田园店等，便合祇承户税。”^① 按照以设定义务默认权利的传统，典贴的权利也就得到了承认，典权逐渐得到法律的确认。据《宋刑统·户婚律》“典卖指当论竞物业”门的“臣等参详”的说法，自唐元和六年(811年)开始对典、卖行为进行规范，唐末五代时期屡屡制订敕条，但前后规定不同。为此《宋刑统》重新进行了一系列立法。

考虑到出典行为与买卖行为在形式上基本相同，宋初的立法力图为这两种民事行为设定共同程序，规定典、卖行为都必须由家主尊长出面立契，都必须经过问邻程序。另外在开宝二年(969年)又规定出典必须和买卖一样“输钱印契”^②。同时按照唐末五代以来的立法惯例，出典产业所负担的赋税也必须随之转移至典主一方。另外对于典契的形式也有明确的法律规定。乾兴元年(1022年)的敕条规定，凡出典契约“并立合同契四本，一付钱主、一付业主、一付商税院、一留本县”。但不久又确定典契应为一式二份的合同契^③。这种契约形式在宋代已在民间普遍流行，南宋的《名公书判清明集·户婚门·争业》中提到：“在法：典田宅者皆为合同契，钱、业主各取其一。此天下所通行，常人所共晓。”

宋朝法律实际承认典主(典权人)在约定的年限(一般为三至六年)内有全部的占有、使用、收益的权利。《宋刑统·户婚律》“典卖指当论竞物业”门规定，在约定的年限期满后，出典人可以在三十年内的任何时候以原典价赎回产业，如果经三十年后原业主依然无法收赎，“见(现)佃主一任典、卖”。在《宋刑统》公布的同一年，又有敕条明确典权人只具有部分的处分权，“其田宅见(现)主，只可转典，不可出

① 《文苑英华》卷四二六、卷四二三《敕》。

② 《文献通考》卷一九《征榷考·牙契钱》。

③ 《宋会要辑稿·食货·民产杂录》。

卖”^①。雍熙三年(987年)又因权判大理寺殿中侍御史李范的建议,确定典权人拥有在原业主欲出卖该项产业时的先买权:“今后应有已经正典物业,其业主欲卖者,先须问见典之人承当,即据余上所值钱数,别写绝产卖断文契一道,连粘元典并业主分文契批印收税,付见典人充为永业。更不须问亲邻。如见典人不要、或虽欲收买着价未至者,即须画时批退。”^②在民间称这种先典后卖的出卖为“断骨卖”。典权当然可以继承,但当典主全户“户绝”时,按照宋朝法律规定遗产应全部没官,为防止典权纠纷,大中祥符七年(1014年)的敕条规定在典限之外的半年内允许收赎,“如经三十年、无文契,及虽有文契难辨真伪者,不在收赎之限”^③。

宋朝有关典权的这些法律基本被以后的元、明、清三代继承,典、卖依然连称,必须遵守相同的程序。只是在元明时期对于典业的收赎年限没有明确的规定。民间习惯上一般将先典后卖称之为“找价”,或“加叹”,另立找契或叹契。

清中叶时曾对于典权制度进行较大的调整。乾隆十八年(1753年)定例,强调凡典契必须注明“回赎”字样,卖契必须注明“绝卖”及“永不回赎”字样;并恢复宋朝的制度,规定典契的收赎期限为三十年。不久后又规定“凡民间活契典当田房,一概免其纳税,……其有先典后卖者,典契既不纳税,按照卖契银两实数纳税”^④。清《户部则例》又进一步缩短了典业的收赎年限,规定“十年以后,原业无力回赎,听典主执业、转典”^⑤。但这些规定似乎并无实效,清末依然征收典契的契税,而在民间典契的收赎年限依旧几乎是无限的,如民间长期流传的俗谚:“典田千年有份”,“一当千年在,卖字

①② 《宋会要辑稿·食货·民产杂录》。

③ 《宋会要辑稿·食货·农田杂录》。

④ 《皇朝政典类纂》卷三八〇《刑十二·户律·田宅》。

⑤ 同上书卷九四《權征二·田房税契》。

不回头”^①等等,就反映了这种根深蒂固的民间观念。

清朝在典权制度方面的另一项改进,是对典产的风险责任承担进行了规范。乾隆十二年(1747年)条例规定:典产在出典年限之内因邻火延烧被毁,如典主、原主各出资一半起造的,典期延长三年,原主仍以原价收赎;如果原主无力出资,由典主自行起造,典期依然延长三年,原主按原典价“加四”(增加40%)收赎;典主无力出资,原主自造后可按原典价“减四”(减少40%)收赎。典产在典期外被烧毁,如典主无力起造,原主自造后可以按原典价“减半”收赎;如原主无力收赎,典主自行起造,加典三年,年限满后,原主应“加四”收赎;如双方都无力起造,典主可与原主商议后将地基出卖,地价的三分之一偿还原主^②。这些规定依然比较模糊,但毕竟改进了典权制度。^③

五、抵押权

首先要说明的是,抵押一词古今用法有所不同。“抵”在古代有“相等”、“抵销”的词义;而“押”则一般指转移、控制。所以抵押在古代一般指的是动产的质押,如果是不转移占有的民事行为,一般都单称“抵”而不称押。近代民法“抵押权”一词系生造的词汇,与原汉字的字义有异。

就债务设定某项不动产的抵押权,是由来已久的民间惯例。早在秦汉时就已经相当流行。《通典·刑典六·决断》载有一个东汉的案例:乌程有孙氏两兄弟,分家后各有田十顷,孙并早死,留下孤儿寡妻,弟弟孙常经常接济一些粮食,事后就“计直作券,没取其田”,逐渐

^① 《俗谚》上册,第70页;下册,第333页。

^② 《大清律例刑案汇纂集成》卷九《户律·田宅》。

^③ 叶孝信主编:《中国民法史》,第546页。

把孙并的土地全都作为抵债归了自己。孙并的儿子长大后去告孙常，地方官员都认为，孙并的儿子告发叔父“非顺逊也”，要判孙并的儿子败诉。督邮钟离意却认为孙常不抚育兄弟的遗孤，反而“怀挟奸诡，贪利忘义”，应该将孙常已得的土地归还孙并的儿子。姑且不论此案的处理，就当时大多数官员的意见来看，这种以土地作为债务抵押的方式是当时民间的惯例，至少得到法律的默认。两晋南北朝时期这种担保方式或称之为“悬券”，南梁临川王萧宏“都下有数十邸，出悬钱立券，每以田宅、邸店悬上文契，期讫，便驱券主，夺其宅，都下东土百姓失业非一”（《南史·梁临川王宏传》）。或称之为“注”，北齐“诸商胡负官责息者，宦者陈德信纵其妄注淮南富家，令州县征责”（《北齐书·卢潜传》）。

唐代指定不动产作为债务担保的民事行为在法律上称之为“指质”，指即指定，质指质押，即仅指定而暂不实际质押。债务人应将不动产的证书（地契或分家时的分书）提交给债权人保存，清偿时赎回。由于指质容易发生诈骗流弊，唐《杂令》规定指质必须由家长立契，并经过官府的批准，否则“物即还主，钱没不追”。长庆二年（822年）敕条又强调不得“妄举官钱，指为旧业”，如果“妄有指注，即请散征牙保代纳官钱，其所举官钱妄指庄园等人及保人，各决重杖二十。若是本分合得庄园，即任填还官债”^①。但根据唐代律令不保护计息债权的原则，保护民间的指质债权就会与之抵触。由此唐朝的立法对于私人之间的指质债权采用了暧昧的态度，并不明确予以确认，依然是“任依私契，官不为理”。

宋朝的法律开始试图禁止以不动产抵押担保计息债务。大中祥符九年（1016年）诏：“民负息钱者，无得逼取其庄土、牛畜以偿。”^②南宋时法律《庆元条法事类·杂门》“出举债负”明确规定：“诸以有利

^① 《宋刑统》卷二六《杂律》“受寄财物辄费用”引。

^② 《续资治通鉴长编》卷八八。

“负债折当耕牛者，杖一百，牛还主。”南宋时“在法：典卖田地以有利负债准折价钱者，业还主，钱不追”^①。这样就排除了合法设定不动产抵押权的可能性，这种民事行为不仅得不到法律的保护和承认，还有可能被起诉为违法行为。

元明清时的法律对于这个问题采用的是与唐朝相仿的晦涩态度，一方面法律并不正面确定可以用不动产抵偿债务，暗示依然要“任依私契，官不为理”，设定不动产抵押权主要依靠民间的自力；另一方面，法律又严格禁止以私债强行扣押债务人的财产抵折债务，如明律、清律的《户律·钱债》“违禁取利”条都规定：“若豪势之人，不告官司，予以私债强夺人孳畜、产业者，杖八十。若估价过本者，计多余之物坐赃论，依数追还。”而《户律·田宅》的“盗卖田宅”条又规定“虚钱实契”之罪名，对于假立买卖文契、买方实际并不给付价金而是以原有债务抵折的行为，按照盗卖田宅罪同样处理，“田一亩，屋一间以下，笞五十；每田五亩、屋三间加一等，罪止杖八十徒二年”。这样一来，抵押权很难得到法律的正式保护，只是作为一种民间的惯例。其契约一般民间称之为“抵契”，事实上往往也会得到官府裁判的保护。如清人戴兆佳在其判语集《天台治略》卷三中，记载了自己在任天台县知县时的一件案件：胡名世向叶中观借银四十两，三年为期，债务的年息为八两（即年利20%），指定自己的四十石田（当为该项田产年平均收获量）为抵。三年后胡名世无法清偿，叶中观提起诉讼。戴兆佳判定应按原契约的约定，胡名世应将所指定的土地抵债，只是“准情酌理”，以四十石田抵四十两债务太过分了，改为以二十二石田抵债，胡名世可以保留其余的十八石田，“庶几情理两平”。

^① 《名公书判清明集》卷九《户婚门·违法交易》。

六、唐宋之际的倚当与抵当

大约在典权制度形成的同时,唐末五代及宋朝时期又曾出现过倚当和抵当的制度。其特点是由出当方转移不动产的占有、使用、收益权利以抵销所接受的当价(往往就是原来的债务)。当字在唐宋法律用语中一般表示“抵销”的意思,如“以官当徒”的官当,倚当和抵当即从这一字义而得名。

(一) 倚 当

倚当是在立约的同时,出当的一方就向受当方转移不动产,受当方获得在约定的年限(一般长达一二十年以上)中占有、使用、收益的全权。如果从债权的角度考虑,倚当实际上是以不动产的收益抵销原有的债务及其利息;但从物权的角度考虑,这又是一种和出典、买卖相似的不动产的转移方式,因此当时的立法者总是将其与买卖、出典之类的不动产转移方式共同加以规范。现在史籍中可以找到的最早的关于倚当的立法,是《五代会要·市》所载后周广顺二年(952年)开封府拟定指挥:“其有典质、倚当物业,仰官牙人、业主及四邻同署文契。委不是曾将物业印税之时,于税务内纳契日一本,务司点校,须有官牙人、邻人押署处,及委不是重叠倚当,方得与印。如有故违,关连人押行科断,仍征还钱物。如业主别无抵当,仰同署契行保邻人,均分代纳。如是卑幼不问家长便将物业典、卖、倚当;或虽是骨肉物业,自己不合有分,辄敢典、卖、倚当者,所犯人重行科断,其牙人、钱主,并当深罪。所有物业,请准格律指挥。”^①

^① 该条另见于《册府元龟》卷六一三《刑法部·定律令五》。此条中在“仰官牙人、业主及四邻同署文契”之下的“委不是曾将物业”七字与后文词意并不连贯,疑为传抄时窜入的衍文。

《宋刑统·户婚律》“典卖指当论竞物业”门中对于倚当的规定相当多,成立倚当契约的程序和出典、买卖并无不同。出面立契的必须是尊长;成立倚当契约时出当人的亲属、四邻有优先权;尤其是特别严禁重叠倚当,“应有将物业重叠倚当者,本主、牙人、邻人并契上署名人,各计所欺入己钱数,并准盗论。不分受钱者,减三等,仍征钱还被欺之人。如业主填纳不足者,勒同署契牙保、邻人等同共陪填。其物业归初倚当之主。”倚当的契约形式是“合同契”,与买卖、出典的契约形式是一样的。和买卖、出典不动产一样,倚当时还必须转移标的不动产所负担的政府赋税。太平兴国七年闰十二月(983年)诏:“民以田宅、物业倚当与人,多不割税,致多争讼起。今后应已收过及见倚当,并须随业割税。”^①

然而按照唐宋法律不保护计息债权及反对以不动产抵偿计息债权行为的原则,倚当期间的收益常常远远超过了原当价的“一本一利”,而且又容易被用作以不动产抵折计息债务行为的掩护,因此遭到了批判。《宋会要辑稿·食货三七之一二·市易》载有北宋天圣六年(1028年)对于这一问题的新的立法:“应诸处人户田宅凡有交关,并须正行典卖,明立契书,即时交割钱、业。更不得立定月利,倚当取钱。所贵稍抑富民,渐苏疲俗。其自来将庄宅行利倚当、未及倍利者,许令经官申理,只将元(原)钱收赎,利钱更不治问。如日前已将所倚产业折过,不曾争理,更不施行。……《农田敕》内许倚当田土宅舍条贯,更不行用。”^② 倚当就此被禁止。而从民间的受当方(一般都是有权有势的豪强)来看,倚当虽可计算利息,但毕竟要在若干年后退还产业,不如成立典契,出典人一般很难凑齐典价赎回原业,典权人可以长期保存不动产。因此倚当在宋以后就逐渐退出了民间的经济

^① 《宋会要辑稿·食货·民产杂录》。

^② 该条另见于《宋会要辑稿·食货·和买》。

生活。

值得注意的是，明朝中叶的立法曾一度混淆典权与倚当的性质，弘治十六年（1503年）的一条条例规定：“典当田地、器物等项，不许违律起利。若限满备价赎取，或计所收花利已勾（够）一本一利者，交还原主，损坏者陪（赔）还。其田地无力赎取，听便再种二年交还。”^① 尽管立法的原意可能是出于帮助债务人、抑制愈演愈烈的土地兼并，可是这和长期以来的立法及民间习惯不符，是很难切实实施的。所以到了明孝宗以后，这条条例就不再出现在政府的法规汇编之中，万历朝《大明会典》以及《皇明条法事类》、《刑台法律》等均未收录此条例，很可能在孝宗朝以后，这条条例就被废除了。

（二）抵 当

五代宋时又有“抵当”。唐代法令中已可见“抵当”，如唐懿宗咸通八年（867年）五月发布的德音：“自今日以前，应百姓举、欠人债，如无物产抵当、及身无职任请俸，所在州县及诸军司，须宽与期限，切不得禁锢校科，令其失业。”^② 五代时期提及抵当的法令也并不少见。抵当一词在唐宋时期，既可以指债务的担保及抵押的行为，又可以指设定了这种担保及抵押的财产；既可以用作动词，又可以用作名词，使用相当随便。上文已经提到宋代的法律禁止以不动产“准折”计息债务，抵当的土地房屋之类的财产若是用以直接折抵各类债务，就和宋代法律所规定的原则相抵触。因此宋代的法律所承认、所允许的抵当，主要是指和倚当一样的以不动产的收益来抵销债务的行为。

北宋时官府放贷的主要担保形式就是抵当。神宗熙宁二年（1069

^① 转引自黄彰健：《明代律例汇编》，台湾历史语言研究所1979年，第492页。

^② 《唐大诏令集》卷八六《政事·恩宥六》。

年),在王安石主持下,北宋开始推行“青苗法”,将官府积贮的民间备荒粮食及其他物资、钱财作为本钱,春荒季节放贷给农户,夏秋征税时收偿,利息二分(年利 20%)。乡村人户每五户为一保,保人承担连带责任。“坊郭户”(城镇居民)欲借贷青苗钱者则必须要有“物业抵当”。^① 这里所言的物业按照唐宋时的惯例即为田产之类的不动产。熙宁五年(1072年)在京师设立市易务,一方面对于市场百货贱买贵卖,既平抑物价,又能够使官府得利;另一方面向商人及百姓放贷,“随抵当物力多少,均分赊贷”。开始时抵当的财产主要规定为不动产,“以地为抵,官贷之钱”。又“召在京诸行铺户牙人充本务行人、牙人,内行人令供通己所有或借它人产业、金银充抵当,五人以上为一保”,为官府经营贸易,允许按照“抵当物力”赊买经营官府物资^②。市易放贷及赊买的利息为年息二分,半年以下为一分。市易法在京师试行后逐渐推广至各地城镇。元丰二年(1079年)修订市易抵当制度,规定“其用产业抵当者,留契书,岁息一分半。检估官员如容增直(值)冒请,以违制论,不以去官赦降原减。即赊请物,如旧法,毋得过其家物力之半。”具体的抵当方式据《宋会要辑稿·食货·官田杂录》所载南宋绍兴四年(1134年)赦令:“诸路衙前因欠拘收抵当物产,在法许以子利偿欠,如依限纳足,却给原产。”抵当是允许计息的,不动产的收益用以抵偿原债务的原本及其利息。南宋《庆元条法事类》卷三十《财用门·经总制·式》引式文:“抵当,四分息钱。本季内人户收赎过钱,计钱若干、每贯合收息钱若干、本季内收到钱若干。”四分息钱,即年利 40%。式,为宋代官府的办事程式,从这条式文分析,当时官府对于抵当财产抵偿官债是按季进行催征,本钱和利息要分开计算,很可能是每季征收

^① 《宋会要辑稿·食货·青苗》。

^② 《宋会要辑稿·食货·市易》。

一分利息。

由于不动产抵当存在估价、征收等方面的流弊,宋朝以后逐渐改以动产抵当(实为质押)来担保官债,设立官营的质库——抵当所,适用不动产的抵当情况逐渐减少。宋朝民间也有这样的设定抵当以担保债权的惯例,债务不能按时清偿,就以抵当物业的收益抵销债务的本息。南宋的《名公书判清明集》卷六《户婚门》专有“抵当”一类,收集了三个案例。其中吴恕斋所作“抵当不交业”一篇中,强调“不过税、不过业,其为抵当,本非正条。”这里的“正条”即应该是有正式法律规定的意思。在这三个案例中,法官都没有引用任何正面涉及抵当的法条来进行裁判,而都是引用有关出典和买卖的法条从反面认定发生纠纷的交易性质。由此可见,抵当在宋代只是民间的惯行,并不是正式法律承认、保护的“正行交易”。法官强调的是抵当物业的收益(或出抵人又追加部分的现金)如已达原价的“一本一息”,就可以收回原业。元明清时期这种民间惯行逐渐稀少。典与当的区别逐渐淡化,最后典和当成为同义语。

七、永佃权

一般意义上的永佃权,即永久耕种国家的或他人的土地的权利,这是由来已久的习惯。比如在两汉及两晋南朝时朝廷经常下诏将国有土地“出假”给无地的农民,《后汉书·和帝纪》永元五年注:“假,犹租赁。”这种承租国有土地的农民只要履行向官府缴纳重于田税的“假税”的义务,一般都可以长期占有所“假”的土地,而且是可以继承的。理论上也可以视为具有永佃权。北朝隋唐时期的均田制下,农民所获得的官府给授的桑田、永业田,不得自由处分,但可世代继承,永久占有,也可以视为永佃权。但本节所言的永佃权是指在宋代以后出现的“一田二主”、“一田三主”的现象,是中国古代特有的、特殊的一

种“永佃权”。

“一田二主”式的永佃权,是指永佃权人有权自由处分其权利,可以买卖、出典、出租其权利,这种权利与所有权相对应,在中国古代称之为“田面”、“田皮”等等,权利人称之为“面主”、“皮主”;而原来的所有权称之为“田底”、“田骨”,权利人称之为“底主”、“骨主”。底主或骨主依然可以自由处分其权利,出卖、出典,并承担官府的赋役。真正的土地耕种者佃户要向底主或骨主缴纳“底租”、“骨租”或“老租”,向面主、皮主缴纳“面租”、“皮租”或“小租”。从近代民法的角度来观察,底主或骨主的所有权实际上已经萎缩为土地的部分的收益权及该部分收益权的处分权,他已不能真实占有该项不动产,如果要自行耕种或另行出租,就必须向面主或皮主收买田面或田皮,使“底面合一”或“皮骨合一”,才能够做到。

这种一田二主式的永佃权自宋代开始形成,但经历了元、明、清三代都没有得到法律的确认。始终只是一种民间的惯例,依靠民间的俗例自发的进行调整,官府的立场都是“任依私契,官不为理”,只是当因此而导致人命杀伤之类的重大案情时,才被迫就事论事的作出裁决,但并不形成有普遍指导意义的处理原则。清朝时一些地方官府曾经制订地方性的法规禁止“一田二主”。如雍正八年(1730年)福建汀州府曾发布告示,“谨照从前通革之例,凡属皮租尽行革除,不许民间私相买卖,一切讼争告找告赎概不准理。”乾隆三十年(1765年)福建全省又立榜“严禁田皮田根之锢弊”^①。江西省在乾隆十六年(1751年)禁止一田二主,其方法是确立皮骨双方的先买权,不得分别买卖转移,否则按盗卖罪处理^②。江苏省在道光七年(1827年)也曾制订“规条”禁止一田二主,规定原田面一律按一年的地租额作价由业主

^① 《福建省例》卷一五《田宅例》。

^② 《西江政要》卷一《田宅》。

(底主)收买,不准私相授受^①。然而由于民间一田二主早已成为惯例,这些地方性法规在民间并没有发生实际效力,一田二主的特殊永佃权一直延续到中华民国时期。

^① 《清史资料》第二辑《江苏山阳征租全案》。

第六章 集中与省事——司法制度的演变

法律的实施往往比法律的制订更为重要。要真正了解中国古代的法律,就必须了解其司法制度,了解法律的具体实施过程。本章即从司法机构、诉讼制度及审判制度三个方面对中国古代的司法制度进行介绍。

第一节 头重脚轻的司法审判机构

中国古代法律的实施主要是依靠庞大的官僚机构进行的,但专门的司法机构却非常少,除了中央有一二个算得上专门的司法机构以外,地方各级官府都是行政、司法合一的。而且具体执法、司法的官僚一般而言都不是专业的司法官,对于官员们来说,司法职务只是他们在宦官历程中的一个环节,其中的大多数人对于他们所要承担的司法工作并没有什么兴趣,更谈不上去进行深入研究。所以这种主要依靠外行进行司法的情况是中国古代法律的一大特色。另外,历代司法审判机构的演变趋势是上层机构日益加强而基层机构日益减

弱,呈现出“头重脚轻”的现象。当然,最高的审判权力是掌握在皇帝手中的,从理论上讲,所有的司法机构不过是皇帝作出最终判决的咨询机构而已。

一、历代的中央司法机构

西周时周王及各个诸侯国的朝廷都设有专职的司法官,称之为“司寇”。从司寇的官称来看,其所从事的审判事务主要应该是刑事诉讼。据《礼记·曲礼》郑注,司寇官职“亦殷时制也”;该篇《正义》:“司寇,主除贼寇。”儒家经典《周礼·秋官·司寇》详尽具体地叙述了司寇的官职及下属,但很大程度上只是后儒带有理想色彩的附会。《左传》一书所提到的春秋时期各诸侯国的司法官职除司寇(如鲁国,襄公二十一年;卫国,哀公二十五年等)外,尚有“大士”(卫国,僖公二十八年)、“理”(晋国,昭公十四年)、“士”(齐国,成公十八年)、“尉氏”(晋国,襄公二十一年;又据《汉书·地理志》应劭注,郑国亦有尉氏)、“大司寇”、“少司寇”(宋国,成公十五年)、“司败”(楚国,文公十年;唐国,定公三年;又《论语·述而》提及陈国亦有司败),等等。

战国时期各国的司法官职差别很大。秦国朝廷的司法官职为廷尉,以后秦朝、汉朝的朝廷也都沿袭廷尉一职。廷尉称呼的来源已难于详究,据《汉书·百官公卿表》应劭注:“听讼必质诸朝廷,与众共之;兵狱同制,故称廷尉。”而颜师古注又称:“廷,平也。治狱贵平,故以为号。”应劭在同书中对“尉”字的解释称:“自上安下曰尉。”从战国秦汉时代军官多称尉来看,“兵狱同制”之说可能更合乎历史事实。但至少从秦始皇时开始,廷尉一职就已全然为文职,如李斯即以文官身分担任廷尉。

汉代的廷尉府已是很大的机构,廷尉之下的属官有廷尉正、廷尉左右监、廷尉左右平等,据《后汉书·百官志》注廷尉下有一百四十员

吏,有廷吏、文学、狱史、佐、骑吏、假佐、官医等名目。廷尉负责承办审理皇帝交办的案件,以及各地上报的难以处理的疑案。《后汉书·百官志》:“掌平狱,奏当所应。凡郡国谳疑罪,皆处当以报。”廷尉要向皇帝负责,所以专设“奏曹掾”(或称奏谳掾)起草上奏的文件。廷尉为九卿之一,排列在第六位。已知的两汉四十九位廷尉中,有十三位在任满后升迁至三公,说明两汉时廷尉在朝廷中的地位是比较高的。然而也正在两汉时期,廷尉的审判权力在逐步地被其他的机构侵夺。西汉成帝开始在尚书台中专设三公曹“主断狱事”^①;至东汉光武帝时又改由尚书台的二千石曹来“主辞讼”,新设“中都官曹”主管“水火、盗贼”;每曹各有六员侍郎,三员令史^②。此外,自汉武帝开始,皇帝经常直接派出的“绣衣直指”侍御史,“出讨奸猾,治大狱”(《汉书·百官公卿表》)。汉宣帝时又专设“治书侍御史”,“选明法律者为之”,头戴象征獬豸的法冠,“凡天下诸谳疑事,掌以法律,当其是非”(《后汉书·百官志》)。东汉设立了御史台,作为御史大夫、御史中丞的官属机构。这样就出现了日后中央朝廷司法机构“三权分立”的雏形。

在三国两晋南北朝时期,廷尉机构为各代沿袭,北齐将廷尉改为大理寺,长官为大理寺卿、少卿,属官基本依旧。北周又曾将廷尉改为秋官大司寇。据统计,整个两晋南北朝时期的八十三个廷尉(大理寺卿)中仅有三人升迁至三公,表明这一机构在朝廷地位的下降^③。曹魏初,卫觐上奏:“刑法者,国家之所贵重而私议之所轻贱;狱吏者,百姓之所悬命而选用者之所卑下。”建议设“律博士”,以“转相教授”法律(《三国志·魏书·卫觐传》)。整个三国两晋南北朝时期廷尉(大理寺)都设有律博士。这一时期的尚书台(省)内负责司法审判的机构有

① 《汉书·成帝纪》颜师古注引《汉旧仪》,《后汉书·光武帝纪》注引《汉官仪》。

② 《后汉书·百官志》注引蔡质《汉仪》,《宋书·百官志》引《汉官仪》,《晋书·职官志》。

③ 郭建,《古代法官面面观》,上海古籍出版社1993年版,第36页。

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，而廷尉(大理寺)的司法审判权力相应缩小。

隋朝正式建立了尚书省刑部机构，下属有宪部、都官、司门、比部四个部门。唐朝继承这套制度，刑部以刑部尚书为长官，侍郎为副手，下设刑部、都官、比部、司门四个机构，各设郎中。其中刑部职责为“掌律法，按复大理及天下奏讞”；都官职责为“掌俘隶簿录，给衣粮医药，而理其诉免”；比部职责为“掌勾会内外赋敛、经费、俸禄、公廩、勋赐、赃赎、徒役课程、逋欠之物，及军资、械器、和采、屯收所入”；司门职责为“掌门关出入之藉及阑遗之物”(《新唐书·职官志》)。由此可见，隋唐时期的尚书省刑部是一个行政司法合一的机构，其中只有刑部、司门才是司法机构。唐朝的大理寺的编制还相当庞大，在大理寺卿、少卿之下有官员二十九员，吏属二百四十八员。相比之下，整个刑部的编制不过是官员二十三员，令史一百六十七员。按照唐律的规定，全国流刑以上的案件都要经由大理寺审判，而所有大理寺所判的流刑以上的案件都要由刑部复核。另外唐朝大大加强了御史台的作用，“掌以刑法典章纠正百官之罪恶”，同时又可参与“冤而无告”的案件的审理，并可经皇帝的命令和刑部尚书一起复核大理寺所判案件。御史台的监察御史还“巡按州县狱讼”。这样就正式形成了审判(大理寺)、复核(刑部)、监察(御史台)“三权分立”的司法审判制度。在这三个主要司法部门之上，最高的决策机构中书门下仍具有司法审判的权力，开元二十五年(737年)敕：“自今已后，有犯死刑，除十恶死罪、造伪头首、劫杀、故杀、谋杀外，宜令中书门下与法官等详所犯轻重，具状闻奏。”(《唐六典》卷六《刑部》)此外，唐朝又以御史大夫、中书、门下组成“三司”，为审理重大案件、冤抑案件的特别法庭。所谓“凡国之大狱，三司详决”，由御史大夫及中书、门下首长会同审理。一般由御史台的侍御史、门下省的给事中、中书省的中书舍人组成三司“理事”，每日在朝堂“更直”(值班)，接受民间的上表，“凡天下冤滞未申

及官吏刻害者,必听其讼”(《唐六典》卷一三《御史台》)。这种直诉案件受理后,需要进行特别审讯的,则由侍御史会同刑部郎中员外郎、大理寺司直评事前往审讯。

宋代中央朝廷的司法机构更为复杂。在基本继承唐朝制度的基础上,宋太宗淳化二年(991年)至宋神宗熙宁三年(1070年)间,刑部的职责被特设的审刑院代替,所有大理寺审判的案件都必须经由审刑院的复核,“凡狱具上,先经大理,断讞既定,报审刑,然后知院与详议官定成文章,奏记上中书,中书以奏天子论决”(《宋史·职官志》)。熙宁三年后罢审刑院,仍由刑部掌审判复核。宋朝的刑部仍由四司构成,但刑部司的规模大大扩大,先后在郎中、员外郎以下又设十三案:“曰制勘,掌凡根勘诸路公事;曰体量,掌凡体究之事;曰定夺,掌诉雪除落过名;曰举叙,掌命官叙复;曰纠察,掌审问大辟;曰检法,掌供检条法;曰颁降,掌颁条法、降赦;曰追毁,掌断罚追毁宣敕;曰会问,掌批会过犯;曰详复,掌诸路大辟帐状;曰捕盗;曰帐籍,掌行在库务、理欠帐籍;曰进拟,掌进断案刑名文书。”而且都官司的职责也改为“掌徒流、配隶”(同上书)。在刑部、大理寺之上,又由门下省“覆刑部、大理寺所断狱,审其轻重枉直,不当罪,则以法驳正之”(同上书)。御史台除了保留唐朝的制度之外,又增设检法,“掌详检法律。”宋朝中央朝廷司法机构的复杂性,表明了司法审判权力的空前集中。

少数民族入主中原的辽、金、元时期,中央朝廷的司法机构又有了很大的变化。辽朝官制分为南北,北面官主管少数民族事务,南面官主管汉族事务。北面官的司法机构为夷离毕院,设左、右夷离毕等官职。南面官仍然沿袭唐宋以来的制度。金朝的制度则同于唐宋,但刑部的规模超过了大理寺,刑部的编制为三十三名官员,而大理寺为二十二名。刑部内部废除刑、都、比、门四司,而且将原来都官、比部、司门的事务全由一位员外郎承担,说明刑部的司法审判职能又进一步加强。元朝对中央朝廷的司法审判机构进行了重大的变革,首先是撤

销了传统的大理寺,将司法审判权力集中到刑部,刑部原有的都官、比部、司门之类的行政职责全被取消,专门“掌天下刑名法律之政令,凡大辟之按复,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,律令之拟议,悉以任之”(《元史·百官志》)。刑部还设置了监狱,关押待审、待决的人犯。其次又建立了专门处理少数民族及军人、僧侣等特殊人群诉讼事务的断事官,蒙古语称“札鲁忽赤”。在枢密院设断事官,“掌决军府之狱讼”;在大宗正府设断事官,主管“凡诸王驸马投下蒙古、色目人等应犯一切公事”,以及大都、上都的汉人与蒙古、色目人的诉讼纠纷;宣政院设断事官,主管僧侣的诉讼事务;等等。同时依然保留了御史台对于司法审判的监督 and 参与职能。

明朝强化了君主专制中央集权的政治制度,在司法审判制度上实行了严格的“逐级复审制”(详见后文),由此中央传统的司法机构得到了空前的扩张。明朝中央传统最主要的司法机构号为“三法司”:即刑部、大理寺、都察院。刑部编制最为庞大,设尚书一员、侍郎二员,其下起初曾一度恢复唐宋时期刑部的刑(先改称总部,后改称宪部)、都、比、门四司,但至洪武二十三年(1390年)改为按省设置部司,每一司负责一省上报的案件审理复核,并在宣德十年(1435年)定名为十三清吏司。“十三司各掌其分省及兼领所分京府、直隶之刑名。……凡军民、官吏及宗室、勋戚丽于法者,诘其辞,察其情伪,傅律例而比议其罪之轻重,以请诏狱。”(《明史·职官志》)每司设郎中、员外郎、主事等官职。此外尚有司务厅、照磨所、司狱司等机构。整个刑部的编制官员有六十五员。明朝恢复了大理寺,设官二十一员,其职责正好和唐宋时期的刑部相仿,专门复核刑部及其他审判机构作出的判决。弘治(1488—1505年)以后只是进行书面复核,囚徒不再到寺接受审讯。都察院是从唐宋时期的御史台发展而来的,职责也大致相同,但规模也要大很多,左、右都御史以下的官员有一百二十一员。

“专纠劾百司，辨明冤枉，提督各道，为天子风纪之司。大狱重囚会鞠于外朝，偕刑部、大理讞平之。”（《明史·职官志》）这样明朝恢复了唐宋时期中央朝廷审判、复核、监察“三权分立”的设置，而重大案件由三法司长官会审。明朝朝廷以六部尚书及左都御史、通政使、大理寺卿为“大九卿”，三法司都进入了这个文官的最高阶层。然而三法司很少能够参与朝廷的决策机构，明朝以内阁大学士为事实上的宰相，而据统计，三法司长官入阁的只有三位，整个明朝的一百二十五任、一百二十三位刑部尚书中，只有桂萼一人在任满后升迁入阁。一百二十三人中在刑部尚书任内致仕、身故或辞官的就有三十九人^①。可见三法司的实际地位并不很高。

明朝朝廷的其他一些部门也有一定的司法权，比如通政使司可以接受各地“申诉冤枉、或告不法等事”，直接向皇帝报告。通政使也可参与重大案件的审理。五军都督府也设有专门的司法机构五军断事官，管辖军人的诉讼案件。尤其著名的是皇帝的特务机构锦衣卫和东厂也拥有司法侦缉及预审的权力。锦衣卫原为皇帝的侍卫亲军，自明太祖起，就任用锦衣卫侦缉、预审刑事案件，洪武末年废除锦衣卫的司法权。但明成祖又恢复锦衣卫的侦缉权，并在锦衣卫增设北镇抚司，负责预审皇帝交办的案件。明宪宗为北镇抚司刻印，凡承办的案件直接向皇帝报告，锦衣卫指挥不得干预。北镇抚司（简称北司）成为直属于皇帝的预审机构，其所预审的案件再移送刑部按其所拟判决正式宣判。东厂创自明成祖永乐十八年（1420年），是太监特务组织，刺探百官及民间情况，侦缉刑事案件。在明宪宗、明武宗时还曾设立性质相同的西厂。明武宗时大太监刘瑾又在这两厂之上设“内行厂”。这些特务机构合称“厂卫”，他们滥用司法侦缉特权，不仅是朝廷的文武百官，就连三法司本身的司法审判活动也在其监视之下。

^① 据《明史》卷一〇九至卷一一二《宰辅表》、《七卿表》及《明史》列传统计。

清朝全盘沿袭了明朝的制度,但废除了厂卫组织。而且刑部的审判权力更大。凡外省上报的案件都统由刑部复审,不受都察院及大理寺的制约,三法司会审也由刑部主稿,号为“部权特重”。雍正以后,刑部扩大为十八清吏司,编制内的官员达三百零八人,还另有律例馆、秋审处等办事机构,在朝廷六部中规模仅次于户部。清朝共有二百十四位满汉刑部尚书,其中有二十三人次以刑部尚书入值军机处,十四人次入内阁^①。由此判断,清朝刑部在朝廷的地位显得比明朝时要高。清朝大理寺的官员编制则降到了二十员,都察院的官员编制也缩小为一百十三员。另外清朝主管少数族及边境事务的理藩院,也具有一定的审判职权,理藩院尚书之下专设有理刑清吏司,“掌蒙古、番、回刑狱、争讼”(《清史稿·职官志》)。

需要提醒的是,除上述的这些专职司法机构外,古代朝廷分工并不严密,在很多情况下朝廷的其他官员也可以参与司法审判。秦汉时期重大疑案经常会交由朝廷公卿讨论,尤其是丞相往往起决定性的作用。唐朝规定凡冤案由御史大夫、中书、门下组成“三司”进行审理,另外侍御史与给事中、中书舍人轮流值朝堂,“三司理事”。宋朝凡刑部、大理寺的判案还一律要经过门下省的复核。明清时期的朝审、秋审制度(详见后文),普通的死刑案件都要经过中央朝廷各部门高级官员的会审,才算是终审结案,但仍必须再报皇帝批准。

二、历代的地方司法机构

(一) 行政司法合一的基层政府

据《尚书·舜典》、《周礼·秋官》等儒家书籍的说法,商周时的司

^① 据《清史稿》卷一七四至一九六《大学士年表》、《军机大臣年表》、《部院大臣年表》统计。

法官员总称为“士”，至西周时有中士、下士之别，还有乡士、遂士、县士、方士等地方专职司法官员的名目。然而这些官称尚难以确认。春秋战国时期郡县制度逐渐推行各国，由于当时处于激烈的战争环境，郡县政府的设置带有浓厚的军事色彩，实行高度的集权控制，因此地方政府的行政及司法职能混为一体，均由地方最高长官统揽。这一传统被秦汉两代继承，从而对整个中国古代的基层司法机构设置产生了深远的影响。后世基层政府均行政司法不分，有人以为古代地方官与其说是以行政兼理司法，还不如说是以司法兼理行政，因为基层政府的司法事务往往要重于行政事务^①。古代地方官也认为“县事多处词讼”^②。

秦汉时作为基层政府的县与后代相比算得上是一个高度自治的机构。县令(户口满一万口以上的称令，不满一万的称长)以下的辅官，有负责辅佐县令处理具体行政事务的县丞，有掌管文书的主簿，有主管治安、警卫的县尉。县令之下的诸曹掾吏中，辞曹、狱掾等掾吏进行案件的受理、预审，县令一般只是最后进行宣判而已。县以下的乡啬夫也可作为县官的代表审理一些轻微案件。负责治安的派出机构“亭”，也可以对治安案件进行侦查、预审。这些机构历三国两晋南北朝无所变化。隋唐时县级机构依旧，只是废除了由地方官自辟僚属的旧例，在县官之下设立六曹，其中法曹有司法佐二至六人，又有司法史若干人从事文书的处理。宋朝县级机构也没有变动，但县官改称知县，并强调知县必须亲自进行案件的审理，加重了县官的审判职责。宣和二年(1120年)规定：“州县官不亲听囚而使吏鞫审者，徒二年。”(《文献通考·刑考六》)元朝把县官改称县尹，又设典史掌管文书，其余仍沿袭秦汉以来的旧例。

^① 林咏荣：《中国法制史》，台湾1976年版，第203页。

^② 宋·李元弼：《作邑自箴》卷二，商务印书馆《四部丛刊·续编》本。

明朝对县级政府进行了很大的改动。裁革了传统的县尉一职，而县丞、主簿也不常设，县辖户少于二十里就一概革除。知县一人“凡赋役岁会实征，……凡养老、祀神、贡士、读法、表善良、恤穷乏、稽保甲、严缉捕、听狱讼，皆躬亲厥职而勤慎焉”（《明史·职官志》）。知县号为“正印官”、“正堂”、“大堂”，在司法方面往往只有一员典史辅助知县管理治安并兼管监狱，其余的司法审判事务从受理诉讼至主持执行死刑，知县都要事必躬亲。具体政务的操作有吏、户、礼、兵、刑、工六房书吏，其中一般由刑房负责司法文书的制作保管、监狱的管理等事务；户房负责民事方面诉讼文书的保管等司法事务。明朝这套司法审判独系知县一身的制度被清朝继承，知县以外的官员进一步被裁撤，如据清乾隆年间编的《历代职官表》卷五十四的统计，当时全国一千二百九十七个县，仅设有四百十四名县丞，九十八名主簿。这样一来基层的司法审判官员实际上就只是知县一人而已。辅助知县的往往只有典史一名，其职责是负责治安及监狱的管理。

古代基层政府的执勤、执法人员主要从当地人民中征招，甚至是由刑徒罪犯来担任的。从云梦出土的秦简中可以看到，当时基层政府的执法人员如亭卒、求盗等是从当地人民征招，而勤杂人员大多是罪犯转变而来的官府奴隶“隶臣妾”，很多司法方面的勤杂事务也是由专门的“牢隶臣妾”来承担的。后代基层政府主要从民间征集人力、财力来解决政府日常需要，人民承担的这种义务就称之为“职役”、“差役”，以至于后来把政府的勤杂人员都称之为“差役”、“衙役”。明清时基层州县政府的衙役分为“三班”，即站班皂隶（负责维持升堂审判秩序、执行刑讯及跟随卫护官员，因穿着皂青色服装而得名）、捕班快手（负责缉捕罪犯，简称捕快）、壮班民壮（负责巡逻保护衙门、仓库、监狱、重要道路），另外还有看管监狱的禁卒牢子、管理仓库的库子斗级、侍奉官员的门子、递送公文的铺兵等等，一个州县衙门的衙役少则百来个，多的要有上千个。官府对这些人不过是发放一点“工食

银”(伙食补贴),他们的主要经济来源在于收受各种“陋规”,甚而敲诈勒索。由于一般的良民百姓很少愿意应役,应役的大多是地痞流氓,发展到后来,衙役逐渐“职业化”。清朝还正式规定皂隶、捕快、禁卒等衙役为“贱役”,即使在脱役后子孙三代仍不得参加科举考试。这样一来就更使得执法人员的身分大大降低,不能不影响到司法状况。

县以上的地方第二级司法审判机构是郡(州、府)。秦汉时郡守是地方最高长官,具有政治、司法、军事、财政、人事等方面的广泛职权,被后人称之为“去古诸侯不远”(《日知录》卷九)。其在司法方面的主要助手是自行辟举的掾吏,各地制度并不统一,一般决曹掾吏负责裁判一般的案件,贼曹掾吏负责处理治安案件的审理,狱曹掾吏负责监狱的管理(也有的地方以狱曹负责诉讼受理及裁判)。除了重大案件外,郡守一般并不直接主持审判。在经过三国两晋南北朝时期的演变后,隋唐时基本依然采用秦汉的制度,县之上为州,州刺史虽然不再能够自辟僚属,但司法审判事务仍然主要依靠各曹僚属处理,一般由法曹参军事掌刑法,审判人命、盗贼之类的刑事案件;由户曹参军事处理婚姻、田土之类的民事案件。刺史只审判重大案件。宋朝强调知州必须亲自审判,但实际上各州设有专门负责侦缉、预审的司理参军,专门负责检断法条、提出判决建议的司法参军,以及进行日常受理案件、处理轻微案件裁判的判官、推官,此外又有通判副署判决,知州的司法职责并不很重。明清时期县之上为府(明清的州虽有属县,但州本身直接受理州内的民间诉讼,就司法审判而言,与县同为基层一审机构)。由于明清确立逐级复审制度,府无独立的终审权,仅为承上启下的中间复审环节。知府要亲自审判,司法方面的辅助官员仅一员推官及管理监狱的司狱司。

(二) 由中央派出机构演变而来的地方最高司法机构

中国古代郡县二级之上的地方政府机构均由中央派出机构演变而来,地方最高司法机构也不例外,但产生的时间较晚。郡(州、府)县

两级之上的地方最高专职司法机构产生于宋朝。汉朝的部刺史、唐朝的道观察使(多由节度使兼任)主要从监察官转变而来,处理的主要是官员违法犯罪案件。虽然刺史、观察使后来都成为地方最高长官,但当时郡县有自行终审权,案件很少上报,其司法审判职责并不突出。北宋淳化二年(991年)朝廷首次以刑部司门员外郎董循等十一人分充诸路提点刑狱,专门负责司法审判事务,此为地方设专职司法机构的开端。以后几经变化,至熙宁二年(1069年)正式形成制度,诸路提点刑狱“总郡国之庶狱,核其情实而覆以法督。治若疲软或冒法,则随其职事劾奏”(《文献通考》卷六一《职官考·诸使》),是司法及监察的专职机构。提点刑狱简称“提刑”,号为“宪司”,职权颇重,“掌察所部之狱讼而平其曲直,所至审问囚徒,详覆案牒,凡禁系淹延而不决、盗窃遁窜而不获,皆劾以闻,及举刺官吏之事”(《宋史·职官志》)。由此可见其监察职责的主体也是司法方面的监察。其下属有检法官、干办官、金书判官厅等。南宋时提点刑狱已完全是一路的最高法官,如《名公书判清明集》一书中收录的大多是提点刑狱对于下属上报案件的批示、复审意见等等。

宋朝在地方设置专职司法机构的做法被以后的朝代继承。元朝初年在所占有的地区仿照宋制按道分设提刑按察司,作为中央御史台的派出机构,掌管一道的司法审判及官员监察。至元二十八年(1291年)改称肃政廉访司,并在这之后划分全国为二十二个道,每道置肃政廉访司。其中山东等八道号为“内道”,直属中央御史台;江东等十道号为“江南十道”,隶属于江南行御史台;陕西等四道号为“陕西四道”,隶属于陕西行御史台。每司设肃政廉访使二员,副使二员,金事四员,下属有经历、知事等属官(《元史·百官志》)。道的划分和十大行省的行政区划并不合一,而道内的各路总管府及州县和肃政廉访司的联系也并不稳定。明朝建国后进一步改进,各省均设提刑按察使司,“掌一省刑名按劾之事,纠官邪、戢奸暴、平狱讼、雪冤抑,

以振扬风纪而澄清其吏治”(《明史·职官志》)。提刑按察使司设按察使一员,又设副使、金事若干员,其下属有经历、知事、照磨、检校、司狱司等。全省应处徒刑以上的诉讼案件都要经按察使司的复审。另外承宣布政使司下也设有理问所及司狱司,但一般处理的是民事方面的上诉案件。清朝入关,沿袭了明朝的制度,并在康熙三十八年废除了省布政使司的理问所,集中了司法审判的权力(《清史稿·职官志》)。

值得注意的是,古代中央派出机构除了监察官外,还有很多是负责一个战区的军事指挥官,如秦汉的将军,三国两晋南北朝的都督,唐朝的节度使,明清的总督、巡抚。作为战时措施,皇帝往往赋予这些军事长官生杀大权,一般授予“斧钺”、“尚方宝剑”、“符节”之类的皇权象征物,表示其有权代表皇帝处断。如三国两晋南北朝时的都督分为假黄钺(皇帝的代表,有生杀全权)、使持节(得杀二千石以下的官员)、持节(得杀无官位人)、假节(只能杀犯军令之人)等几级(《宋书·百官志》)。明清时的总督、巡抚往往持有“王命旗牌”,得以对一些重大的死罪案件“先斩后奏”。这种军事长官后来往往成为一个地区的最高长官,其原有的伴随战时体制而来的司法审判权力也依然保存,成为一地的最高司法官。唐之节度使、明清之总督、巡抚都是如此。

(三) 监察地方司法审判的机构

汉时,各郡划为二至五部,郡守派出掾吏为督邮,分部巡视属下的各个县,其监督的内容自然也包括对于县令所审判案件的监察。汉代的州刺史也经常派出部从事巡察各郡。唐宋时朝廷也经常派出御史巡行地方。而地方基层监察制度最严密的,莫过于明朝。明朝每年从中央朝廷都察院派出监察御史巡行按察各省,巡按御史号为“代天子巡狩”,“按临所至,必先审录罪囚,吊刷案卷,有故出入者理辩之。诸祭祀坛场,省其墙宇祭器。存恤孤老、巡视仓库、查算钱粮、勉励学校、表扬善类、剪除豪蠹,以正风俗、振纲纪”(《明史·职官志》)。在巡

按御史广泛的职责中,司法审判监督是位于第一位的。明代府州县城都修有“按院”,平时空关,巡按御史按临即在按院升堂问事。为加强对于地方基层的监察,明洪武十四年(1381年)在各省按察司之下分设按察分司,按察分司由省按察使司的副使、佥事为长官,分巡所属府县,故后称“分巡道”,其监察职责与按察使相同。洪武二十九年(1396年)确定全国按察分司为41处,至明末分巡道已近六十处。原来分司应是巡行视察,没有确定的驻地,各府州县城都修有分司衙门,供分司巡至当地时使用,但到明末时,各分巡道都已有固定的驻地。清朝在顺治十七年(1660年)省革了巡按御史一职,但分巡道的体制依然保留,并且逐步增设,到清末全国已有七八十处。

(四) 地方特殊管辖的司法机构

在一些少数民族皇朝统治时期,其在地方的少数民族及其附属人口一般不受普通司法机构的管辖,仍由原来的少数民族社会组织处理其诉讼事务。如辽朝在地方设立由契丹族在战争中掳掠的俘户及私奴组成的“头下军州”,由契丹贵族管理,诉讼自成一体。金朝女真族社会组织“猛安谋克”(一般以三百户为一谋克,十谋克为一猛安,进入中原后还包括归附的契丹族、汉族人民),既是军事编制、生产单位,也是政权组织及司法机构。元朝也在地方上设置多重司法机构,处理不同的特殊诉讼。凡蒙古族及驻军都受军队系统司法机构的管辖,蒙古军队的军官奥鲁兼理司法。僧道的管理机构也兼理司法,一般僧人及道士的诉讼由本寺观的住持、掌门审理,或由僧官、道官审理。

明朝建立后沿袭了元朝军民分理的制度,在各地驻军都设置专门的司法机构。各省最高军事机构都指挥使司中设有断事司,有断事、副断事等官职,负责全省军人案件的审理。以下的各卫所(明军事单位,一般五千六百人为一卫,一千一百二十人为千户所,一百十二人为百户所),卫设有镇抚司,所设有镇抚,负责审理本卫所的军人

诉讼。

清朝入关,在有八旗驻军的府中专设理事同知、理事通判,审理八旗人员诉讼。八旗军人的诉讼由军官佐领、参领、都统兼理。绿营兵也由其军官兼理诉讼。

从上述的古代司法审判机构的演变中可以看到,总的趋势是基层司法机构日益精简,这和中央司法机构的日趋分化扩大、基层之上的种种监察机构日趋加强的情况恰成对比,整个司法审判机构的体系呈现着头重脚轻的现象。就理论上而言,社会经济的发展会造成日益增多的民间诉讼,基层司法机构会受到越来越大的压力,基层司法机构的精简更会导致基层审判职能的减弱,并使社会经济生活基本上是在法制外的轨道上运行。然而不可忘记的是,中国古代法律的主要的甚至是唯一的目的是维持君主专制中央集权的政治统治,因此司法机构的演变正是朝着加强中央集权的方向进行的,并不直接反映社会经济的发展状况。这种演变的实际意义是将基层政权的力量集中于镇压的功能上,忽略甚至是故意无视社会经济生活的规范问题,力图保证基层政府有限的力量能够按照君主专制集权的中央朝廷的意志去维护统治的秩序。

三、法官的培训及其助手

除了秦汉时期外,中国古代从事司法审判的官员往往并不具备法律知识的培训经历,法官也很少是终身任职的,主持司法审判一般只不过是官员宦途上的一站而已。这种主要由非专业的法官进行司法审判的现象,也是中国法制的特色。

秦朝厉行法治,官员大多从熟悉法律的刀笔吏起家,直到汉代,“以吏为师”的传统依然在发挥影响力。据《文献通考·选举考》的统计,《汉书》所记载的人物中有二十九人是小吏出身,占了各类人物出

身的第一位。而西汉的五十七位廷尉中,《汉书》中有传的有十一人,其中六人是掾吏出身,另有二人是以学律令治刑名而著称。东汉时,律学兴盛一时,颍川郭氏“家世衣冠”,世传律学,郭弘任颍川太守的决曹掾三十多年,其子郭躬聚徒讲学,后以郡吏起家而两任廷尉。郭氏在百年之中出了七位廷尉(《后汉书·郭躬传》)。与郭氏齐名的是沛国陈氏,也家传律学,而陈宠官至廷尉(《后汉书·陈宠传》)。据统计,东汉的二十二位廷尉,就有十七人被誉为“明习法律”。以至于形成廷尉必选于律学世家的习惯,东汉末年,经学世家的杨赐被命为廷尉,杨赐即以“代非法家”为由推辞不受(《后汉书·杨赐传》)。总之在秦汉时代,司法审判在相当程度上可以说是专业化的。

三国两晋南北朝时期,律学一蹶不振,不再是儒家经学的组成部分。世家大族子弟依靠“九品中正制”,举孝廉为官如探囊取物,不屑于学习律学。司法审判也被士族视为“浊务”,不愿担任司法审判官职。曹魏时卫觊提出朝廷设立律学博士,鼓励律学的传播,得到了魏文帝的批准。但律博士却设立在廷尉之下,仅仅是作为一个咨询性质的官职,影响有限。隋、唐确立科举制后,在国子监保留了“律学”,由三名律学博士教授法律,学生定额五十名,通过考试后可由吏部授予从九品上、下阶的官职。科举中也设有“明法”一科,但据《文献通考·选举考》的考证,整个唐代共举进士六千七百三十一名,而其他各科(明经、明法、明书、明算)合称“诸科”,仅举一千五百八十三名,平均每科每年仅有五点四八名,各科平摊仅一人。况且诸科一般就是指明经科,明法科的考生很少。《旧唐书》和《新唐书》所记载的唐代人物中,明法出身的仅有一人而已(李朝隐,664—734年,唐玄宗时曾两任大理卿)。宋代虽然仍保留国子监的律学,但不再单独招生,主要是为参加吏部选官的人补习法律。明法科也时置时废。到元朝正式取消了律学及明法科。从此朝廷不再有专门进行法律教学及研究、培训选拔司法审判人才的机构。

唐、宋以科举制选拔官员,但在选官时都还比较注意官员的法律知识。宋代选官者要先经律学的培训,而且唐宋时进士中试后一般不直接担任独当一面的官职,一般都先派到大理寺为大理评事、或派到地方担任县尉,熟悉了法律及司法事务后再转为主官。明朝中央及地方的官办学校教学完全为儒学内容,科举仅进士一科,进士及第后往往立即派往各地担任知县或担任监察御史巡按一省,所读、所考与法律毫无关系,而一任官职就要审判案件。为了防止官员不懂法律造成冤案,《大明律·吏律·公式》专设“讲读律令”条,规定:“凡国家律令参酌事情轻重,定立罪名,颁行天下,永为遵守。百司官吏务要熟读,讲明律意,剖决事务。每遇年终,在内从察院、在外从分巡御史、提刑按察使官按治去处考校,若有不能讲解、不晓律意者,初犯罚俸钱一月,再犯笞四十附过,三犯于本衙门递降叙用。”清律依然沿袭这一条文。但实际上明清主要从科举制选拔的官员对此毫不在意。清末法学家沈家本在其《法学盛衰说》中指出:“明设讲读律令之律,研究法学之书,世所知者约数十家,或传或不传,盖无人重视之故也。本朝讲究此学而为世所推重者不过数人,国无专科,群相鄙弃。纪文达编纂《四库全书》,政书类法令之属仅收二部,存目仅收五部。其按语谓:刑为盛世所不能废,而亦盛世所不尚,所录略存梗概,不求备也。夫《四库全书》乃奉命撰述之书,天下趋向之所属,今创此论于上,下之人从风而靡,此法学之所以日衰也。”^①

书吏一直是历代官府中政务的实际操作者,往往揽权坏法。南宋《名公书判清明集》中就有“公吏”一门,集中收录了二十六道惩治违法害民书吏的书判。并有“害民莫如吏”的感叹^②。而明初名臣刘基在所著《官箴》三篇中专列一篇警告官员要“远吏近民”,提出“人有恒

^① 《寄蓀文存》卷三,见《历代刑法考》第四册,第2143页。

^② 《名公书判清明集》卷二《澄汰》。

言：遇吏如奴，竖防固堤，犹恐穿窬”（《诚意伯文集》卷八）。《大明律·名例律》特设“吏卒犯死罪先斩后奏”条，威慑书吏不敢害民。但明朝基层政府编制被大力缩减，而地方官又大多是法律的门外汉，甚至是对法律毫无兴趣，因此实际的司法审判事务依然被书吏把持。明清时俗语“任你官清似水，难逃吏滑如油”，即指这种现象。

大约从明末时起，很多官员都自行聘请一些专门顾问来帮助自己处理司法审判及行政事务。这种私人聘请的顾问仿照过去武官出镇自辟幕僚的习惯而称之为“幕友”（俗称师爷），其中最重要的是辅助官员处理司法审判事务的“刑名幕友”。幕友没有政府官员及任何公职身分，其报酬是官员以自己的收入支付的“束修”。他们与官员同进退，彼此平礼相见应酬，地位较为自由，并不存在对于官员的从属关系。这种地位来自刑名幕友的专业法律知识，一个刑名幕友要经过几年的学习及见习后，才能够掌握法律方面的专业知识，各种公文的格式以及各种官场惯例，称之为“幕学”。刑名幕友在清代司法审判中的作用相当大，在基层政府中，幕友为官员批示民间诉状呈词，决定是否受理案件；为官员划定传唤的范围、对象，有的还指导侦查缉捕；决定审理案件的日期，为官员提示审讯的重点；在审讯时幕友在堂后旁听，及时提示官员掌握审讯的节奏，核对由刑房书吏所作的审讯笔录；尤其是幕友为官员草拟种种司法审判方面的文件，如判决书及上报上级的“申详”等。实际上清朝时已是“无幕不成衙”，几乎所有的地方官及朝廷的堂官都有自己的幕友，司法审判文书几乎都是由幕友起草的。然而幕友虽号为“佐治”，但其参与司法的出发点是保证东家能够避免在司法审判中犯差错，避免上级的追究，并不是为了真正按照法律办事。清中期就有刑名幕友为“救生不救死，救官不救民，救大不救小，救旧不救新”的“四救先生”的说法^①。清末思想家龚自珍也

^① 清·纪昀：《阅微草堂笔记·姑妄听之之四》。

曾专门撰文指出,全国的司法审判文书如出一辙,司法状况漆黑一团,就是因为幕友师爷已经垄断了司法审判,“豺踞而饕视,蔓引而蝇孳”,已不复有正常的司法制度可言。^①

第二节 诉讼制度

诉讼在中国古代也常常被称之为“狱讼”、“词讼”,据《周礼·秋官·大司寇》注:“讼,谓以财货相告者。……狱,谓相告以罪名者。”《周礼》本文并言“讼”的两造要入“束矢”于朝,“取其直也”;“狱”的两造要入“钧金”于朝,“取其坚也”。或许在西周时诉讼有民事和刑事之分,但《左传·僖公二十八年》注则称:“狱、讼皆争罪之事也。”唐人孔颖达疏《诗·周南·行露》言西周时狱讼两字,对言有别,合称同义。从现有史料来看,至迟到战国时期,诉讼已无区别,无论民事、刑事诉讼都适用同样的程序、同样的制度。

一、诉讼的限制

古代诉讼虽无明确的刑事、民事之分,但实际上基本把诉讼分为危害统治秩序的重大犯罪与一般的轻微犯罪(包括现在认为是民事诉讼的诉讼内容)两大类。对于前者要求民间主动检举揭发,而对于后者则有种种限制。本节所言之限制主要指后者。

(一) 诉讼资格的限制

诉讼资格的限制有年龄上的和身分上的。

诉讼主体在年龄上的限制。目前可知的最早的这方面法律当是

^① 见《龚自珍全集·乙丙之际塾议三·治狱》。

《唐律疏议·斗讼》“被禁囚不得告举他事”条所载：“年八十以上、十岁以下及笃疾者，听告谋反、逆、叛、子孙不孝，及同居之内为人侵犯者，余并不得告。官司受而为理者，各减所理罪三等。”律疏解释：“老小及笃疾之辈，犯法既得勿论，唯知谋反、大逆、谋叛、子孙不孝，及阙供养，及同居之内为人侵犯，如此等事，并听告举。自余他事，不得告言。如有告发，不合为受。”很明显，限制老小笃疾的诉讼资格的出发点在于这些人是限制刑事责任能力人，如果诬告也无法反坐其罪，有可能被人唆使滥行诬告，所以要对其诉讼资格加以限制。这一制度在宋朝有所修订，宋乾德四年（966年）诏：“七十以上争讼（原误做谄）婚田，并令家人陈状。”这一诏书在北宋时曾多次重申。^①元朝法律只是笼统规定“诸老、废、笃疾”不得自诉（《元史·刑法志》）。明朝恢复唐朝制度，《大明律·刑律·诉讼》“见（现）禁囚不得告举他事”条规定：“其年八十以上、十岁以下及笃疾者若妇人，除谋反、逆、叛、子孙不孝或己身及同居之内为人盗、诈、侵夺财产及杀伤之类听告，余并不得告。官司受而为理者笞五十。”清律沿袭。

诉讼主体在身分上的限制主要有：

在押犯不得提起诉讼。这一制度有一个发展过程，秦朝出于鼓励告发犯罪的目的，规定在押犯可以告发，湖北云梦出土秦简的“法律答问”部分有很多在押犯诬告他人的处理方法，如：“当耐司寇而以耐隶臣诬人，可（何）论？当耐为隶臣。当耐为侯（候）罪诬人，可（何）论？当耐为司寇。”^②其原则是按诬告反坐加重处罚。汉代法律允许在押犯告发反逆大罪，但据现有史料还不清楚是否能够告发其他的犯罪。魏晋律加重囚徒诬告人谋反罪的处罚，要连坐

① 可见《宋会要辑稿·刑法三之一〇、一一》，《续资治通鉴长编》卷七六，大中祥符四年九月庚辰。

② 《睡虎地秦墓竹简》，第198、199、202、203页。

其家属^①。可见已对在押犯的诉讼资格加以限制。《唐律疏议·斗讼》专设“被禁囚不得告举他事”条,规定:“诸被囚禁,不得告举他事,其为狱官酷己者,听之。”律疏对此又做了扩大解释:“即流囚在道,徒囚在役,身婴枷锁,或有援人,亦同被囚禁之色,不得告举他事。”并引《狱官令》:“囚告密者,禁身领送,即明知谋叛以上听告,余准律不得告举。”宋、元、明、清各代沿袭了唐律的制度。明清律也有“见(现)禁囚不得告举他事”条,内容与唐律相同,但又规定:“若因囚禁被问,更首别事有干连之人,亦合准首,依法推问科罪。”

笃疾之人。笃疾之人被限制诉讼资格已见上述。

妇女。元朝法律规定:“诸妇人辄代男子告辨争讼者,禁之。若果寡居及虽有子男为他故所妨,事须争讼者,不在禁例。”(《元史·刑法志》)这样一来就限制了妇女的诉讼资格,而这是元以前法律所未曾明确规定的。明朝法律对妇女的刑事责任能力予以限制,除了犯奸及死罪外,妻子一般不受监禁,责夫收管。因此也出于和唐朝时同样的立法考虑,将妇女和老小笃疾者并列,限制其诉讼的资格。

(二) 诉讼对象的限制

在诉讼的相对关系中,中国古代的法律强调双方当事人血缘关系及社会地位的差别,不得对血缘关系中处在尊长的一方,或是对社会关系中处在自己所从属的一方提起诉讼。

据《国语·周语》,西周时已严禁儿子对于父亲提起诉讼,所谓“父子将狱,是无上下也”。湖北云梦出土的秦简“法律答问”中,将诉讼分为“公室告”、“非公室告”两类,“贼杀伤、盗他人为‘公室’;子盗父母,父母擅杀、刑、髡子及奴妾,不为‘公室告’”。另又有“主擅杀、刑、髡其子、臣妾,是谓‘非公室告’,勿听。而行

^① 沈家本:《汉律摭遗》卷六《囚律·告劾》,见《历代刑法志》,中华书局1983年版,第1476页。

告，告者罪。”^① 汉朝法律已把子告父母列入不孝重罪，处以弃市。《唐律疏议·名例》“十恶”的不孝罪名也包括告发祖父母、父母，除了告发谋反、逆、叛罪之外，都一律处以绞刑。告期亲尊长及外祖父母、妻告夫及夫之祖父母、父母，虽得实，仍处徒二年。告大功尊长徒一年半，小功、缌麻尊长徒一年，告小功、缌麻卑幼也要杖八十。元朝的法律对此没有唐宋时那样严厉，只是规定：“诸子证其父、奴讐其主，及妻妾弟侄不相容隐，凡干名犯义为风化之玷者，并禁止之。”（《元史·刑法志》）明、清律的《诉讼》专设“干名犯义”条，规定子孙告发祖父母、父母、妻妾告夫及夫之祖父母、父母，处杖一百徒三年，诬告者绞。告期亲尊长、外祖父母杖一百；告大功，杖九十；告小功，杖八十；告缌麻，杖七十。可以告发的罪名比唐宋时范围较大，“其告谋反、大逆、谋叛、窝藏奸细，及嫡母、继母、慈母、所生母杀其父，若所养父母杀所生父母，及被期亲以下尊长侵夺财产或殴伤其身，应自理诉者，并听告，不在干名犯义之限。”

奴婢及部曲、雇工人之类依附于主人的贱民不得告发主人。上述的秦简中的内容已说明了这一点。而且在历史上一直被视为重罪。《唐律疏议·斗讼》专设“部曲奴婢告主”条：“诸部曲、奴婢告主，非谋反、逆、叛者，皆绞（原律注：被告者同首法）。告主之期亲及外祖父母者，流；大功以下亲，徒一年。”元明清时奴婢告主为“干名犯义”之罪，雇工人减罪一等。

（三）诉讼时间的限制

既然中国传统的政治法律思想都认定诉讼的发生是社会的弊端，是骚扰朝廷稳定政治统治的因素，因此在法律实践上尽力限制民间提起诉讼，以求“息讼”。这主要表现在对民间提起诉讼的时间上的限制。所谓“王者之政莫急于盗贼”，凡杀人、抢劫、窃盗之类的重大刑

^① 《睡虎地秦墓竹简》，第195、196页。

事案件的诉讼都受到高度重视,起诉不受限制。但对于婚姻、继承、债务之类的民事诉讼就采取了种种限制措施,至迟自唐朝开始,就有明确的制度限定这些诉讼的起诉及受理时间。唐《杂令》规定:“诉田宅、婚姻、债务,起十月一日,至三月三十日检校,以外不合。若先有文案、交相侵夺者,不在此例。”《宋刑统·户律》特设“婚田入务”门,引用上条唐《杂令》外,又补充规定这些诉讼只能在十月一日至正月三十日的三个月内受理,并在三月三十日之前审理完毕。其余时间不得提起诉讼,称之为“入务”,而十月一日至三月三十日的受理、审理期为“务开”或“务停”。这种“婚田入务”的制度以后又被入主中原的元朝沿袭,长期施行达七八百年之久。

明朝法律取消了“婚田入务”的制度,原则上而言,当事人可以随时提起各类诉讼,然而地方官府既无兴趣、也无能力来处理复杂的诉讼事务,除了重大案件外,各地官府都自行规定只能在特定的“放告日”才能够提起诉讼。“放告日”也称“词讼日”,完全是地方官府的“土政策”,其设定毫无规范可言,如明代以治河闻名的能吏潘季驯认为一个月只要放告两天就够了,而很多的地方官府则都采用每三、五日放告一次的办法^①。因此,实际上明朝时地方官府受理一般诉讼的日子每年不会超过百日,和唐宋元时相差不大。

清朝康熙年间制定“农忙停讼”条例,后几经修改,成为正式的制度:“每年自四月初一日至七月三十日,时正农忙,一切民词,除谋反、叛逆、盗贼、人命及贪赃坏法等重情,并奸牙、铺户骗劫客货查有确据者俱照常受理外,其一应户婚、田上等细事,一概不准受理。自八月初一日以后,方许听断。若农忙期内受理细事者,该督抚指名题参”^②。在这四个月里受理民事案件成为官员的一项政务劣迹。清地方官府

^① 杨雪峰:《明代的审判制度》,台湾黎明文化事业公司1978年版,第150页。

^② 清·吴坛:《大清律例通考》卷三〇《刑律·诉讼》“告状不受理”律条所附条例。

经常在四月一日起就在衙门两侧树立“农忙”、“止讼”木牌,禁止民间起诉。在其余的八个月里也沿袭明代的惯例,要在“放告日”或称“词讼日”才允许起诉,清初一般是每月逢三、逢六、逢九为词讼日,清末则大多为逢三、逢八,称之为“三六九放告”或“三八放告”。在年末“封印”停止办公的一个月里,当然也禁止起诉。这样一来,民间实际能起诉的日子一年里不过只有几十天而已。^①

二、管 辖

中国古代的司法审级的概念与近代不同,并不是依照特定的案件(案件的种类)或案件的大小来确定管辖。除个别的例外(如官员犯罪案件或告发重大政治案件),一般而言,诉讼都必须从基层开始,即使是基层司法机构不能终审的案件,仍要由基层司法机构受理并进行初审,提出判决意见后再逐级复审转送,直至有终审权的审判级别为止。如《唐律疏议·斗讼》专设“越诉”之罪,律疏对该罪名的解释是:“凡诸辞讼,皆从下始,从下至上,令有明文,谓应经县而越向州、府、省之类。”越诉者及受理者都要处笞四十。以后历代均设此罪。《大明律·刑律·诉讼》“越诉”:“凡军民诉讼,皆须自下而上陈告,若越本管官司辄赴上司称诉者,笞五十。”

由于上述原因,古代诉讼管辖主要是指地域管辖、身分管辖。

(一) 地域管辖

如上所述,中国古代基层政府行政司法不分,基层政府的辖区范围就决定了诉讼的管辖区域。由于古代交通及通讯方面的困难,历代主要采用了“案件发生地”原则。如《唐六典》卷六“刑部郎中员外郎”引《狱官令》:“诸有犯罪者,皆从所发州县推而断之。在京诸司,则徒

^① 那思陆:《清代州县衙门审判制度》,台湾文史哲出版社1978年版,第105页。

以上送大理,杖以下当司断之。”这一原则历经宋元明清无所更改。

如果诉讼的两造分属不同的政区,则主要采用原告就被告的原则。如《元史·刑法志》所载元朝法律:“诸州县邻境军民相关词讼,元(原)告就被论官司归断。”此外又有如下的补充。

“原告就被告”。《大明律·刑律·诉讼》“告状不受理”条:“若词讼原告被论在两处州县者,听原告就被论官司告理归结。推故不受理者,罪亦如之(指同样构成告状不受理罪)。”然而对于有些如钱债之类的民事诉讼,则往往允许原告在自己所属的地方官府起诉。在居延汉简中有不少简文就是原告所在地的官府移文被告所在地官府,委托被告所在地官府“验问”催收债务。如《建武三年侯粟君所责寇恩事》简文,即为居延县廷在收到居延都尉府转来的原告侯粟君起诉寇恩欠债的文件,进行调查后作出的答覆,认为是侯粟君控告不实,故入人罪,建议原受理机构处罚原告^①。明代条例也曾规定:“凡内外放债之家,不分文约远近,系在京住坐军匠人等揭借者,止许于原借之人名下索取,不许赴原籍逼扰。如有执当印信阅单勘合等项公文者,提问,原债不还。”^②明清时的条例还规定:“直省客商在于各处买卖生理,若有负欠钱债等项事情,止许于所在官司陈告,提问发落。”既不能向被告的原籍官府起诉,更不能到京师直诉。不过这种情况只允许优待客商,如果是一般的“户婚、田上、钱债、斗殴、赌博等细事”,则仍然“于事犯地方告理,不得于原告所住之州县呈告”^③。

“后发就先发”。《唐律疏议·斗讼》“囚徒伴在他所者,听移送先系处并论之。”律疏解释:“假有诸县相去各百里内,东县先有系囚、西

① 该简文可见《文物》1978年第1期,并参见叶孝信主编:《中国民法史》,第164—166页。

② 《皇明制书》卷下。

③ 清·吴坛:《大清律例通考》卷二九《刑律·诉讼》。据吴坛考证,此条例为明天顺年间(1457—1464年)制定,清雍正三年(1725年)修正。

县囚复事发,其事相连,应须对鞠,听移后发之囚送先系之处并论之。”《大明律·刑律·断狱》“鞠狱停囚待对”：“凡鞠狱官推问罪囚,有起内人伴见(现)在他处,官司停囚待对者,虽职分不相统摄,皆听直行勾取,文书到后,限三日内发遣。违限不发一日,笞二十,每一日加一等,罪止杖六十。”上述情况下如果两方的被告数目相同,在三百里以内,“以后发之囚送先发官司并问。”但只要双方相隔在三百里以外的,“各从事发处归断”。

“轻囚就重囚”。如果一起案件牵涉到几处地方的被告,历代都允许原审机构发文或派人“关提勾问”。尤其是发生诸如强盗、杀人之类重大的刑事案件时,还允许越境追捕。唐律上条律注称:“谓从轻从重。”律疏解释:“谓轻罪发虽在先,仍移轻以就重。”明律上条也规定,如果应勾问的对象在当地已因同一案件被捕,则“若起内应合对问同伴已在他处州县事发见问者,听轻囚就重囚”。如两地相隔三百里以内,可将罪轻的被告移送至罪重的被告所属官司审判。

“少囚从多囚”。上述情况下如果一方被告多于另一方,唐律上条又有律注说明:“若轻重等,少从多。”律疏解释:“谓两县之囚罪名轻重等者,少处发虽在先,仍移就多处。”但和上述情况相同,如果相隔百里以上,则“各从事发处断之”。明律改为在两地相隔三百里以内,被告少的一方可将案件移送到被告多的一方审理。

(二) 身分管辖

从上文所述的司法机构情况中已经可以知道,和近代法律不同,古代的法律经常因为诉讼当事人身分的不同而规定了不同的管辖关系。在少数族皇朝统治时期,少数族人的诉讼管辖都是特殊的。元、明、清时,军人的诉讼管辖也与百姓的诉讼管辖不同。但一般而言,重大的刑事案件的管辖权依然在地方官府。如《元史·刑法志》载元朝法律规定,凡军人、僧道及投下等特别人户,“但犯强、窃盗贼、伪造宝钞、略卖人口、发冢、放火、犯奸及诸死罪,并从有司归问,其斗殴、婚

田、良贱、钱债、财产、宗从继绝及科差不公，自相告言者，从本管理问”。明清律中专设“军民约会词讼”条，规定凡人命案件要由地方官府约会管军衙门检验、审理，并由地方官府审结。凡军民之间的诉讼则要由地方官府约会管军衙门“一体约问”。

另外，历代对贵族官员犯罪案件的管辖也是特殊的。早在汉代就已明确规定，皇帝的宗室成员犯罪必须要“先请”，经宗正上报皇帝批准后才可审理。《后汉书·百官志》提到凡宗室“若有犯法当髡以上，先上诸宗正，宗正以闻乃报决”。汉高祖时下诏，郎中以上的官员犯耐罪以上先请后审。以后汉宣帝把先请的范围降至六百石官员，东汉光武帝再进一步降至六百石以下的墨绶官员。这些规定被后世继承。明代规定凡八议对象、京官及五品以上外官犯罪，必须奏闻请旨后才可审理。地方府州县官员犯笞罪以上也都经奏闻后才可审问。清朝则进一步规定无论官员大小，如犯罪都一律要实封奏闻请旨，不许直接审问。

还有一种人的诉讼管辖也是特殊的，这就是明清时有科举功名的士大夫。明朝开始规定官学生员（俗称秀才）及获得各类科举功名者享有不受刑讯、不受体罚、可礼见官长等特权，这些人如果有重大犯罪嫌疑，必须经过省一级主管科举考试的官员（学道、学政）批准褫夺功名后，才可以关押刑讯。

三、诉讼时效

（一）不得告言赦前事

在刑事方面最重要的诉讼时效制度，就是传统的不得告言赦前事的法律。大赦及其各种赦免在中国古代法制史上是经常发生的（详见后文），当朝廷颁布大赦，或下诏赦免了某些罪名以后，就不得对发生于大赦或赦令之前的罪行提起诉讼。早在战国时期的秦国就已有

这样的法律。如云梦出土的秦简“法律答问”中有：“或以赦前盗千钱，赦后尽用之而得，论可（何）也？毋论。”可见赦前盗罪不再予以追究。在《封诊式》部分可以看到，当时审讯时都要讯问受审对象是否被判过刑，是否被赦免过^①。汉朝曾多次发布不追究赦前事的法令，如汉哀帝即位当年（绥和二年，前7年）诏：“有司无得举赦前往事。”（《汉书·哀帝纪》）汉平帝即位当年（元寿二年，前1年）诏：“夫赦令者，将与天下更始，诚欲令百姓改行絜己，全其性命也。往者有司多举奏赦前事，累增罪过，诛陷亡辜，殆非重信慎刑，洒心自新之意也。……自今以来，有司无得陈赦前事置奏上。有不如诏书为亏恩，以不道论。定著令。布告天下，使明知之。”（《汉书·平帝纪》）从而使这项诏书成为正式的法令。

三国两晋南北朝时期的法律都规定官府不得受理告发赦前事，《唐律疏议·斗讼》则更进一步规定告言他人赦前罪行的即构成诬告罪，应反坐其罪。“诸以赦前事相告言者，以其罪罪之。官司受而为理者，以故入人罪论，至死者各加役流。若事须追究者，不用此律。”原律注对于“事须追究者”加以明确：“追究谓婚姻、良贱、赦限外蔽匿、应改正征收及追见赃之类。”按律疏的解释：“若常赦所不免，仍得依旧告言。”即十恶之类的重大犯罪仍可追究。又解释：“婚姻、良贱，谓违律为婚、养奴为子之类，虽会赦须离之、正之。赦限外蔽匿，谓会赦应首及改正征收，过限不首、若经责簿帐不首、不改正征收；及应征见赃，谓盗诈之赃，虽赦前未发，赦后捉获正赃者，是为见赃之类，合为追征。”

唐律的制度被后世法律继承。《大明令·刑令》规定：“以赦前事告言人罪者，以其罪罪之。若干系钱粮、婚姻、田土事须追究，虽已经赦、必合改正征收者，不拘此例。”清朝入关，将此条明令纂入《大清律

^① 《睡虎地秦墓竹简》，第167、205、216、247、250、259页。

例·名例律》“常赦所不原”条后,并对文字略加修改,作为附载的条例。一直施行至清末。

(二) 民事方面的诉讼时效

古代民事方面的诉讼时效,据现有的史料,当开始于唐代。《宋刑统·户婚》“典卖指当论竞物业门”所载“起请”中提到:“一应田土、屋舍有连接交加者,……请准唐长庆二年(822年)八月十五日敕,经二十年以上不论,即不在论理之限。有故留滞在外者,即与出除在外之年。违者并请以不应得为从重科罪。”又载唐长庆四年(824年)制:“百姓所经台府州县论理远年债负事,在三十年以前、而主保经逃亡无证据、空有契书者,一切不须为理。”可见唐朝已经确立了民事纠纷的诉讼时效,而且这一出典、买卖纠纷的二十年的诉讼时效,债负纠纷三十年的诉讼时效,都被宋朝继承。《宋刑统》该门还提到北宋初年的建隆三年(965年)曾制敕,规定典卖纠纷的诉讼时效为十年,而至《宋刑统》制定时又恢复唐以来的旧制。到南宋时,这一诉讼时效又进一步明确细节,《名公书判清明集》卷四《户婚门·争业》载有多条当时的法条,如《漕司送许德裕等告争田事》“准法:诸祖父母、父母已亡而典卖众分田宅私辄费用者,准分法追还,令元(原)典卖人还价。即典卖满十年者免追,止偿其价。过十年、典卖人死,或已二十年,各不在论理之限”。《吴肃吴榕吴检互争田产》“又准法:诸理诉田宅而契要不明、过二十年、钱主或业主死者,官司不得受理。”除了典卖纠纷外。对于财产继承纠纷也有明确的诉讼时效规定,同上书卷五《侄与出继叔争业》“在法:分财产三年而诉不平,又遗嘱满十年而诉者,不得受理”。即继承纠纷的诉讼时效为三年,遗嘱继承纠纷的诉讼时效为十年。

明清法律继承唐宋时期确立诉讼时效的传统,具有诉讼时效的规定。《皇明制书》卷下载明《问刑条例》:“告争家财田产,但系五年以上,并虽未及五年、验有亲族写立分书已定、出卖文契是实者,断令照

旧管业，不许重分，告词立案不行。”清朝的法律沿袭了这条条例。

四、代理

古代法律要求诉讼当事人本人亲自到廷起诉、受审，一般不允许代理诉讼。只有在诉讼当事人具有特权身分的情况下以及上述的诉讼资格受限制的情况下，才允许（有时是必须）由他人代理诉讼。

据《周礼·秋官·小司寇》，西周时“命夫命妇不躬坐狱讼”。注：“为治狱吏褻尊者也。躬，身也。不身坐者，必侔其属若子弟也。”据此可知，西周时凡贵族都实行诉讼代理，贵族不亲自出庭，而由其下属或子弟代理进行诉讼。但从目前所能看到的史料来看，至少在元朝以前，没有这一方面的明确法律。《元史·刑法志》载元朝法律：“诸职官得代及休致，凡有追会，并同见（现）任，其婚姻、田土、债诸事，止令子孙、弟侄陈讼，有辄相占陵者究之。”又“诸致仕得代官不得已与齐民讼，许其亲属家人代诉，所司毋得侵扰之。”而据《元典章》卷五三《刑部·诉讼》的记载，当时闲居官员与民诉讼常常署押公文而不出庭应诉，大德七年（1303年），朝廷以为如此情况使诉讼难以进行，特意改为听由子孙弟侄出庭代理诉讼。可见在这之前虽然没有明确的法律允许官员贵族等享有特权身分的人不亲自诉讼，但在习惯上，官员贵族一般都是不出庭应诉的，这当是汉唐以来的旧例。元朝不过是将这项习惯上的特权改为法律上的特权，并且将不出庭的特权限制为代理诉讼的特权而已。元朝的制度为明、清所接受，《大明律·刑律·诉讼》：“凡官吏有争论婚姻、钱债、田土等事，听令家人告官对理，不许公文行移。违者笞四十。”清律沿袭。这种代理在元朝以后称之为“家人抱告”。

诉讼资格受限制的对象进行诉讼也必须有诉讼代理。上引宋朝的法令已说明老小笃疾之人应由家人代理诉讼。《元史·刑法志》载

元朝法律：“诸老废笃疾，事须争诉，止令同居亲属、深知本末者代之。”明清时的条例规定：“年老及笃疾之人，除告谋反、叛逆及子孙不孝听自赴官陈告外，其余公事，许令同居亲属通知所告事理的实之人代告。诬告者，罪坐代告之人。”^① 代告一般也称之为“抱告”。

除了上述的情况以外，古代法律禁止其他的诉讼代理活动，甚至视代人诉讼行为、教授诉讼知识行为为重大犯罪。传说春秋时郑国人邓析替人诉讼，教人“以非为是，以是为非，是非无度，而可与不可日变，所欲胜因胜，所欲罪因罪”，最后被郑国执政处死，“民心乃服，是非乃定，法律乃行”（《吕氏春秋·离谓》）。后世法律依然以此为罪，即使是代人书写诉状，也不得有所加减。《唐律疏议·斗讼》“为人作辞牒”条：“诸为人作辞牒加增其状、不如所告者，笞五十。若加增罪重，减诬告一等。”另条：“诸教令人告，事虚应反坐、得实应赏者，皆以告者为首，教令为从。”唐朝只是规定代人诉讼要负连带责任，而宋朝法律则直接规定代人诉讼为犯罪，景德二年（1005年）诏：“诸色人自今讼不干己事，即决杖、枷项令众十日。情理蠹害屡诉人者，具名以闻，当从决配。”^② 教授人诉讼知识更视为大罪，绍兴十三年（1143年）敕：“诸聚集生徒教辞讼文书，杖一百。许人告。再犯者，不以赦前后，邻州编管。从学者，各杖八十。”^③ 南宋《名公书判清明集》专设“唆徒”、“把持”等门类，收集了不少惩治讼师的书判。而明、清律专设“教唆词讼”条：“凡教唆词讼及为人作词状增减情罪诬告人者，与犯人同罪。若受雇诬告人者，与自诬告同。受财者，计赃以枉法从重论。其见人愚而不能申冤，教令得实，及为人书写词状而罪无增减者勿论。”而且明、清的条例对讼师的处罚更重，如诬告强盗、人命重罪及诬告

^① 《大清律例通考》卷三〇《刑律·诉讼》。据作者吴坛考证，该条例系明朝旧例。

^② 《宋会要辑稿·刑法三之一二》。

^③ 《宋会要辑稿·刑法三之二六》。

十人以上,处近边充军;以钱雇人上京奏诉,雇者及受雇者发近边充军;“积惯讼棍”生事扰害者,发云贵两广极边烟瘴充军;撰写“构讼之书”者,处杖一百流三千里,贩卖者杖一百徒三年,购买者杖一百^①。在司法实践上,地方官也视讼师为大敌,所谓“唆讼者最讼师,害民者最地棍,二者不去,善政无以及人”。^②

五、起诉与传唤

起诉是一切诉讼活动的开端。古代的起诉可以分为因自己受到侵害而提起的起诉和揭发他人犯罪的告发两种。告发与起诉的形式相近,因此先介绍一般的起诉,然后介绍告发。

(一) 口头起诉与书面起诉

中国古代法律对于起诉并没有形式方面的硬性规定,只要能够据实起诉即可。但在司法实践中,官府为了防止民间反复缠讼,影响官府实现其主要的施政目标,一般都制订了不少起诉方面的地方性规章,这些规章各地有所不同,兴废不常,其主要内容却大同小异。

从云梦出土的秦简来看,当时起诉一般都是口头进行的,由原告亲自到庭提出诉讼要求,由县吏“传爰书”做成书面材料。爰书据《汉书·张汤传》注:“爰,换也,以文书代替其口辞也。”即相当于现代司法笔录。秦汉时爰书意义较广,包括陈述、报案、证词、口供、勘验及查封记录等等。后世逐渐以书面诉状起诉为主,但在如杀人、放火之类的紧急情况下,仍允许口头起诉“喊禀”。很多地方官府门首挂有鼓、锣,供人在紧急情况下起诉报案。然而“喊禀”后一般仍要由书吏记录陈词,做成诉状。

^① 以上均见于《大清律例通考》卷三〇《刑律·诉讼》。

^② 清·汪辉祖:《学治臆说》。

后世一般以书面诉状起诉为主要的起诉形式,以至于民间将起诉称之为“告状”。《唐律疏议·斗讼》已有关于代人书写诉状责任的专条,可见当时受理诉讼已大多要求有书面诉状,否则不识字的百姓自可自行口头起诉,不必请人代写诉状。另外,唐律又明确规定,起诉必须“指陈实事”,不得“称疑”;必须指明确切的事发年、月、日。宋朝各地官府有关起诉书面诉状的地方规章更为细致,很多官府都规定诉状必须由官府指定的“书铺”书写。书铺全称“写状钞书铺户”,要身家清白者经人担保、由官府发给“木戳”才能开业。所有的诉状,即使是当事人自行起草的,仍要由书铺抄写盖上木戳后才能递交官府。书面诉状字数不得超过二百,一状不得二事,一名不得二状,必须指明事发确切日期,被告确实姓名、住址^①。明清时对于诉状的要求也与宋朝类似,但更强调诉状必须开列证人的姓名、住址。如明代吕坤《实政录》卷六所载其巡抚陕西时所起草公布的诉状格式:

人命告辜式

本县某里某人为殴伤事。有某父(伯、叔、侄、兄、弟、妻、子),年若干岁,本月某日某时与某人为某事(多不过四字)相争,被某执拿(砖、石、金刃、他物)或用拳脚,将某父(伯、叔、侄、兄、弟、妻、子)顶心打有斜伤一处(青、红)色,长若干、阔若干;耳根打有圆伤一处(青、红)色,有(无)骨破,围若干,横若干。现今着床(或不食)。某人某人见证。为此抬扶到官,伏乞相看,案候保辜,责令本犯寻医调治。上告。

又如清朝黄六鸿《福惠全书》卷十一所记载的诉状格式:

正状式

告状人某告,为……某事……………

^① 可参见宋·李元弼:《作邑自箴》卷三,朱熹:《朱文公文集》卷一〇〇《约束榜》,黄震:《黄氏日抄》卷七《词讼约束》。

.....上告

本州(县)正堂老谷施行

计开

被告某,住某村,离城若干里 干证某 (同前) 两邻
(同前) 地方 (同前)

年月日 告状人 年岁 某府某县某里某甲籍,住某村,离城若
千里

抱告 某人

代书 某人

清朝又恢复了诉状必须由专人书写的法律。雍正七年(1730年)定例:“内外刑名衙门,务择里民中之诚实识字者,考取代书。凡有呈状,皆令其照本人情词据实誊写,呈后登记代书姓名,该衙门验明,方许收受。无代书姓名即严行查究。其有教唆增减者,照律治罪。”^①

(二) 告 发

秦国商鞅变法规定“不告奸者腰斩,告奸者与斩敌首同赏,匿奸者与降敌同罚”(《史记·商君列传》),从云梦出土的秦简来看,当时秦国的法律确实具有这样的内容。如在“法律答问”部分,有不少关于告发他人犯罪要求准确的内容,“告人盗百一十,问盗百,告者可(何)论?当赀二盾”;“甲告乙盗牛若贼伤人,今乙不盗牛、不伤人,问甲可(何)论?端为,为诬人;不端,为告不审”。也有应受何等奖赏的问题,“甲告乙贼伤人,问乙贼杀人,非伤也,甲当购,购几何?当购二两”。^②

后世法律虽没有如此重赏重罚,但基本都继承了奖赏告发重大犯罪、惩罚知情不报的法律原则。汉朝依然重“首匿之科”,据《急就篇》注:“首匿,为头首而藏匿罪人也。”《汉书·王子侯表》载,元封四年(前107年)毕梁侯刘婴“坐首匿罪人,为鬼薪”;元康元年(前65

^① 《大清律例通考》卷三〇《刑律·诉讼》。

^② 《睡虎地秦墓竹简》,第167—171、208页。

年)嗣侯刘崇“坐首匿死罪,免”;修故侯刘福“坐首匿群盗,弃市”。然而过分强调鼓励告发,也会造成诬告盛行,反而会导致社会的不稳定。曹魏黄初五年(224年)诏令:“谋反大逆乃得相告。其余皆勿听治。敢妄相告,以其罪罪之。”(《三国志·魏书·文帝纪》)对秦汉的告发犯罪原则加以修正。《唐律疏议·斗讼》规定:“诸知谋反及大逆者,密告随近官司,不告者绞。知谋大逆、谋叛不告者,流二千里。知指斥乘舆及妖言不告者,各减本罪五等。”凡“三谋”大罪,即使是最亲的亲属也应告发,才可免于缘坐。发生杀人及强盗罪,伍保邻居必须立即报案;对在徒罪以上的犯罪,伍保邻居“知而不纠者,死罪徒一年,流罪杖一百,徒罪杖七十”。后代法律大致相同。

告发的形式与起诉略同,最重要的要求是必须写明告发人的姓名。历代都将向官府投递匿名书视为大罪,因为告发人而不使用自己的姓名,如果是诬告就无法反坐,将大大干扰官府的正常工作。古代将匿名告发书称之为“投书”、“飞书”、“无头揭帖”等等。云梦出土的秦简《法律答问》中有:“有投书,勿发,见辄燔之;能捕者,购臣妾二人。”^①匿名书不得开拆,要立即烧毁。能捕捉到匿名书作者的,赏奴隶两个。《晋书·刑法志》言魏律改汉朝“投书弃市之科”,可见汉朝时投匿名书告发人为死罪。《唐律疏议·斗讼》专设“投匿名书告人罪”条,规定对投匿名书者处以流二千里之刑。并规定:“得书者,皆即焚之;若将送官司者,徒一年。官司受而为理者,加二等。被告者不坐。”律注解释匿名书:“谓绝匿姓名及假人姓名以避己作者。弃、置、悬之皆是。”无论是扔在地上、放置或悬挂某处都构成此罪。明、清律恢复对于这一罪名的死刑,“凡投隐匿姓名文书告言人罪者,绞。见者即烧毁,若将送入官司者,杖八十;官司受而为理者,杖一百。被告言者不坐。若能连文书捉获解官者,官给银一十两。”清代条例进一步规定投

^① 《睡虎地秦墓竹简》,第174页。

贴匿名揭帖及知而不首者均处绞立决。

(三) 投递和受理

起诉在古代往往称之为“首告”、“控告”、“呈控”，起诉人称“控告人”、“呈控人”、“告诉人”。明清时习惯上将命案的原告称为“苦主”，将盗案的原告称为“事主”。诉状称之为“辞牒”、“呈词”、“状词”、“控词”，俗称“状子”。

书面诉状的投递在明朝以前一般都是由当事人递交给官府的书吏，便于书吏从中捣鬼。北宋时，包拯知开封府，大开衙门，使得诉讼当事人可以直接到达其公座前陈诉。民间称颂“关节不到有阎罗包老”（《宋史·包拯传》）。明清时地方官府一般都要由州县正印官亲自收受诉状，作出是否受理的批示。习惯上每当特定的放告日，一大早地方官府衙门就挂出“放告牌”，原告人都来衙门前排队，候州县官升堂，当面呈递诉状，州县官收齐诉状后逐张点名，略加盘问，可以当场宣布受理或不受理，但一般都是在退堂后对诉状仔细进行分析后再批示是否受理，叫做“批词”。这在清代一般是由刑名幕友代官作出的。凡决定受理的一般不用说明理由，进入下一步传唤程序；而不予受理的一般都要简要说明理由。^①

受理诉讼案件是古代官府的一项主要职责，《大明律·刑律·诉讼》专设“告状不受理”条：“凡告谋反、叛逆，官司不即受理、掩捕者，杖一百徒三年。以致聚众作乱、或攻陷城池及劫掠人民者斩。若告恶逆不受理者，杖一百。告杀人及强盗不受理者，杖八十。斗殴、婚姻、田宅等事不受理者，各减犯人罪二等，并罪止杖八十。”

诉状被受理后，就划定了诉讼的范围。根据《唐律疏议·断狱》“诸鞠狱者，皆须依所告状鞠之。若于本状之外别求他罪者，以故入人

^① 那思陆：《清代州县衙门审判制度》，台湾文史哲出版社1978年版，第105页。蔡申之：《清代州县故事》，台湾文海出版社1980年复印本。

罪论”。原告的诉状成为诉讼的基准。但据律疏：“若因其告状，或应掩捕搜检因而检得别罪者，亦得推之。其监临主司于所部告状之外知有别罪者，即须举牒别更纠论，不得因前告状而辄推鞠。”古代法律没有明确的反诉之类的规定，为了防止放过重罪，允许在诉讼中对新发现的犯罪进行追究；但对于一般的轻微犯罪、民事诉讼，则严格要求按照原诉状的诉讼要求进行审理，以避免诉讼纠缠不清，烦扰官府。这一原则被后世法律继承。如《大明律·刑律·断狱》“依告状鞠狱”条：“凡鞠狱须依所告本状推问，若于状外别求他事摭拾人罪者，以故入人罪论。……若原因其告状或应掩捕搜检因而检得别罪，事合推理者，不在此限。”

诉状被受理后也就确定了诉讼的管辖。在没有上述交叉诉讼的情况下，案件就由原受理机构进行审理，在审理结束之前，原告或被告都不得向其他的司法机构再行起诉。如《皇明制书》卷下所载明代条例规定有这种情况，“查审明白，俱将奏告情词立案不行，仍将犯人转发原问衙门收回历结。”

诉状被受理后如果在审理结束之前被告又犯有新的罪行，就构成了所谓“更犯”。《唐律疏议·名例》：“诸犯罪已发及已配而更为罪者，各重其事。”律疏：“已发者，谓已被告言。”更犯的处理和二罪以上俱发从重论的原则不同，要累加处刑，只是累流徒应役不得过四年，徒流可累加杖刑，累决笞杖不得过二百。明清律同样有该条，基本内容和唐律相同。

诉状如未被受理，则原告可以转而向上级司法机构起诉。这在古代称之为“上控”，颇类似于近代对于驳回起诉裁定的上诉，但古代的这种上控往往是可以重复进行的，一直可以至最高的审级。《唐六典》卷六《尚书刑部》载，“凡有冤滞不申欲诉理者，先由本司、本贯；或路远而踴碍者，随近官司断决之。即不伏，当请给不理状，至尚书省左右丞为详之；又不伏，复给不理状，经三司陈诉；又不伏者，上表；受表

者又不达,听挝登闻鼓”。这种逐层上控也包括了被告对于判决表示不服的申诉(详见下文)。后代的越诉之罪,主要就是指越过了某一层官府而上控。只是唐朝规定作出不受理决定的官府必须出具“不理状”,而后代并不如此硬性规定,只要官员作出不予受理的批词就可以了。原告可以执诉状及批词向上级官府上控。接受上控的机构除了与地方行政机构合一的各级官府外,还包括了地方监察机构如元朝的肃政廉访使,明清时的分巡道、巡按御史等。

(四) 传唤与“勾摄”

受理案件后就必须传唤被告到庭受审。这种传唤很早以前就是由官方进行的。云梦秦简《封诊式》中所反映的诉讼程序,有原告起诉后就由官方派人前去传唤或拘拿被告的内容。如“告子”,士伍甲告儿子不孝,请求杀子。官府“即令令史已往执”^①。但不知在民事诉讼中是否也是这样进行传唤的。

后代依然保持由官方进行诉讼传唤的传统。吐鲁番出土的唐代诉讼案卷文书反映当时的传唤制度,是由受理起诉的州县官司发出“帖子”,通知被告所在地的坊正、里正奉帖送其人到庭,并作成“牒”存档^②。由于官府派人下乡容易骚扰民间,自宋朝起,很多官员都主张不轻易派人下乡。历代传唤的具体制度并不严密,各地官府有很大的自主权,往往自搞一套。宋以后一般的传唤称之为“传”,而强制性的传唤称之为“勾摄”。明朝初年规定各地官府要设立“信牌”,作为官府衙役执行公务的凭证,以后一般改为用纸印制的“牌票”或称“印票”,分为“传票”或“勾票”,临用时只须填写被传唤或拘拿对象的姓名、住址,前往执行传唤或拘拿的衙役姓名,牌票的有效时间等项内容并盖上官府的大印即可。理论上牌票应由官员亲自填写,但实际上

^① 《睡虎地秦墓竹简》,第263页。

^② 刘俊文:《敦煌吐鲁番唐代法制文书考释》,中华书局1989年版,第537—540页。

是由刑房吏填写,官员只在被传唤人的姓名上用朱笔点上一点。紧急情况下来不及签发牌票,则由官员发“火签”(涂成红色的竹签,原用于指示皂隶用刑,每签代表责打五下)。俗语“堂上一点朱,民间千滴血”^①,执行传唤或拘拿的衙役有牌票在手,常常敲诈勒索,鱼肉百姓,反而危害社会秩序。

(五) 侦查与缉捕

对人命、盗贼、伤害等重大案件,如果报案人无法确实指出侵害人,或侵害人已经逃跑,就必须进行侦查或缉捕。古代的司法审判机构是和侦查机构合一的,侦查和缉捕也就成为司法部门的重要职责。早在战国时代的《法经》就设了“捕”的专篇,以后历代律典也都有“捕亡”之类的专篇。如果官府不能及时破案、捕获疑犯,就要受到处罚。尤其是明清时,要求州县官亲自主持侦查破案,而不是如前代那样由县尉或其他的治安官员来承担不能及时破案的责任。这样一来就大大增加了对于基层官府的的压力。《大明律·刑律·捕亡》增设了“盗贼捕限”专条,凡捕强盗,以事发日为始,三月不破案,捕盗官罚俸两个月;捕窃盗三个月不破案,捕盗官罚俸一个月。清朝条例又将破案及审理一起立限,规定命案限六个月,盗案限十个月,抢夺、盗墓等杂案限四个月,逾限不能结案,主审官员就要参劾议处。

中国古代在制度上及舆论上,对于司法机构工作的评价主要是看其能否及时、准确的破案,公平、正确裁判的重要性是放在第二位的。被史书记载下来的很多司法官员的事迹,主要是智破疑案。五代宋初和凝、和曠父子编辑的《疑狱集》,收集了不少智破疑案的故事,今本所存的六十六个案例中,只有五个是被认为正确裁判的案例。南宋人郑克所编《折狱龟鉴》,归纳历代察、核、撻、证、钩、迹、譎等破案方法,对于后世有很大的影响。其所记载的三百九十五个案例中,反

^① 清·汪辉祖,《学治臆说》。

映正确适用法律进行裁判的案例也不到三分之一^①。在民间广泛流传的公案戏曲、小说,都主要歌颂能够侦破疑案的法官。如影响最大的“包公”故事,在元明清时代有关包公故事的戏曲、小说中,包公的形象都是一个能够出入阴阳两界、才智超人的侦探;歌颂其能够执法如山、大义灭亲的剧目如《秦香莲》、《铡美案》、《包公赔情》等,都是在较晚的清末民初才产生的。

缉捕罪犯也是司法机构的重要职责,司法官员不得以任何理由宽纵已被发现的罪犯脱身。东汉光和元年(178年),原太尉、太中大夫桥玄的儿子被闯入家中的强盗劫持为人质,地方官兵包围桥玄家,但唯恐罪犯伤害人质,不敢逼迫近前。桥玄大怒,高声呼喊:“奸人无状,玄岂以一子之命而纵国贼乎?!”催令进逼,强盗被杀死,其子也被害。桥玄为此上书,建议立法:“天下凡有劫质,皆并杀之,不得赎以财货,开张奸路。”(《后汉书·桥玄传》)《唐律疏议·贼盗》继承汉朝立法的传统,规定:“诸有所规避而劫持人质者,皆斩。部司及邻伍见,避质不格者,徒二年。(律注:质期以上亲及外祖父母者,听身避不格)”《唐律疏议·捕亡》规定将吏受命追捕罪犯,“而不行及逗留;虽行与亡者相遇,人仗足敌,不斗而退者,减罪人一等。斗而退者,减二等。即人仗不敌,不斗而退者,减三等。”

对于现行犯及逃亡的被通缉犯,在场之人都有捕捉义务。云梦出土的秦简“法律答问”部分有很多“捕告”方面的规定,如:“捕亡,亡人操钱,捕得取钱。”追捕逃亡罪犯,罪犯所携带的钱财就归追捕人所得,只是“所捕耐罪以上得取”。“捕亡完城旦,购几何?当购二两”。《封诊式》中可见民众捕获盗罪、人命罪、盗铸钱、盗马、通奸的罪犯后到官府报告的程序^②。晋律中也有“遭劫不赴救”的罪名,并其还类推

^① 据杨奉琨:《疑狱集·折狱龟鉴校注》,复旦大学出版社1988年版统计。

^② 《睡虎地秦墓竹简》,第207、209、251、252、253、278页。

适用于盗墓罪,沈亮反对这样的类推比附,建议“相去百步赴告不时者一岁刑”,即在盗墓案发现场百步以内的居民有救助赴告义务,违者处一岁刑(《宋书·自序》)。《唐律疏议·捕亡》:“诸被人殴击折伤以上。若盗及强奸,虽旁人皆得捕系以送官司。”邻居也有救助义务,“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”。

(六) 羈 押

拘提或缉捕到案的人犯要等候审判,在候审期间,很多重罪人犯必须要加以羈押,防止脱逃或串供。这种羈押场所在中国古代就称之为“狱”或“监”。实际上中国古代的监狱最重要的作用就是羈押尚未定罪的待决犯,而不是执行刑罚的场所。据《风俗通》的说法,夏朝的监狱称“夏台”,商朝的监狱称“羑里”,周朝监狱称“圜圉”,据说圜圉的含义为“言令人幽闭思愆,改恶为善”,似乎是刑罚执行场所。《周礼·秋官·司圜》则称“以圜土收教罢民”,是则西周另有执行刑罚的场所^①。但自秦汉以后,狱一般而言主要是指这种羈押待审、待决犯的场所,明朝起又称狱为监,合称监狱。

后世凡地方行政司法一体的官府都设有监狱,中央有司法审判职能的机构也都有监狱。监狱都由司法机构管理,如秦汉的廷尉狱,明清的刑部狱。明清地方的省提刑按察使司及府都设狱,由下属的司狱司管理。基层州县也都设狱,但没有专设的管理机构,一般由州吏目、县典史兼管,具体负责的往往是刑房书吏。管狱的人员称之为“禁卒”、“牢子”,按照明律的规定必须在当地曾经做过禁卒的人中点拨征发,实际就成为世袭职役。

狱中羈押的人犯还要加上戒具,以防逃跑。秦汉时多使用桎梏羸

^① 沈家本:《狱考》,今本收于《历代刑法考》第三册,中华书局1985年版,第1157—1163页。

(木制戒具,《周礼·秋官·掌囚》:“凡囚者,上罪桎梏而桎,中罪桎梏,下罪桎,王之同族桎,有爵者桎。”汉儒郑司农注:“桎者,两手共一木也;桎梏者,两手各一木也。”郑玄注:“在手曰桎,在足曰桎”),而汉代又有“钳”(铁制套颈戒具,《汉书·楚元王传》颜师古注:“钳,以铁束颈也”)、“钐”(铁制束脚戒具,《史记·平准书》韦昭注:“钐,以铁为之,著左趾以代刖也”)、“徽纆”(粗绳,《说文》“徽,……一曰三纠绳也”;“纆,索也”)、“锁”(铁链)等等戒具。北朝隋唐时的戒具多用枷(厚木板制成的套颈戒具)、杻(木制手械)、锁。宋、元、明、清的法定戒具基本沿袭隋唐之制,明清又有适用于重囚的脚镣及“匡床”(晚上以铁链、绳索将囚犯锁定在一睡床式戒具之上,并压上厚木板)。戒具使用的制度出现很早,如《魏书·刑罚志》引北魏《狱官令》“诸犯年刑以上,枷锁;流徙以上,增以杻械,迭用不俱。非大逆外叛之罪,皆不大枷高杻重械”。就制度而言,唐朝监狱制度相当完整,《唐律疏议·断狱》律疏引《狱官令》:“诸狱皆厚铺席荐,夏月置浆水。其囚每月一沐。其纸、笔及酒、金刃、钱物、杵棒之类,并不得入。”又“诸禁囚,死罪枷、杻,妇人及流罪以下去杻,其杖罪散禁。年八十及十岁,并废疾、怀孕、侏儒之类,虽犯死罪,亦散禁。”这些制度在后世基本上没什么变化。

监禁也分等级。《唐律疏议·名例》律疏引《狱官令》:“诸应议、请、减者,犯流以上,若除、免、官当者,并锁禁;公坐流、私坐徒(并谓非官当者),责保参对。其九品以上及无官应赎者,犯徒以上,若除、免、官当者,枷禁;公罪徒并散禁,不脱巾带,款定,皆听在外参对。”贵族官僚依然享有特权。明清律还有“功臣应禁亲人入视”条,规定凡功臣及五品以上官员犯罪应监禁,许亲人入视。

除了官府的正式监狱外,明清时地方上还有着一些由官府里的捕快及其他衙役开设的拘留场所。人犯要经过正印官初审签发押票后才能关入正式的监狱,可是捕快衙役带到人犯后官员并不会马上就进行初审,况且还有很多带到的证人、轻微罪行的人犯、无法定罪

的嫌疑人等需要羈留或拘押的对象。为此明清时形成了由捕快衙役自行设立一些拘留场所的惯例。这些拘留场所开始时大多就设立于捕快衙役的家里及一些无人居住的空闲房屋,称之为“押馆”、“差馆”、“卡房”、“阱房”等,最普遍的是按照“三班衙役”的名称而称之为“班房”。这种拘留场所的管理完全操于捕快衙役之手,黑幕重重。有的勒索钱财;有的公报私仇;有的教唆串供;有的酷刑逼供;有的瞞盗诬扳,陷害良民。被押人的死亡率极高,据清人汤芷卿在其笔记《池上草塘笔记》卷二中回忆,清乾隆年间,其于浙江仁和、钱塘县(今杭州市)衙做幕时,班房“计一岁瘐死者,不下四五百人”;后至安徽按察使司为幕,见怀宁县班房瘐死之人与钱塘县相当;又至河南,各州县班房每年瘐死之人也有二三百人;而在保定“刑狱大繁,岁毙且七八百”。甚至有些捕快还在班房里豢养盗贼,坐地分赃,一旦实在不能缉获要犯,就用这些盗贼顶罪。成为明清时司法的一大痼疾。^①

六、证 据

传说中的獬豸兽断案之类的神明裁判式的取证方法,在中国古代的很早的时期就已经被司法审判实践所淘汰,仅仅作为古老的神话传说而记载于史册。在西周时,誓言也曾经是一种重要的证据,《周礼·秋官·司盟》称西周时在司寇之下设有司盟一职,“掌盟誓之法。……盟万民之犯命者,诅其不信者亦如之。凡民之有约剂者,其贰在司盟。有狱讼者,则使之盟诅。”而在西周青铜器如《牧簋》、《洹水孟姜壶》等的铭文中则可见到当时有“司誓”的官职。在涉及到诉讼的一些青铜器铭文中,往往可以发现当时的诉讼当事人在开始作证或

^① 那思陆:《清代州县衙门审判制度》,台湾文史哲出版社1978年版,第117页;郭建:《绍兴师爷》,第108—111页。

陈诉前都要发誓^①。但到了春秋战国时期,这种取证手段已完全过时。《左传·隐公十一年》载郑庄公率军攻打许国,因为大将颍考叔被忌妒他的子都暗箭杀死,郑庄公无法破案,只得下令叫全军将士一起诅咒放暗箭的罪犯,结果子都果然暴毙。然而《左传》对此的评论是:“郑庄公失政刑矣!政以治民,刑以正邪,既无德政,又无成刑,是以及邪,邪而诅之,将何益矣。”可见神鬼之术已不被正常的司法机构认同。在云梦出土的一些有关司法程序秦代竹简中,已很难找到神鬼、发誓之类的取证方法,勘验、审讯的程序与方法都排除了人力之外的因素。后世的司法实践中虽然一直仍然存在着不少鬼神断案的传说故事,但正常的司法审判程序中是毫无其地位的。司法审判中的取证方法主要是人为的。

(一) 检验

中国古代的司法审判活动高度重视检验,从云梦出土的秦简《封诊式》中可以看到,早在战国时,已有相当完善的现场勘查及尸伤检验制度。如“疠”是关于麻风病人的体检笔录,“贼死”是一件杀人现场的勘查记录,“经死”是一件吊死现场的勘查记录,“穴盗”是一件破墙入室盗窃现场的勘查记录,“出子”是一件因伤害导致流产的被害人的身体检验笔录。这些检验和勘查的标准样本表明,当时的检验与勘查都是相当细致的,如案发的现场的遗物、痕迹都要丈量尺寸,脚印、手迹都要仔细记录形状,鞋印要和尸体或主人的鞋进行仔细对比,伤口的尺寸、方向、颜色都要记录,其检验的方法及程序都具有科学性。

上述秦简反映当时检验是由令史主持,后世法律则进一步要求地方官员主持检验,唐、宋、元时一般要求县尉主持检验,而到明清时要求州县“正印官”亲自前往案发地主持检验。而且检验都有明确的时间限制,据《洗冤集录》所载宋朝《检尸条令》,要求地方官府在收到

^① 胡留元、冯卓慧:《西周法制史》,陕西人民出版社1983年版。第295—303页。

命案报案的两个时辰之内就要起身前往检验尸体,如果县尉、州司理参军不亲自前往,或出发过晚,或检验结果有误影响审判,都以“违制罪”论处,即使是难于检验而未能确定死因,仍要处杖一百。元朝法律规定,地方官在命案发生后故意迁延检验、致使尸体腐败者,正官笞三十七下;不亲临检验者,分别处以黜降。明清律中专设“检验尸伤不以实”条,规定地方正印官不亲临检验者,处杖六十。清《六部处分则例》规定,州县官在接到报案后没有立即出发检验的,迟延一天降一级调用,迟两天降三级调用,迟延三日或谎称亲临者革职。对于现场勘查,《六部处分则例》也规定了明确的期限,要求接到强盗、抢夺案件的报案后必须“不论远近、无分风雨”,会同驻军长官“飞赴事主之家”。

尸体检验是审理人命案件最重要的证据来源。正如《洗冤集录·原序》中所说的:“狱事莫重于大辟,大辟莫重于初情,初情莫重于检验。”但主持检验的地方官一般并不直接接触尸体,实际进行检验尸体的是官府的杂役,在秦朝是承担官府杂役的“牢隶臣”、“牢隶妾”,在宋代是承担官府职役的殡葬业者“仵作行人”,到明清时仵作已是官府的衙役,一般每县一至三名。在习俗上以接触尸体为业的人都会受到歧视,仵作是社会习俗上的贱民,官府也将其定为贱役。检验制度允许由仵作按照“尸格”(官府预先印制的验尸单)顺序,逐一“喝报”尸体各部位的情况,某处有伤,则丈量并大声报出伤口或伤痕的大小尺寸、颜色,伤口或伤痕的性质,由书吏在尸格上逐项填写。检验尸体要进行两次,一次是初检,一次是复检,只有在初检就已确凿无疑地搞清了致死原因、凶手又已供认不讳的情况下才无须复检。检验尸体要公开进行,被害人的亲属(尸亲)、加害人及其亲属都必须到场,检验结束后,一式多份的尸格由主持的官员、仵作、旁证、尸亲签字画押后,由尸亲和各级官府分别收存。

尸体检验的方法及其死亡原因的判断,在南宋后主要依据《洗冤

集录》。《洗冤集录》的作者是南宋人宋慈(1186—1249),首次刻版发行于1247年。宋慈本人具有长期的司法审判工作经历,在总结了历史上有关尸体检验的经验后,他归纳了进行尸体检验的程序、方法,指出了各种致死原因的判断途径。在这些方面,《洗冤集录》一书具有很高的科学性,因此被元、明、清各代司法界奉为检验上的金科玉律,并被誉为世界上最早的系统性法医学著作。

历代法律规定非正常死亡者都必须检验,然而古代习俗上以亲人遗体被人翻检为亵渎,这样就容易造成冲突。为了解决这个矛盾,《大明令·刑令》规定:“诸人自缢、溺水身死,别无他故,亲属情愿安葬,官司详审明白,准告免检。若事主被强盗杀死,苦主自告免检者,官与相视伤损,将尸给亲埋葬。其狱囚患病,责保看治而死者,情无可疑,亦许亲属告免复检。若据杀伤而死者,亲属虽告,不听免检。”这个规定被清朝沿袭。

除了尸体检验以外,在伤害案件中,受害人身体检验也是重要的证据。上述云梦秦简中的“出子”就是检验身体的范例,后世法律一直以受害人伤势状况为定罪量刑的标准,因此伤势检验也是一项重要程序。宋以后的伤势检验也依据《洗冤集录》有关伤势部分的论述进行,检验人员仍是仵作。

(二) 证人与证言

秦朝时一切知道犯罪情况的人都必须作证,如果不主动揭发、不主动作证,就构成犯罪。直到汉律,仍有“与罪人交关三日已上,皆应知情”的条文(《后汉书·孔融传》引汉律),知情不报、或知情而不指证都算犯罪。只是在儒家“父子相隐”说教的影响下,汉宣帝地节四年(前66年)诏令规定了亲亲得相首匿的原则,允许子孙匿父祖、妻匿夫罪都可不予追究;父祖匿子孙、夫匿妻罪则至死罪可上请(《汉书·宣帝纪》)。但亲属之间仍须作证。至东晋时,卫展上书,反对当时“考子正父刑,鞭父母问子所在”的做法(《晋书·刑法志》),表明这一法律已遭到了

信奉儒教的士大夫阶层的反对。南朝刘宋时,蔡廓上书建议:“鞠狱不宜令子孙下辞明言父祖之罪,亏教伤情,莫此为大。”从此刘宋法律就取消了要子孙在父祖案件中作证的规定(《宋书·蔡廓传》)。

《唐律疏议·断狱》对于证人的资格作了明确的限定。“其于律得相容隐者,即年八十以上、十岁以下、及笃疾,皆不得令其为证。违者减罪人罪三等。”凡在容隐范围之内的亲属和奴婢、部曲都被免除了作证的义务。另外律疏又解释,老小、笃疾“以其不堪加刑,故并不许为证”。这条法律被宋朝沿袭,也影响到元朝的法律,“诸子证其父,……并禁之”(《元史·刑法志》)。明清律仍按唐律的规定,只是将违法令人作证的处罚减为笞五十。

在古代诉讼中,证人证言的效力较低,一般而言单凭证人证言并不能定罪,必须要嫌疑犯认罪才能定罪。《唐律疏议·断狱》规定:“诸应议、请、减,若年七十以上、十五以下,及废疾者,并不合拷讯,皆据众证定罪,违者以故失论。若证不足,告者不反坐。”律疏解释“众证”：“三人以上,明证其事,始合定罪。”可见如果嫌疑犯不是这些不得拷讯的对象,就必须要经刑讯使其认罪后才能定罪。宋、元、明、清的法律依然如此。而且在司法实践中,法官也注重书证、物证的作用,认为证人证言有可能受各种因素影响,是所谓“活干证”,而书证物证是“死干证”。^①

由于古代作证的证人和诉讼两造同样要长跪回答法官问话,被认为没说实话时也会挨打,当案件须经上级复审时还要辗转远行,会牵累无辜者受罪。所以很多法官都强调案件不必牵扯过多的证人,在罪人已经认罪的情况下,只要一二个能够说明要害情节的证人就足够了。清朝名幕汪辉祖在其所著的《佐治药言》中认为“多一情节则多一疑窦,多一人证则多一拖累,何可不慎?”建议将大多数情节集中于

^① 清·王有光:《吴下谚联》卷一“死干证”。

一个证人以便于结案。另一幕学著作《刑案要略》的《人命》部分也认为应将证人压缩至一二人为好,但“案内见证虽须指证毆情,然不可自始至终某人毆伤某处一一记得明白,如代为记帐,竟忘其袖手旁观,亦一病也”。

(三) 书证与物证

书证在中国古代诉讼中受到高度重视,据《周礼》一书的说法,在西周时,凡民间契约纠纷都必须提交契约原件作为证据,如《地官·小宰》“听称责以傅别”,“听取予以书契”;《秋官·司盟》“凡民之有约剂者,其贰在司盟。有狱讼者,则使之盟诅”;《秋官·司约》“掌邦国及万民之由约剂,……凡大约剂书于宗彝,小约剂书于丹图”,郑玄注:“大约剂,邦国约也,……小约剂,万民约也。若有讼者,则珥而辟藏,其不信者服墨刑。”汉朝时若在契约纠纷中一方不能出示契约的原件,诉讼就不会被受理。汉儒注《周礼·秋官·朝士》引汉律:“辞讼有券书为治之。”历史上多有义士将自己持有的债券付之一炬,表示不再追索债务的事迹。如战国时冯驩替平原君至薛地讨债,当众焚烧券契,“民称万岁”(《战国策·齐策四》)。南朝刘宋时,顾觊之为吴郡太守,以“督债”为名,骗得其子顾绰于吴郡所放债务的债契,到任后全部焚烧一尽,“宣语远近:负三郎责皆不须还,凡券书悉烧之矣”(《宋书·顾觊之传》)。北魏的崔光韶曾烧毁亡弟遗留的债券(《魏书·崔亮传附从父弟光韶》)。北齐兰陵王高长恭,临死时将“千金责券”都烧毁(《北齐书·兰陵王长恭传》)。这些故事从反面说明,丧失债权券契就很难保证债权实现。

后世诉讼中的书证主要有:券契,婚约,分书,帐簿,族谱,遗嘱,书信,缴纳赋税的收据等。尽管在正式的法律中没有关于书证的明确规定,但在司法实践中,书证的作用被很多法官强调,如《名公书判清明集》卷九《户婚门》载胡石壁之语:“大凡官听财物勾加之讼,考察虚实,则凭文书。”南宋郑克在其所著《折狱龟鉴》中认为,书证的可靠程

度比人证要高，“旁求证左，或有伪也；直取证验，斯为实也”。“争田之讼，税籍可以为证；分财之讼，丁籍可以为证。虽隐慝而健讼者，亦耸惧而屈服矣”（《折狱龟鉴》卷六《证慝》）。

书证也有可能作伪，为此书证必须经过检验。宋朝的书铺即负有为官府检验书证文件的义务，《名公书判清明集》卷九《户婚门》“伪作故墓取赎”中，因法官怀疑契书，“当唤上书铺辨验，同称其伪，不肯保明责罪状入案”。在《疑狱集》一书中有不少法官详细检验书证以解决疑难案件的例证，比如“楚金辨补”、“国渊比书”、“魏昶检书”、“张鹭括状”。《折狱龟鉴》也有章频因“墨浮朱上”察伪券、江镐因“表里一色”识伪券等例证。清代的代书没有检验书证的责任，法官审案往往依然要花功夫自行审查书证。清《牧令书·听断》载王植对于书证的检验经验：“户田之讼，惟查印册。……坟山之讼，问其户税。……券约帐簿，真伪杂间，字有旧新，纸有今昔，蛀痕可验，长短可比。”

正如书证在民事诉讼中是主要的证据手段一样，物证在刑事诉讼中往往是关键性的证据。物证如命案中的凶器、盗案中的原赃、诈伪案中的伪造物品等，都是定罪不可或缺的证据。俗语“捉贼捉赃”，明清时的司法界也有“贼以赃定”的说法。凡事主报案，都要开列被盗物品的清单。云梦出土的秦简《封诊式》“穴盗”，详细说明了在发生盗案时，还要向左右邻居讯问平时是否见到过事主所开列的被盗物品。后世司法中也都要求仔细确定原赃，在缴获赃物后要让事主辨认无误才可以作为定案的证据。明清司法惯例，盗案必须要有原赃才可定案。但起获全赃的情况是极其稀少的，不仅是因为罪犯的挥霍，更主要的是被捕快据为己有。清幕学书《刑钱必览》指出：“捕役若不克留盗赃，何以养家用度？何以承值衙门？何以结交朋友？何以贿求免比？而贼犯到官，全仗捕役照应，亦不敢供捕役干没。”一般而言至少要有一件原赃即可定案。

第三节 审判制度

审判制度是和诉讼制度紧密结合的,中国古代将审判称之为“听讼”,审和判之间没有什么间隔,连续进行。

一、和 息

孔子关于诉讼曾有过“听讼,吾犹人也,必也使无讼乎?”的说法(《论语·颜渊》),这成为后世儒家视民间诉讼为教化不行、民风浇薄的表现,主张“无讼”、“息讼”的理论来源。至少从两汉以后,历代官府都强调除了重大犯罪外的其他诉讼都应尽量在民间自行解决。班固在《汉书·循吏传》中记载的汉代循吏都是以能够“息讼”而入选的,如黄霸为颍川太守八年,郡中无重罪罪犯;龚遂为渤海太守,“狱讼止息数年”。《后汉书·循吏传》言刘矩为雍丘县令,每逢受理诉讼,都耐心劝告当事人撤诉,“忿恚可忍,县官不可入”。后代不少司法官员也在受理案件时再三劝告当事人不要意气用事,明朝循吏赵豫为松江知府,每有诉讼,都劝告当事人回家再加考虑,明日再来起诉,民间称之为“松江太守明日来”(《明史·循吏传》)。清朝黄六鸿甚至认为官之听讼和民之起诉一样都是出于“不得已”。在其所著《福惠全书》称:“民之有讼,出于不得已而后控官,官之听讼亦出于不得已而后准,皆非乐于有事者也。”^①清末人董沛在其判词中依然宣称:新官上任“首先安民,安民之道,首先息讼”(《汝东判语》卷二)。在很多情况下,受理诉讼的机关往往将案件发回当事人及其当地的地方基层机构,要

^① 《福惠全书》卷一一《刑名部·词讼》。

求先调解,如双方能达成和解,即可向原受理机构提交“息词”,表示撤诉。如吐鲁番出土的唐贞观二十二年(648年)洛州河南县桓德琮赎宅契,是债权人在起诉债务人后,县衙将案件发回当地坊正,要“坊正、坊民令两人和同,别立私契”,这件文书就是这种调解达成的“私契”^①。甚至还有的是不加处理,坐等当事人再次起诉。从台湾发现的淡水、新竹清代档案来看,根据戴炎辉的统计,在已受理的涉及民事类的二百二十四件(实为二百零六件)案件中,正式开庭的只有八十件,仅为40%;当事人递交“息词”或表明不再起诉的有二十二件,为10%;余下的一半却是在档案中没有任何记载,似乎就此不了了之^②。

另外,这种舆论导向在有些朝代也确实曾经转化为正式制度。如明初曾规定:“民间户、婚、田土、斗殴相争一切小事,不许轻便告官,务要经本管里甲、老人理断,若不由者,不问虚实,先将告人杖断六十,仍发里甲、老人理断。”(《皇明制书》卷上载户部教民榜文)明初在各地乡间设申明亭,由推举出的老人主持,里长、甲首参加,开始时还允许用竹篔决罚,经调解无效,双方仍不愿和解的才可以告官。明中期申明亭制度瓦解后,又推行“乡约”制度,各乡乡民推举约正、约副、约史、约讲等,每半月会集约众,当众调解约内的纠纷。不接受调解的才可以起诉(《实政录》卷五《乡甲约》)。

二、“辨告”和“三审”

在接受了诉讼案件后,官府在开始正式审讯前还有一些程序。秦

^① 《吐鲁番出土文书》第四册,269页。原整理小组将此契定为典契,但实际上文书中并未出现典字,且契后又约定如不能清偿债务就要出卖住宅,则又与以获取不动产收益为目的的典权不符,当为一份指质契(指定不动产为债务抵押)。

^② 参见[日]滋贺秀三,《清代州县衙门诉讼的若干研究心得》,见《日本学者研究中国史论著选译·法律制度》,中华书局1992年版,第522—546页。

汉时,在开始正式审讯前,先要向受审对象进行“辨告”程序,即先向诉讼当事人、证人讲解有关的法律内容,进行诉讼活动可能导致的危险,让诉讼当事人、证人有再次表明其立场的机会。《汉书·高帝纪》:“吏以文法教训辨告,勿笞辱”,颜师古注:“辨告者,分辨义理以晓喻之。”在居延汉简中有不少反映这一程序的简文,从中可以发现“辨告”的法律分为两类,一类是与所起诉的案件有关的实体性质的法律规定,另一类则是诉讼程序的法律规定。如《建武三年侯粟君所责寇恩事》简文中,官员首先辨告“证财物故不以实,臧(赃)五百以上”的汉律条文省文,然后又辨告“辞已定,满三日而不更言请者,以辞所出入罪反之”的法律规定^①。后者是汉朝对于诉讼程序的法律规定,要求诉讼当事人及证人在向官府作出陈述或证词后的三天内再次陈述或作证,允许其前后陈述或证词有出入,允许申明改正以前的陈述或证词,但如果不予改正,将来被判定作虚伪陈述或证词,就要按照诬告罪、伪证罪处罚。

秦汉的辨告程序至唐代仍然保留,只是名称改为“三审”。《通典·刑三·刑制下》载唐《狱官令》:“诸告言人罪,非谋叛以上者,皆令三审。应受牒官司,并具晓示并得叛(当为反之误)坐之情。每审皆别日受辞(若使人在路,不得留待别日受辞者,听当日三审),官人于审后判记审讫,然后付司。若事有切害者,不在此例(切害:谓杀人、贼盗、逃亡、若强奸良人及更有急速之类)。不解书者,典为书之。前人合禁,告人亦禁,辨定放之。即邻伍告者,有死罪、流,告人散禁。流以下,责保参对。”按照这一规定,凡官府受理案件后,除了紧急情况之外,都必须先进行三次预审,每次必须隔日进行。只有朝廷派出的使臣在途中受理案件才可以在一天中进行三审。预审时主要是向诉讼当事人宣告有关法律及诬告必须反坐的法律,核对诉讼当事人的陈

^① 《文物》1978年第1期。

述是否一致。

辨告与三审制度的立法意图可能在于保证诉讼活动的严肃性,防止民间滥诉滥告,干扰官府的正常工。同时也可以防止百姓无意之中触犯诬告罪名,导致陷民于法网。《宋刑统·名例》沿袭了上述唐《狱官令》令文(文字与《通典》所引略有不同),但三审之制在实际司法中是否切实施行则并无明证。元、明、清时期法律没有类似的制度,尤其明清时强调必须由长官亲自进行审讯,众务系于一身的地方正印官实际上也没有进行三审预审的可能。因此在受理诉讼后,一般只要衙役将诉讼当事人传唤到案,就确定开审日期。往往在审判日的一天中,基层州县长官要审理五六个案件,除非是重大的刑事案件,其他案件都不分预审、正式审判,常常是一审即定案判决。

三、“五听”与刑讯

中国古代审理案件一直采用诘问式,从西周的青铜器铭文中可以找到的一些有关诉讼审判的记载,已经完全是诘问式的^①。法官审讯称之为“鞫问”,或“推勘”,原、被告双方都必须接受法官的讯问,在只能依实吐供这一点上是完全平等的,双方当事人当庭争辩往往被认为是“咆哮公堂”,是被禁止的,辩论的言词也很少会被采纳为事实的根据。如果认为已有其他证据可证明犯罪事实,而被告依然狡辩不已,就要采用刑讯,有时甚至原告被认为是说谎,或证人回答问题被认为不实时,也可能遭到刑讯。

然而中国古代的法律将这种诘问式审讯的方式,发展为一种具有相当规范的制度,并不是单纯的以威吓取得口供。据《周礼·秋官·小司寇》的说法,早在西周时就已经有了关于审讯原则的规定,

^① 胡留元、冯卓慧:《西周法制史》,第273页。

即所谓“五听”：“以五声听狱讼、求民情。一曰辞听(郑玄注：观其出言，不直则烦)，二曰色听(郑玄注：观其颜色，不直则赧)，三曰气听(郑玄注：观其气息，不直则喘)，四曰耳听(郑玄注：观其听聆，不直则惑)，五曰目听(郑玄注：观其眸子视，不直则眊然)。”这五听的审讯方式实际上是强调通过五个方面来观察被审讯对象的心理状况，以此为根据判断被审讯对象是否在说实话，而被审讯对象是否讲实话又被认为是定罪还是无罪的直接证据。

云梦出土的秦简《封诊式》中有“治狱”、“讯狱”两篇，可能为当时的审讯原则，其中已提到审讯不能依靠刑讯：“治狱，能以书从迹其言、毋治(笞)掠(掠)而得人请(情)为上，治(笞)掠(掠)为下，有恐为败。”要求审讯者尽力让受审对象陈述，即使明知是谎言也不要急于揭穿，经过反覆盘问后，实在是多次改变供词、不肯服罪，依法需要拷打的才予以拷打。但秦朝是否存在“五听”之制、是否对刑讯的手段及其限度有明确的限制，根据现有史料还难以判断。秦二世时丞相李斯被以谋反罪名下狱，“榜掠千余”，李斯被迫认罪(《史记·李斯列传》)。由此看来秦朝似乎还没有完整的刑讯制度。

“五听”在后世成为法定的审讯制度。如北魏《狱官令》规定：“诸察狱先备五听之理，尽求情之意。”(《魏书·刑罚志》)而刑讯制度也逐渐规范化，西汉时路温舒上书，指责西汉朝廷依然保留秦之恶政，使用酷刑逼供，“捶楚之下，何求而不得？”(《汉书·路温舒传》)《后汉书·章帝纪》元和三年诏引汉律：“掠者唯得榜笞、立。”注：“《仓颉篇》曰：掠，问也。《广雅》曰：榜，击也。《说文》曰：笞，击也。立，谓立而受拷讯也。”南梁和南陈法律对刑讯加以限制，规定采用“测囚之法”：“其有赃验显然而不款，则上测立。测立者，以土为塚，上圆劣，容囚两足立。鞭二十、笞三十讫，著两械及杻，上塚。”(《隋书·刑法志》)这种逼供方法结合了榜笞和罚立，据《陈书·沈洙传》“测人时节，本非古制，近代以来，方有此法”的说法，则应是南朝律的创造。南梁时规定

测囚每日一次，“起自晡鼓(晡时即指申时，约合下午三至五点)，尽于二更(约合晚上八至十点)”，至满七日、经鞭笞总数达一百五十下，受测人依然没有认罪的，即作为无罪释放。南陈律改为每日测立两次，两次十七刻(古代每一昼夜为百刻)。虽然当时有人认为“起自晡鼓、迄于二更，岂是常人所能堪忍？所以重械之下、危坠之上，无人不服，诬枉者多”(《陈书·沈洙传》)，但毕竟对于刑讯规定了限度。士大夫一般不受测立，改行测罚，“断食三日，听家人进粥二升；女及老小，一百五十刻乃与粥；满千刻而止”(《隋书·刑法志》)。同一时期的北方的北魏法律也有“拷讯不逾四十九”的规定(《魏书·刑罚志》)。

唐朝建立了完整的审讯及刑讯制度。《唐律疏议·断狱》规定：“诸应讯囚者，必先以情察辞理，反覆参验，犹未能决，事须讯问者，立案同判，然后拷讯。违者杖六十。”律疏引《狱官令》：“诸察狱之官，先备五听，又验诸证信，事状疑似，犹不首实，然后拷掠。每讯相去二十日。若讯未毕，更移他司，仍须拷讯者，则验计前讯，以充三度。即罪非重害及疑似处少，不必皆满三。”这里提到的“三度”，即《断狱》“拷囚不得过三度”专条的规定：“诸拷囚不得过三度，总数不得过二百，杖罪以下不得过所犯之数。拷满不承，取保放之。若拷过三度，及杖外以他法拷掠者，杖一百。杖数过者，反坐所剩。以故致死者，徒二年。”又条：“诸拷囚限满而不首者，反拷告人，其被杀、被盗及家人亲属告者，不反拷。(律注：被水火损败者亦同)”据《宋刑统·断狱》所引唐刑部格敕节文：“其有挟情托法，枉打杀人者，宜科故杀罪。”又引后唐应顺元年(934年)敕节文“盗贼未见本赃，推堪因而致死者，有故以故杀论，无故者减一等。”按照唐律规定，凡享受议、请、减特权的贵族官僚，及七十岁以上、十五岁以下、废疾者，都可不受拷讯。这些人可以据众证定罪。

《宋刑统·断狱》沿袭唐朝及后唐的制度，但又规定：“今后如或

有故者，以故杀论。无故者，或景迹显然、支证不谬，坚恃奸恶、不招本情，以此致死，请减故杀罪三等。其或妄被攀引、终是平人，以此致死者，请减故杀罪一等。”宋朝审讯仍然使用“五听”，而司法官员的体会是：“夫察奸者，或专以其色察之，或兼以其言察之。其色非常、其言有异，必奸诈也。”^① 即色听、辞听仍然是法官审讯的主要法宝。

元朝的审讯及刑讯制度没有唐宋时期那般详细，对于审讯的原则没有明确要实行“五听”，对于刑讯的程序也规定：“诸鞠问重事，须加拷讯者，长贰僚佐会议立案，然后行之。违者重加其罪。”“诸有司因公依理决罚邂逅身死者，不坐。”（《元史·刑法志》）其他的规定大多是“禁之”之类的含糊词句。不得刑讯的对象略同于唐宋，特别规定不得对蒙古人使用刑讯。

明律沿袭了元朝这一方面的内容，不像唐、宋律那样明确审讯的原则及限定刑讯的限度。仅《皇明制书》卷上《刑部职掌·问拟刑名》规定审讯应“观看颜色，审听情词”，甚至简单地认为“其词语抗厉，颜色不动者，事理必真；若转换支吾，则必理亏”。由此可知，明朝实际依然是以“五听”为审讯原则的。《大明律·刑律·断狱》规定：“故勘平人者，杖八十；折伤以上，依凡斗伤论；因而致死者，斩。同僚官及狱卒知情共勘者，与同罪；致死者，减一等；不知情、及依法拷讯者，不坐。若因公事干连平人在官，事须鞠问、及罪人赃仗证佐明白，不服招承，明立文案，依法拷讯邂逅致死者，勿论。”可见其立法的重点是保证官府能够有效地进行审问，防止罪犯利用限制刑讯制度硬挺抵赖。而据明代《律解辩疑》、《临民宝镜》等法律书籍的记载，明朝时仍有拷讯不得过三度、每讯间隔二十日，且责打总数不得过一百的规定。但这些规定不见于正式的律例。《大明律》首载《刑具图》，规定刑讯只能使用荆条制成的“讯杖”。据说明太祖定制刑具用荆，认为“古者用荆条为

^① 宋·郑克：《折狱龟鉴》卷五《察奸·荀攸》按语。

执刑,盖以其能去风,虽伤不至过甚”^①。但在实际司法中,明初锦衣卫审案则可使用夹棍。夹棍是用绳索收紧三根粗木棍夹压受讯人的双踝或胫骨、膝盖,往往可使受讯人致残。据说景泰二年(1451年)巡按御史赵缙贪赃枉法,为箝制人口,特意在普通司法机构中适用此刑,“匠作不谙其制,(赵)缙自教之”。以后逐渐推广。平时使用的刑具也有用皮鞭或竹篾。约从成化年间开始,多采用两斤重的竹板,有的用竹板侧“砍”,“受砍者多死”^②。夹棍和竹板后来都被问刑条例承认,只是规定只能适用于盗命重案,使用不得超过两次。对于女犯则适用“拶指”(使用绳索收紧五根小木棍夹压受讯人的四指),也不得超过两次。清朝法律与明朝相同,条例所承认的刑讯方法除了上述的几种以外,还有“压杠”(即用木杠压受讯人的腿弯)、“藤条”、“掌嘴”、“跪链”等。清朝法律对于审讯方法没有任何规定,法官的审讯大抵依然不脱分析供词及观颜察色两个方面。如黄六鸿在其所著的《福惠全书》中总结审讯方法为:“钩、袭、攻、逼、摄、合、挠”,钩即引诱受审者在不知不觉中吐露真情;袭即乘其不备突然发问;攻即抓住受审者的破绽厉声责问;逼即在受审者有所动摇时施加刑讯压力;摄即对证人百般引诱,让其真实作证;合即对于各方证人分别讯问后再归纳合对证词;挠即以众人证词质问被告,使之俯首认罪。

上述的这些审讯及刑讯方面的法律、惯例,总的来说较为含糊,尤其从元朝开始,迅速有效地迫使嫌疑犯认罪成为审讯制度压倒一切的目标。因此历史上这些审讯及刑讯制度的实际施行情况并不理想,史籍中滥用酷刑、迫害无辜的记载极为普遍。如秦朝李斯受不了毒打,被迫承认谋反罪,被夷三族具五刑。东汉时酷吏为逼取口供,诬陷无辜,“考掠五毒”(五毒或指使人五体俱受苦,或指鞭、笞、灼、徽、

^① 杨雪峰:《明代的审判制度》,第261、262、257页。

^② 明·王穉:《寓圃杂记》卷五“刑具”。

纆。见《后汉书·戴就传》)。唐朝审讯及刑讯制度虽然严明,但在武则天当政时任用酷吏,酷刑之多堪称空前。如来俊臣把原来的戒具枷发展为逼供的刑具,创十号大枷,“一曰定百脉,二曰喘不得,三曰定地吼,四曰著即承,五曰失魂胆,六曰实同反,七曰反是实,八曰死猪愁,九曰求即死,十曰求破家”(《旧唐书·刑法志》)。宋朝法制号为宽纵,但酷吏在审讯中擅作威福,“或断薪为杖,掎击手足,名曰掉柴;或木索并施夹两脰,名曰夹帮;或缠绳于首,加以木楔,名曰脑箍;或反缚跪地,短竖坚木,交辘两股,令狱卒跳跃于上,谓之超棍”(《宋史·刑法志》)。明清时代的酷刑也是种类繁多,如清末有“站笼”,将受讯者置于一个木笼里,木笼顶部木板中央的圆孔卡住受讯者的颈部,木笼的高度则调节至使受讯者踮脚站立,受讯者往往站不了一二天就会被累死。这实际上已不是逼供而是谋杀。清末酷吏毓贤任曹州知州,上任打制十付站笼,才二三个月就“站”死三百多人。^①

四、逐级复审制

上文已经提到古代无所谓审级的划分,一切案件原则上都自下而上经过层层复审而定案。这种逐级复审制度来源于两汉时期的“疑狱上报制”及“上级录囚制”。

秦朝承战国时期遗风,郡县司法审判自成体系,一般案件都自行处理结案,即使不能结案的也不上报。汉高祖七年(前200年)诏:“狱之疑者,吏或不敢决,有罪者久而不论,无罪久系不决。自今以来,县、道官狱疑者各谳所属二千石官,二千石官以其罪名当报之;所不能决者,皆移廷尉,廷尉亦当报之;廷尉所不能决者,谨具为奏,傅所当比律令以闻。”汉景帝中五年(前145年)又再次下诏强调这一制度:“诸

^① 清·许指严:《十叶野闻》。

疑狱,虽文致于法而于人心不服者,辄讞之。”景帝后元年(前143年)的诏书规定,上报疑狱的官员不因上报复审后与原先所定罪刑不同而受罚:“狱,重事也,人有愚智、官有上下,狱疑者讞有令。讞者已报讞而后,不当讞者不为失。”(《汉书·刑法志》)从此建立了疑狱逐级上报制度。凡是地方上认为事实不清、适用法律困难的案件,都可以或应该逐级上报。

另外,两汉时期各郡太守经常巡行属县“录囚”(或称“虑囚”),太守至县,调集在押囚犯,逐一审问,重点是县令是否有滥刑逼供,防止冤案。《汉书·隽不疑传》言隽不疑经常巡行录囚,“每行县录囚(注:省录之,知其情状有冤滞与不也。)还,其母辄问不疑有所平反,活几何人。即不疑多有所平反,母喜笑为饮食语言异于他时;或亡所出,母怒,为之不食。”东汉时刺史成为地方的最高长官,录囚也成为刺史的重要职责,《后汉书·百官志》载刺史“常以八月巡行所部郡国,录囚徒”,胡广注:“县邑囚徒,皆阅录视,参考辞状,实其真伪。有侵冤者,即时平理也。”

疑狱上报制及上级录囚制在三国两晋南北朝时期依然得到实行,北魏太武帝在制定法典的同时,认为“死不可复生,惧监官不能平,狱成皆呈,帝亲临,无异辞怨言,乃绝之。诸州国之大辟,皆先讞报乃施行”(《魏书·刑罚志》),死罪案件都要经中央复核。由此导致地方基层司法机构自行结案权力的丧失,重案、大案都要上报上级处断,最终形成了逐级复审制。《唐律疏议·断狱》律疏引《狱官令》:“杖罪以下县决之,徒以上县断定送州复审讞,徒罪及流应决杖笞、若应赎者,即决配、征赎。其大理寺及京兆、河南府断徒及官人罪,并后有雪减,并申省,省司复审无失,速即下知,如有不当者,亦随事驳正。若大理寺及诸州断流以上、若除免官当者,皆连写案状申省。”可见县一级只能自行审结杖以下案件,徒以上都必须上报复审。州可审结徒刑案件,流以上案件还要经中央刑部复核。

然而唐朝法律虽已有了如此明确的制度,但在实行时似乎并非如此,宋人郑克在《折狱龟鉴》卷四《议罪》“寃参”中指出,“按唐制,县令断决死罪”,则唐代往往死罪仍由县断。史书中也不乏县断死罪的记载,如《封氏见闻录》卷九载唐中叶人物崔立事迹,就提到崔立为洛县令时自行处死当地土豪后再向州刺史报告,得到表彰。宋朝沿袭唐朝制度,尤其强调死刑案件必须经过路提点刑狱的复审,县级不再有自行审结死罪案件。同时也禁止县官推卸责任,《庆元条法事类·检断》引令:“杖以下县决之,徒以上及应奏者,并须追证勘结园备,方得送州。”逐级复审制进一步严密。

明清时逐级复审制已完全成熟。基层州县只能自行审结杖一百以下的案件,称之为“自理词讼”,其卷宗存档并登记于“循环簿”,由上级衙门及巡按御史、分司巡行检查。杖一百以上的案件在初审结束后将卷宗、犯人、主要证人解送上级“审转”。府一级复审州县上报的案件后,再将卷宗、犯人、主要证人解送上级。省按察使司复审并审结全省上报的徒刑案件,对于流、死案件经复审后上报中央(一般犯人仍关押于各省会监狱,中央仅为书面审)。中央刑部复核全国的流刑案件后再经大理寺复核即可定案审结,死刑案件则还要经三法司或众官会审、上报皇帝“勾决”才算最终审结。清代各省督抚官衔与中央尚书平级,因此一般的流刑、充军刑、发遣刑案件都可自行审结,只须报中央刑部备案。特别重大的死刑案件往往可以请出“王命旗牌”先斩后奏,但绝大多数死刑案件必须报中央,经过刑部等机构的复核、经众官复审及皇帝勾决。

在这种不以当事人意志为转移的逐级复审制度下,一件徒刑案件至少要经过县、府、省按察使司三级审理,一件流刑案件至少要经过四级审理,一件死刑案件至少要经过五、六级复审才算是终审。在这过程中,如果发生上级驳诘或犯人翻供,就要重复审理。另外司法监察机构如分巡道、巡按御史等也有权提审案件,这不算是正式的一

级审理,提审后还得按原程序继续一级一级的复审。犯人、证人在这过程中一次又一次的被解送到各个衙门去受审,口供、证词都要和原审相同,否则只会进一步延长这个过程。从理论上而言,这种制度是慎刑思想的典型体现,但在实际上却往往造成了刑狱淹滞。很多官员为此百般“锻炼”犯人口供及证人证词,力图使案件能一路复审过关,案件的事实及正确适用法律却被忽略。

五、裁判的形式

从云梦出土的秦简看,战国时期诉讼审判都已普遍采用了书面形式,裁判当然也应该是书面的。限于史料,现在对于唐朝以前的裁判书面形式还缺乏直接的了解。唐朝选官强调“身言书判”,其中的判是广义的,包括了官府对于各种事务的剖决批示,其要求是“文理优长”。从现存的唐代文集集中的判来看,全部都是引经据典,堆砌词藻的四六骈俪文,司法方面的判没有对于诉讼事实的全面概述,也没有对于适用法律的解释。如果这确实是当时司法实践中所使用的判决书文体,则应当在这种判之外另有附加的文书来说明具体的定罪量刑。宋代有不少书判已经是相当口语化的散文,如《名公书判清明集》及《后村先生大全集》、《勉斋先生黄文肃公文集》等书籍所收集的书判应当都是实际使用的判决书或司法文书。文学化的骈俪判语往往被称为“花判”^①。

明清时随着逐级复审制的确立,基层司法机构作出的判决分为两种,一种是州县自理词讼判决,称之为“判”或“审语”;一种是经初审后向上级提出的报告,称之为“申详”(或称“招解”),这一报告包括对于案件所提出的判决意见“看语”(因一般以“卑职看得”开头而得

^① 见《名公书判清明集》卷六《户婚门·赁屋》所载两道花判。

名),或称“拟律”。县以上各级如有该案终审结案权就可以作出判语,如果没有就也要批示看语,可以在下级看语基础上略加发挥转报上级,也可以提出疑问予以驳回重审,也可以为示公平将该案件转交另一个下级衙门重审;当然如果完全同意下级意见就可以只批“如详核转”之类的批语。

明代基层自理词讼的判语多模仿唐人之判,作骈俪四六文,对于案件事实作一个概括,并且加以法律上的以及道德上的评判,然后在判之后又有一段“具招”(或称“照出”),以“议得”开头,具体引律例文字(自理词讼一般不引律例),判决具体的罪名及刑罚^①。明末开始,判语一般都改为散文,不再有判语和具招之分,骈俪体的判语只是作为卖弄文字技巧偶一为之。清人所辑判语一般都为散文体。

一般基层司法机构的“申详”由四部分组成:“据报”,说明受理案件的经过;“勘检”,报告勘查现场、检验尸伤的情况,并附勘查现场图及验尸的尸格;“叙供”,归纳被告的招供及证人的证词,以说明案件的基本事实;“审勘”,即上述的看语。其中最重要的是后两个部分,“叙供”所表明的事实自然就会引出“看语”所要援引的律例条文。明清时申详和判语常常是由幕友代官员起草的,幕学著作中有不少内容就是关于如何应付上级的技巧,如幕学著作《幕学举要·总论》称“事件不必怕驳,斩、绞大案,上司未有不驳。总要成招时预料其在何处驳诘、作何顶复,则胸有成竹,愈驳而案愈定。”为了防止官员捏造情节凑合律例条文,明清律专有“吏典代写招草”的律文,规定记录供词如有改动造成误判的,就要按故出入人罪处罚。但当事人的陈述供词往往也是夸张其词,为了减少麻烦,幕友或官员在“叙供”时往

^① 《刑台法律》一书在书页的上栏载有各类司法文书的范文,每一判语之后都有“具招条例”。明人自编的判语集往往只收集判语,如李清:《折狱新语》一书所集判语的文体与唐人判语完全相同。

往已将案件情节“剪裁”。清《刑幕要略》称“办案全要晓得剪裁,其某处应实叙,某处应点叙,某处应并叙,详略得宜,位置不乱,方为妥贴”。剪裁的目的是要使案件与预定适用的律例条文一致,“案犹龙也,律犹珠也。左盘右旋,总不离珠”。因此清代著名刑名幕友汪辉祖曾感叹:“官之问事,如隔壁看影戏,万难的确。”(《病榻梦痕录》卷下)要根据案件的卷宗材料来弄清原来的事实真相,几乎是不可能的。

六、裁判的依据——法源

法官作出裁判的依据当然应该是法律,但是由于有限的法律条文不可能包含社会生活的方方面面,在一个具体的案件中往往很难找到恰如其分的法律条文,这就需要逐渐积累的判例及对法律的解释来弥补这些法律上的漏洞。而这样做的前提就需要有一个高度重视法律的社会背景,需要有职业化的法官集团,这是世界上很多国家法律发展的轨迹。在古代的秦汉时期,确实存在着这样的社会背景和职业化法官集团,因此当时的一切裁判都是依据法律及其法律的正式解释和具有权威性的判例。比如云梦出土的秦简中“法律答问”就是这种法律解释的代表,其中屡屡提到的“廷行事”,当为这种具有权威性的判例、惯例。然而自汉武帝“独尊儒术”后,儒学逐渐在社会上推广,学习儒术成为新的“利禄之门”,儒学的说教成为新的权威性的行为判断标准。终于影响到法官作出的裁判,成为裁判的又一依据。三国两晋南北朝时期礼法合流,不少儒学的内容进入法律,儒学本身也上升为名教,被统治阶级普遍认同。法官的主要来源也逐渐转换为学习儒教出身的士子。这样一来,裁判的依据开始多样化,至唐、宋时期这已是不可改变的事实。明、清时官府断案习惯参酌“天理、人情、国法”,在这个法源体系中,国法并不具有特别优先的地位。

(一) 法律条文

法律条文自然始终是最重要的裁判依据,这是法官在作出裁判时的主要义务之一。在经义决狱的风气兴起后,西晋时,三公尚书刘颂为防止这种风气破坏司法,特意上书建议:“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。”这一建议被定为法律(《晋书·刑法志》)。《唐律疏议·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,止引所犯罪者听。”又:“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。”可见裁判所引用的必须是正式法律条文。但长庆三年十二月(824年)敕规定“检详文法,一切取最向后敕为定”,后唐长兴二年(931年)又规定引用法律时“后敕内无正条,即以格文定罪;格内又无正条,即以律文定罪”(《宋刑统·断狱》引)。这个引用法律的顺序在宋朝也依旧有效。

《大明律·刑律·断狱》仍设“断罪引律令”条:“凡断罪皆须具引律例,违者笞三十。若数事共条,止引所犯罪者听。其特旨断罪,临时处治不为定律者,不得引比为律。若辄引致罪有出入者,以故失论。”清律沿袭该条。

值得注意的是,唐律和明清律都允许在引用法律条文时不必严格按照原文,可以挑选涉及到本案的部分。从宋代的《名公书判清明集》及明清时期的判集来看,当时法官引用法律条文确实比较随便,从不指明所引法律条文在哪一部、哪一篇、哪一门,只是笼统称“准法”或“在法”如何如何,引用的也不是法条全部,一般只是所需的部分,引用同一条法条往往文字有所不同。^①

(二) 法律解释与判例

云梦出土的秦简“法律答问”很可能是当时有权威性的法律解

^① 可见于《名公书判清明集》,中华书局1987年点校版,第31、33、36、54、68、75、83页等。

释,在当时的司法审判中应该是可以援引进行裁判的。后世的法律如《唐律疏议》中的律疏,也是正式的有权威性的法律解释,是可以援引裁判的。但元、明、清时期不再有这种正式颁布的法律解释,明清时有不少私人著作的法律解释书籍,其中部分因其对法律的解释相当有深度,逐渐被官方接受,进入了官方的法律汇编,最终定入了法典,以律文间小字夹注的形式成为法条的组成部分。自然也可以被援引判案。

秦朝的“廷行事”、汉朝的“决事比”都是可以援引裁判的,只是在现有的史料中还难以找到引用的具体方式。唐朝法律禁止引用案例作出判决,《宋刑统·断狱》引唐刑部格敕:“如闻诸司用例破敕及令式,深乖道理,自今以后,不得更然。”但宋朝法律实际允许引例断案。宋神宗时就已开始进行编例,只是屡次严禁“以例破法”,如《宋会要辑稿·刑法·一之二一》载法条:“引例破法及择用优例者,徒三年。”同书《职官·七九之六》载南宋绍熙元年(1190年)指挥:“其有法者,止当从法;其合比附比类者不得更引非法之例。令御史台觉察,必罚无赦。”元朝法律本身就有相当部分来自于断例,所以在司法实践中引用判例进行裁判的情况可能是较为普遍的。

明清法律严禁引用判例进行裁判。由于条例与原来的“例”实际性质不同,为避免混乱,判例往往称之为“成案”。清朝条例规定:“除正律、正例而外,凡属成案未经通行著为定例,一概严禁,毋得混行牵引致罪有出入。如督抚办理案件,果有与旧案相合可援为例者,许于本内声明,刑部详加查核,附请著为定例。”^①然而在司法实践中,虽然不明文引用成案,但实际上裁判仍然受到成案的很大影响。

(三) 儒教经义

可援引儒教经义作出裁判,或至少是引用儒教经义对裁判作出

^① 《大清律例通考》卷三七《断狱》。

解释,这是中国古代司法审判的一大特点。始作俑者是西汉大儒董仲舒。西汉初年儒家学说复兴,为解决皇室及贵族内部问题,讲亲亲尊尊的儒家显然比“刻薄寡恩”的法家更有效。如汉景帝时薄太后欲立景帝的弟弟梁王为皇位继承人,是文臣们援引儒家《春秋》之义确立传子不传弟的原则。后来梁王怨恨谋反,也是依靠“通经术”之臣以处理梁王近臣而不触动梁王本人的办法得以解决。形成“不通经术、知古今之大礼,不可以为三公及左右近臣”的传统(《史记·梁孝王世家》)。汉武帝“独尊儒术”后,朝廷论事更多引儒经《春秋》为据。董仲舒弟子吕步舒以《春秋》之义处理淮南王谋反案,影响颇巨(《史记·儒林列传》)。廷尉张汤顺应潮流,多引儒生议论审判事务,又往往亲至陋巷向已致仕的董仲舒请教疑难案件的处理,董仲舒遂作《春秋决狱》二百三十二事(《后汉书·应劭传》)。该书或又称《春秋决事比》、《春秋断狱》,至宋初尚存。现存有《通典》、《太平御览》等书保留的六事,从这六事中可发现,即使是已有可适用的法律的案件,依然可以援引经义加以改变。近人程树德在《九朝律考》一书中专门收集了汉代至南北朝时期的四十三个经义决狱案例,可以发现这些判例所引用的有的是经义,有的是某句语录。北魏时还曾正式规定:“诸疑狱皆付中书以经义论决之。”(《魏书·刑罚志》)以后各代也仍有以经义决狱的故事,尤其是在婚姻、继承及涉及服制名分的杀伤案件中,往往要依靠适用某条经义来解决。如清乾隆嘉庆年间江南名幕汪辉祖就是以善于使用儒经判断疑案而出名。他在所著幕学教科书《佐治药言》中指出:“遇疑难大事,有必须引经以断者。”其在浙江秀水县为幕时,即以《礼记·丧服小记》中“殤而无后者,从祖祔食”的说法,解决了陶氏独子出继的疑案。在无锡时,办理一件童养媳与夫家之叔通奸的案件,就以儒经《礼记》、《尚书》的理论,主张童养媳尚未“成妇”,只能同凡论,不能按照服内亲通奸“内乱”大罪处理(应发附近充军),从府、道、省臬司(按察使司)直到江苏巡抚,层层力争,终于说服了各级

上司,将此案按照一般的通奸罪处理(杖一百、枷号一个月)^①。一般来说,在州县自理词讼的判语中,可以直接援引儒家的经典,甚至可以援引一些具有代表性的儒学大师的理论来作为判决的根据,如上引汪辉祖的第一件案件。而在需要层层复审的刑事案件中,儒家的经典也可以作为对法律的权威解释,来影响法律的适用,但在正式定罪时仍必须要援引律例条文,如上引汪辉祖的第二件案件。

(四) 情理

中国古代在审判中极其重视“情理”,情理往往是法官作出某个裁判的主要的依据。在一般的民事案件中,情理往往被直接援引作为裁判的理由。在宋代,情理一词就已是法官们经常使用的裁判用语。宋徽宗时,翁彦深言淮东十一个州军,两年中一百三十二名杀人犯仅有十二名被处死,“问之有司,则曰:不死者,有情理者也。”^② 在南宋《名公书判清明集·户婚门》的一百八十七个民事案例中,引用了法律条文进行裁判的才五十四个,其余的三分之二多是以“人情”或“情理”作为裁判理由的。到了明、清时,这种现象更为普遍,日本学者滋贺秀三研究了清代的几十种判集后,发现凡是州县自理词讼的民事案件,判语援引法律条文的才一、二例而已,其余几乎都是斟酌天理、人情、情理裁判的。因此他得出的结论是:中国古代的法律就像是漂浮在大海上的冰山一样,飘浮在情理的海洋之上。^③

《左传·庄公十年》载鲁国“曹刿论战”故事中,曹刿将庄公所说的“小大之狱,虽不能察,必以情”,作为得到人民拥护、可以出战的最重要的因素。这里所说的“情”,大多数注释家都认为是指案件的实情、情节。这种用法在后世依然经常采用,如敦煌出土的唐朝初年的

① 上述两案可见《病榻梦痕录》卷上,前者尚可见《佐治药言·读书》。

② 宋·胡寅:《斐然集》卷二六《翁公神道碑》。

③ 《清代诉讼制度にちける民事的法源の概括の検討》,见《东洋史研究》40卷1号。

判词中依旧有“论法法不可容，论情情实难恕”的惯用语^①。但在古代司法审判中所考虑、所引用的往往并不是情的这一层面的意思。古代司法审判中依据援引的“情理”之情往往是“人情”。人情一词也多歧义，其一即指人之常情，泛指一种伦理道德上的行为评价，进而指由士大夫阶层操纵的社会舆论。如西汉末年卓茂为密县令，县民告发亭长收受其米肉，卓茂认为这是正常的人情往来，不予处理，那人责问卓茂，说这是法律所明文禁止的，卓茂“笑曰：律设大法，礼顺人情。今我以礼教汝，汝必无怨恶，以律治汝（指治其行贿之罪），何所措其手足乎？”（《后汉书·卓茂传》）南宋《名公书判清明集·户婚门》胡石壁“典买田业合照当来交易或见钱或钱会中半收赎”判语中宣称：“殊不知法意、人情，实同一体，徇人情而违法意，不可也；守法意而拂人情，亦不可也。权衡于二者之间。使上不违于法意、下不拂于人情，则通行而无弊矣！”这种说不清、道不明的人情有时还是和稀泥的指导原则，如明代著名清官海瑞曾在其所著《淳安政事》中提到官场上盛行的所谓“四六息讼法”，给胜诉方六分理，也给败诉方四分理，不使哪一方得绝对优势。

情理之理也与情一样多有歧义。理可以指三纲五常之类的“天理”，也可以指人们有共识的某些自然的或社会的规律。南宋《名公书判清明集·户婚门》“生前抱养外姓歿后难以摇动”一判中，法官吴恕斋确认经养祖母、养母抚育八年的异姓养子有权继承财产，叔父欲推翻其继子地位“于理断断乎不可”，且以“人心天理不可磨灭”，判决财产一分为二，叔与养子各得其一。在一些正直清廉的官员看来，“损有余而补不足”也是情理之一。最典型的如海瑞在其所著《淳安政事》中主张，对于法无明文、事实难清的疑案，“与其屈兄，宁屈其弟；与其屈叔伯，宁屈其侄；与其屈贫民，宁屈富民；与其屈愚直，宁屈于顽。事在

^① 刘俊文：《敦煌吐鲁番唐代法制文书考释》，中华书局1989年版，第443页。

争产业,与其屈小民,宁屈乡宦,以救时弊也;事在争言貌,与其屈乡宦,宁屈小民,以存体也”。这里表述的情理,既包括了三纲五常的理,也包括了纠正“为富不仁”时弊的理。也有很多官员认为仁恕之道也是情理,《魏书·高允传》载高允在中书任职五十多年,凡复核案件总是从轻发落,以体现“好生恶杀”的仁恕。清雍正、乾隆年间重臣阿克敦,曾为刑部尚书十多年,据说曾问其子阿桂欲如何为刑官,阿桂回答:“行法必当其罪,罪一分与一分法,罪十分与十分法。”阿克敦大怒,说:“如汝言,天下无完人矣!罪十分治之五六已不能堪,而可尽耶?!且一分罪尚足问耶?”(《清史稿·阿克敦传》)

因此情理所表示的实际上是法官们心目中所认定的中国式的公平、正义概念,虽然很难为之下一个现代的定义,但它确实是一种模糊的规则,反映着中国传统文化的价值取向。其基本原则可说是以儒家思想为核心的一种和谐、均衡、共存的社会理想,而且这种理想的层次要远远高于法律。在中国传统文化中,这种理想具有相当大的普遍性,因此能够被社会成员接受为一种裁判的依据。

七、会审制度及特别审判

古代地方的司法审判一般都是独任制的,由一员法官审讯及判决。虽然在很多情况下,一个判决要经过几个机构、官员的复核,但案件审理的过程中并没有多人讨论后共同作出判决的习惯。中央的审判则有所不同,疑难案件往往要经过朝廷大员“廷议”讨论,草拟判决意见后再报皇帝定夺。两汉时多有公卿大臣“杂治”疑案的惯例。曹魏律定“八议”之制,议即讨论会审。唐朝的三司断事也具有会审性质。然而真正使会审制经常化、制度化的还是在明清时期。

明永乐二年(1404年),明成祖定制,规定每逢暑热季节来临之前,由众官会审在押囚犯,对监狱进行清理,防止发生狱疫痼毙。号为

“热审”。其制度为每年小满节气后十余日开始，至六月底结束。京城由司礼监太监、锦衣卫指挥会同三法司堂官，审理各狱在押囚犯，笞杖罪犯即时行刑，刑毕释放；徒流罪犯减等发落前往服刑地点；事实不清的疑案，具奏请决。各省热审由巡按御史会同三司审理省城在押犯，府州县热审由分巡道会同地方官审理在押犯。清朝沿袭了热审制度。

为表示慎重于人命，明朝在历代皇帝时有亲自“录囚”之举的惯例基础上，设立了“大审”制度。明宪宗成化十七年（1481年）定制，每隔五年（逢丙、逢辛年）由司礼监太监代表皇帝本人至大理寺，召集三法司官员会审京城在押的累诉冤枉，或死罪可疑、可矜的待决犯；外省则由刑部及大理寺派出官员至省会会同巡按御史、当地三司会审上述对象的在押犯。审理的结果上报皇帝批准。清朝废除此制。

明清时规格最高、影响最大的会审是“朝审”、“秋审”。明朝初年即有集合朝臣会审大案的“朝审”，及三法司会审等会审形式。天顺三年（1459年）明英宗宣称“人命至重，死者不可复生”，规定：“每至霜降后，但有该决重囚，著三法司奏请，会多官人等，从实审录，庶不冤枉。永为定例。”（《明史·刑法志》）从此朝审成为制度，每年霜降后，由三法司会同公侯伯、驸马、内阁学士、六部尚书、侍郎、五军都督等在朝官员，于承天门外会审在押待决死囚。审判由刑部尚书主持，如死囚喊冤，或会审官员认为某案仍有可疑之处、死囚尚有可矜之情，即可奏请皇帝批准不予处死，再加详审。朝审成为死罪案件的最高审级。当然重大犯罪的死囚早已“决不待时”，朝审所处理的多为一般的应“秋后处决”的人命、窃盗案件。

清朝入关后，从顺治十五年（1658年）开始正式恢复明朝的朝审制度。对外省案件的审理一般改称“秋审”，规定各省督抚先行会同布政使、按察使复审本省的斩、绞监候案件，提出“情实”（原称情真，为

避雍正之讳而改称,指案情属实,罪刑适当)、“缓决”(案情属实,但危害不大可留待下一年再做决定)、“可矜”、“可疑”(案犯情有可原或案情尚存疑点)的处理意见,雍正年间又加入“留养承祀”(罪犯为独子)一种,然后在四月底以前将卷宗移文刑部。刑部将卷宗集中印制为“招册”,发给将参加秋审的在朝官员。每年八月中召集朝廷各部院堂官,于天安门内金水桥畔进行会审。如被确定为情实的罪犯,一般经皇帝勾决,于霜降后、冬至前处决。定为缓决的罪犯关押至第二年秋审再处理。习惯上三次定为缓决的罪犯可减等发落,定为可矜及留养承祀的罪犯一般也可以减等发落。定为可疑的罪犯则发回原省重审。对于京城在押的罪犯仍仿明朝制度实行朝审。秋审和朝审对于案件的处理并不按照法律(按法律这些受审对象都应判死罪),而是根据时势及案发地区的政治形势灵活掌握“情实”或“缓决”等判决的尺度。清乾隆末年王又槐所著幕学著作《刑钱必览》卷十指出:“秋审缓、实有一定不移之成法,而又当合时、地以相参,所谓惟齐非齐,并行不悖也。即如僧道杀人与私铸钱文二项,当(乾隆)三十三、三十四年间,多入情实;不过三、四年,犯者渐稀,仍复入缓。又如回民之案严于陕甘,抢夺之案严于咽喉,械斗之案严于八蛮,牛马之案严于蒙古,斗杀之案严于新疆,近日(乾隆五十年前)江海窃盗严于粤省。窝、窃、赎、赃之案,皆因地制宜,久则必变。”

八、法官的个人责任

(一) 听讼回避

为了表示公正,防止徇情枉法,同时也是为了遵守“亲亲尊尊”的原则,古代法律在很早以前就制定了“听讼回避”的制度。《宋刑统·断狱》引唐《狱官令》:“诸令鞠狱官与被鞠人有五服内亲、及大功以上婚姻之家,并受业师、经为本部都督、刺史、县令,及有仇嫌者,皆须听

换推。经为府佐、国官于府主亦同。”但其用语任意性较大，并没有明确提出回避的主体是谁，也没有明确在应回避而未回避的情况下该如何处理。宋代沿袭了这条规定，没有进一步加以修正。

元朝法律完善了有关听讼回避的规定，据《元史·刑法志》记载的元朝法律：“诸职官听讼者，事关有服之亲并婚姻之家及曾受业之师与所仇嫌之人，应回避而不回避者，各以其所犯坐之。有辄以官法临决尊长者，虽会赦，仍解职降叙。”明清律则专设“听讼回避”条，规定：“凡官吏于诉讼人内关有服亲及婚姻之家、若受业师（或旧为上司于本籍官长有司）及素有仇嫌之人，并听移文回避。违者笞四十。若罪有增减者，以故出入人罪论。”其特点是将书吏也纳入回避的范围。

（二）审判时限

秦汉时司法机构的审判时限尚并不严格，为了提高审判的效率，唐代法律对法官承审的期限做了明确规定。唐长庆元年（821年）以“天下刑狱苦于淹滞”，对审判设定“程限”：“大事，大理寺限三十五日详断毕申，刑部限三十日闻奏；中事，大理寺三十日，刑部二十五日；小事，大理寺二十五日，刑部二十日。一状所犯十人以上、所断罪二十件以上为大；所犯六人以上、所断罪十件以上为中；所犯五人以下、所断罪十件以下为小。”（《旧唐书·刑法志》）

宋朝在唐朝基础上先后多次调整了审判时限，其大、中、小案的划分又与唐朝不同，以卷宗的纸张数目为标准。北宋时规定以二百纸以上为大事，十纸以上为中事，十纸以下为小事；南宋改为以一百五十纸以上为大事，二十纸以上为中事，二十纸以下为小事。各司法机构及各种案件性质的审判时限各不相同，如北宋大理寺断奏狱大事十二日、中事九日、小事四日（在京案件则大事十日、中事五日、小事三日）；断公案大事三十五日、中事二十五日、小事十日（在京案件则大事三十日、中事十五日、小事十日）。南宋又将大事期限减五日、中

事减三日,小事照旧。^①

《大明律·刑律·断狱》有“淹禁”条,但只是规定判决时限,各司法机构在经过审讯搞清事实后的三日之内必须进行判决,笞杖罪必须当日断决,徒流罪应在十日内遣送。这个时限过于苛刻,清朝的条例加以修改(附于《刑律·捕亡》“盗贼捕限”后),规定“直隶、各省审理命案定限六个月,盗案定限十个月,抢夺、发掘坟墓及一切杂案俱定限四个月。……按察司自理事件(徒刑案件)限一个月完结,府、州、县自理事件,俱限二十日审结。上司批审事件,限一个月审报。”

(三) 出入人罪的责任

法官要对所判案件的正确与否承担直接的个人责任,这是中国古代法律的一大特点。据《史记·循吏列传》,晋文公称霸时(前636—前628)曾任命李离为晋国“理官”,主持司法审判。后李离因错判人死罪,自劾犯“过听杀人”之罪,并称“理有法,失刑则刑,失死则死”,自杀殉法。如果《史记》本段记载属实,则早在春秋时代就已经确立了法官审判的个人责任原则。云梦出土的秦简也有同样的内容,“法律答问”中有“甲有罪,吏智(知)而端重若轻之,论可(何)也?为不直。”对于有罪的人故意从重或从轻判刑,就构成了“不直”罪。而如果不是故意的,就构成“失刑”罪。不直罪名相当严重,有的要反坐其刑,如“赏盾不直,何论?赏盾”^②。有时还要受到特别的处罚,如秦始皇三十四年(前213年)“适治狱吏不直者筑长城及南越地”(《史记·秦始皇本纪》)。

汉代的法律依然具有类似的罪名,除“不直”外,还进一步区分“故不直”及“纵出”。《汉书·景武昭宣元成功臣表》注:“出罪为故纵,入罪为故不直。”汉武帝时,“缓深故之罪,急纵出之诛”(《汉书·刑法

^① 以上均见于《宋会要辑稿·刑法二四之二八至三〇》。

^② 《睡虎地秦墓竹简》,第20、165、166、171、201页。

志》)。大约在南北朝时期,正式形成了“出入人罪”的罪名;有罪判无罪、重罪判轻罪为“出人罪”,无罪判有罪、轻罪判重罪为“入人罪”;如果错判是无意的就称之为“失出人罪”或“失入人罪”,反之如果是故意的就构成“故出人罪”或“故入人罪”。

《唐律疏议·断狱》“官司出入人罪”条规定出入人罪的法官原则上应反坐其罪:“诸官司入人罪者(律注:谓故增减情状,足以动事者。若闻知有恩赦而故论决,及示导令失实辞之类),若入全罪,以全罪论(律注:虽入罪,但本应收赎及加杖者,止从收赎、加杖之法);从轻入重,以所剩论。刑名易者,从笞入杖、从徒入流,亦以所剩论(从徒入流者,三流同比徒一年为剩。即从近流入远流者,同比徒半年为剩。若入加役流者,各计加役年为剩)。从笞杖入徒流、从徒流入死罪,亦以全罪论。其出罪者,各如之。即断罪失于入者,各减三等;失于出者,各减五等。”无罪判有罪、或有罪判无罪是为“全罪”,法官应反坐全部罪名;轻罪判重罪、或重罪判轻罪,则法官反坐重罪减去轻罪后“所剩”的罪名。除了适用法律错误外,还包括故意增减案件情节足以造成错判的、听说即将有恩赦故意抢在恩赦令下达之前判决执刑的、审讯中故意诱导被告作出错误陈述的等情况,都要按出入人罪来处罚。如果是过失造成出入人罪的,则失入人罪者反坐其罪而减三等处刑;失出人罪者反坐其罪而减五等处刑。其罪名设定的重点明显在于防止“入人罪”。古代虽采用独任审判,但案件卷宗往往要经过几个官员的复核,况且同一部门的官员要连坐罪名,所以一个失出入人罪的罪名常常会引起同部门官员的连坐(故出入人罪为私罪,由犯罪官员自己承担罪责)。对此按《唐律疏议·名例》“同职犯罪”条规定:“诸同职犯公坐者,长官为一等,通判官为一等,判官为一等,主典为一等,各以所由为首。”律疏举例解释,如大理寺断事错误,以大理寺卿为长官,少卿及大理正为通判官,大理丞为判官,大理寺的府史为主典,而以出错的那一级官员为首犯,以下按从犯递减一等处罚,“若主典检

请有失,即以典为首,丞为第二从,少卿、二正为第三从,大卿为第四从。……若由丞判断有失,以丞为首,少卿、二正为第二从,大卿为第三从,典为第四从”。其中如果有缺官,仍按四等循环递减。这些法律被宋朝沿袭。

在唐宋法律基础上,元朝法律对于出入人罪的规定又有所发展。规定:“诸有司故入人罪,若未决放者,及囚自死者,以所入罪减一等论。入人全罪者,以全罪论,若未决放,仍以减等论。”故出入人罪也同样处理。失出入人罪和唐律同样处理外,如“未决放者,又减一等,并记过。”但“诸有司失出人死罪者,笞五十七下”(《元史·刑法志》)。明清律继承了元朝的这一修正,“若囚未决放及放而还获、若囚自死,各听减一等”。但同时又规定“至死者,坐以死罪”。明清律的又一改革是对失出入人罪的职级连坐制度进行了修正,硬性规定:凡失出入人罪一律以吏典为首,首领官(管理衙门内部事务的官员,如府经历)为从减吏典罪一等,佐贰官(辅佐主官的官员,如府通判、州判、县丞、主簿等等)又减首领官一等,长官(正印官)又减一等。

九、申诉与直诉

汉朝法律规定结案后要“读鞠”宣判,并允许囚犯“乞鞠”。“狱结竟,呼囚鞠语罪状,囚若称枉欲乞鞠者,许之”(《史记·夏侯婴传》晋灼注)。据《晋书·刑法志》,汉时二岁刑以上得以家人乞鞠。并据《周礼·秋官·朝士》汉儒注,汉时“徒论决满三月,不得乞鞠”。这一制度类似近代上诉的制度在曹魏定律时以“省所烦狱”的理由而被取消(《晋书·刑法志》)。

后世仍有类似的制度,如《唐律疏议·断狱》:“诸狱结竟,徒以上,各呼囚及其家属,具告罪名,仍取囚服辩。若不服者,听其自理,更为审详。违者笞五十,死罪杖一百。”律疏进一步规定,“其家人亲属唯

止告示罪名,不须问其服否”,即请求复审的只能是罪犯本人。但关键的由谁来进行“审详”,却是语焉不详,由于立法的意思是由原审机构复审,因此一旦原审机构认定罪犯的罪名,罪犯实际上是只能“服”而不能“辩”。这条律文以后各代沿袭,明朝时通行的注解称:“听原问官吏再三详审。”

罪犯本人只能服罪而难以申辩,往往只能由其家属向上级衙门以至于皇帝申诉。向皇帝的直诉是由来已久的制度,《周礼·秋官·大司寇》:“以肺石远(达)穷民。凡远近惇独老幼之有欲复于上而其长弗达者,立于肺石三日,士听其辞,以告于上而罪其长。”肺石因色红及形状如肺而得名。以后南梁武帝仿照此制,也在宫门外设肺石,并设函,“若欲自申”可投书肺石函(《梁书·武帝纪》)。唐朝仍设肺石,“若惇、独、老、幼不能自申者,乃立肺石之下(若身在禁系者,亲、识代立焉。)”(《唐六典》卷六)。

汉朝时在皇宫外设鼓,供人“上言变事”及“驿马军书当急闻者”击鼓(《周礼·夏官·太仆》汉儒注),也可用于喊冤。至西晋时改称“登闻鼓”,专用于供人喊冤(事见《晋书·范坚传》)。以后历代皆设登闻鼓。宋朝还设立了登闻鼓院和登闻检院,“诸人诉事,先诣鼓院;如不受,诣检院;又不受,即判状付之,许邀车驾。如不给判状,听诣御史台自陈”^①。辽金两朝沿设登闻鼓院。元朝将登闻鼓院设置于中书省之下。明清时,登闻鼓由都察院管理,派御史轮值。

另一种向皇帝直诉的方式是“邀车驾”,在皇帝出行时,伏路喊冤。《唐律疏议·斗讼》“即邀车驾及挝登闻鼓若上表诉,而主司不即受者,加罪一等(不受一条杖六十,四条杖七十,十条杖一百)。其邀车驾诉而入部伍内,杖六十”。律注对于“部伍”的解释是:“谓入导驾仪仗中”。而导驾据律疏引唐《鹵簿令》是指在皇帝出行行列前由当地官

^① 《续资治通鉴长编》卷三二六“元丰五年五月甲申”。

员率领的引导队伍。另据《卫禁》：“诸车驾行，冲队者，徒一年；冲三卫杖者，徒二年。”结合这两条，即邀车驾应在道旁喊冤而不得进入行列队伍。既允许臣民向皇帝直诉，又注意保护皇帝的人身安全，这就是后世邀车驾直诉制度的立法出发点。明、清律规定：“若迎车驾及击登闻鼓申诉不实者，杖一百。事重者，以重罪论。”“若有申诉冤枉者，止许于仗外俯伏以听，若冲入仪仗内而所诉事不实者，绞。”并进一步规定：“圣驾出郊，冲突仪仗妄行奏诉者，追究主使教唆捏写本状之人，俱问罪，各杖一百，发边卫（清改近边）充军。所奏情词不分虚实，立案不行。”如此而言，则邀车驾直诉制度名存实亡。

第四节 其他制度

其他的司法制度尚有一些是比较重要的，本节主要介绍刑罚执行制度和赦免制度。

一、刑罚的执行

裁判的执行是司法审判的最后环节。中国古代法律对于执行刑罚有严密的制度，但对于民事性质裁判的执行就缺乏这样的制度。

（一）死刑执行制度

死刑执行制度最为复杂。至少从汉朝开始，死刑判决都要经过皇帝的批准才可执行，即所谓“报囚”。西汉武帝时酷吏王温舒为河内太守，大肆诛杀当地的豪强，预先布置快马飞报朝廷，使得豪强无法到朝廷托关系（《汉书·酷吏传》）。后世进一步加强这种死刑批准制度，如北魏“诸州国之大辟，皆先献报乃施行”（《魏书·刑罚志》）。唐朝正式建立死刑“复奏”制度，唐《狱官令》：“诸决大辟罪，在京者，行决之

司五复奏；在外者，刑部三复奏。若犯恶逆以上及部曲、奴婢杀主者，唯一复奏。”^① 后代基本沿袭了这项制度。明清时强调死罪囚犯应经皇帝“勾决”后，再由刑部发文至罪犯关押场所，当地应在文书到达的三天之内执行死刑。

死刑的执行时间。根据战国时代流行的阴阳五行学说，人间的活动应与自然季节的变迁合拍，《吕氏春秋》及《礼记》都有专篇详细介绍逐月应进行的社会活动。云梦出土的秦代竹简《日书》也反映了这种习惯。汉朝盛行“天人感应”之说，处死刑必须是“望后利日”^②。并确定“秋冬行刑”，上文提及的西汉酷吏王温舒就曾顿足叹惜冬季过短。东汉章帝元和二年（85年）又下诏强调：“王者生杀，宜顺时气。其定律：无以十一月、十二月报囚。”（《后汉书·章帝纪》）这些制度被后世长期沿袭。如《隋书·刑法志》载南陈律有“晦朔、八节、六斋、月在张心日，并不得行刑”的规定。

最早、最完整的死刑执行制度是唐朝制订的。据《唐律疏议·断狱》律疏援引唐《狱官令》所作解释：“从立春至秋分，不得奏决死刑，违者徒一年。若犯恶逆以上及奴婢、部曲杀主者，不拘此令。其大祭祀及致斋、朔望、上下弦、二十四气、雨未晴、夜未明、断屠月日及假日，并不得奏决死刑。”所谓断屠月是指正月、五月、九月；断屠日亦即“禁杀日”，即一、八、十四、十五、十八、二十三、二十四、二十八、二十九、三十日；假日是指皇帝生日之类的法定节假日。在这些日子里即使是“决不待时”的死罪也不得执行死刑。这样一来，唐朝能执行死刑的日子一年不过八十日左右。《宋刑统》沿袭了这些制度，金朝《大金集礼》也援引本条唐令作为金朝的规定。《大明律·刑律·断狱》规

^① [日]仁井田陞：《唐令拾遗》所复原的唐令文。长春出版社1989年版，第693页。

^② 见《周礼·秋官·乡士》“协日刑杀”，汉儒郑司农注：“协，合也，和也。和合，支干善日，若今时望后利日也。”

定：“若立春以后、秋分以前决死刑者，杖八十。其犯十恶之罪应死、及强盗者，虽决不待时，若禁刑日而决者，笞四十。”其禁刑日的规定与唐令完全一致，并又加上闰月也作为停刑月。清朝再加上封印期也禁止执行死刑。

唐朝曾规定具体执行死刑的时间，《宋刑统》引唐元和六年（811年）敕：“决囚，准令，以未后者不得过申时。如敕到府及诸司已至未后者，即至来日，仍勒本司官准旧例与御史同监引决。”可见其立法意图是将执行死刑的时间限制在白天（申时约合今下午三至五时）。以后各代执行死刑的时间也习惯在正午前后。

死刑的执行场所。按照《周礼·秋官》的说法，西周时死刑的执行场所都是在市、朝等公众聚集的地点，而且一般都要曝尸三日。“王之同姓”贵族则在远郊的“甸”隐蔽行刑。从《左传》记载的春秋时期的一些案件情况来看，当时凡贵族犯有重大罪行的才被“尸诸市朝”^①。秦国遵循法家理论，官僚贵族也被公开处死，西汉初年依然如此。文帝时贾谊为此上书，请求按照儒家说法，官员犯死罪责其自杀即可（《汉书·贾谊传》）。但在法律上明文规定还是在唐朝，《唐六典》卷六“刑部郎中员外郎”载唐令：“凡决大辟罪，皆于市。五品已上，犯非恶逆已上，听自尽于家；七品已上及皇族若妇人，犯罪非斩首，皆绞于隐处。”明清时法律对于死刑执行场所没有具体的规定，一般仍于闹市行刑，或是在较场、旷地。

对妇女执行死刑的特殊制度。北魏太武帝时定制“妇人当刑而孕，产后百日乃决”（《魏书·刑罚志》）。这一制度被后世继承，《唐律疏议·断狱》：“诸妇人犯死罪，怀孕当决者，听产后一百日乃行刑。若未产而决者，徒二年。产讫限未滿而决者，徒一年。”而且妇女处绞刑时不公开行刑。明清律内仍有同样内容，但妇女处绞依然公开行刑。

^① 沈家本：《行刑之制考》，见《历代刑法考》第3册，第1228—1230页。

清朝乾隆年间又补充定例，妇女“应凌迟处死者，产后一月期满即按律正法”^①。

（二）徒流刑执行制度

从云梦出土的秦简来看，当时作为官府奴隶的罪犯“隶臣妾”在官府里充当着杂役。而据《宋刑统·名例》引唐《狱官令》，凡被判徒刑罪犯在京师者入将作监居作，在各地者配入官府作坊，如当地没有官府作坊，“听留当州修理城隍、仓库及公廨杂使”。服刑的罪犯要戴戒具钳或盘枷，不得出作坊及役所，每旬给假一日。妇女缝作及“配春”。流刑罪犯在判决后每季集中遣送一次，按照唐《公式令》规定的行程“马日六十里，步及驴五十里，车三十里”前往服刑地点。至当地后与徒刑罪犯同样服役，罪犯服役满期即能够恢复自由。唐朝还规定流刑罪犯在流所居住满六年以后，就可以出仕。这和秦朝的制度有明显不同。明清时徒、流刑的执行与唐宋相似，如当地原有官府盐场、铁冶，徒、流罪犯即在盐场、铁冶服役。《大明律·名例》“徒流迁徙地方”条“徒役各照所徒年限，并以到配之日为始。发盐场者，每日煎盐三斤；铁冶者，每日炒铁三斤”。但实际上自明朝中期起，官府的盐场和铁冶几乎都已关闭，徒刑罪犯一般发往附近地区的驿站服役，号为“摆站”。

唐朝规定流刑罪犯在遣送时妻妾应该同行，《唐律疏议·名例》规定流犯的妻妾“并合从夫”，并引唐令：“犯流断定，不得弃放妻妾。”此外“父祖子孙欲随者，听之”。如果流犯已死，家属即使已在当地落籍仍可在三年内还乡（造畜蛊毒犯家属不得还乡）。明清律依旧有此制度，但不得放还的罪名增加了谋反、叛逆、采生折割人、杀一家三人等。

元明清时期对于某些罪名的徒流罪犯在服刑结束后依然要采取

^① 《大清律例通考》卷三七《刑律·断狱下》。

一定的防范措施,这就是所谓收充警迹。元朝法律规定,经过刺字的强盗、窃盗罪犯,在服役满刑期后,“并充景迹人,官司以法拘检关防之”。景迹人在五年之内“有不告知邻佑、辄离家经宿,及游惰不事生产作业者,有司究之”。五年中能够捕获强盗一名减两年,二名比五年;捕获窃盗一名减一年(《元史·刑法志》)。明清改称警迹,《大明律·贼盗》设“起除刺字”：“凡盗贼曾经刺字者,俱发原籍收充警迹。该徒者,役满充警;该流者,于流所充警。”清条例规定：“凡窃盗刺字发落之后,责令充当巡警。如实能改过、缉盗数多者,准其起除刺字,复为良民。”^①但在清中期以后这一制度已名存实亡。

(三) 笞杖刑执行制度

汉景帝时所发布的《箠令》可说是古代最早的关于执行笞刑的单行法规。后世的这一方面的制度多继承了《箠令》的原则,对于行刑的时间、对象、行刑之人、刑具等都有严格规定。如南梁时确定了“女子怀孕者,勿得决罚”(《隋书·刑法志》)。《唐律疏议·断狱》律疏援引《狱官令》：“决笞者,腿、臀分受;杖者,背、腿、臀分受,须数等。拷讯者亦同。笞以下,愿背、腿分受者,听。……杖皆削去节目,长三尺五寸。讯囚杖,大头径三分二厘,小头二分二厘;常行杖,大头二分七厘,小头一分七厘;笞杖,大头二分,小头一分五厘。”又有：“妇人怀孕,犯罪应拷及决杖笞,皆待产后一百日,然后拷、决。”明清律在律首设《刑具图》。详细规定刑具的尺寸、重量、规格,其制度与唐宋略同。在《名例律》又规定：“其妇人犯罪应决杖者,奸罪,去衣(清律加注:留裋)受刑,余罪单衣决罚,皆免刺字。若犯徒流者,决杖一百,余罪收赎。”明条例又补充规定：“妇人有犯奸、盗、不孝,并审无力者,各依律决罚,

^① 《大清律例通考》卷二五《贼盗》。又,景迹一词系唐宋时惯语,指迹象、经历,《宋刑统·断狱》的起请条有“景迹显然”之语,南宋《作邑自箴》卷二有“景迹顽恶”,从而转指有犯罪前科之人。明清以景迹人担任巡逻警戒,改称警迹,语义为警戒、踪迹,与宋元时用法不同。清代又改称巡警。

其余有犯笞杖并徒流、充军、杂犯死罪该决杖一百者，审有力与命妇、官员正妻俱准纳赎。”可见就法律而言，明清时妇人除犯奸、盗、不孝重罪外，一般来说都可以纳赎免除笞杖刑。

（四）赎刑制度

赎刑所用财产的种类。从《尚书·吕刑》的说法来看，西周时用以赎罪的是铜。《国语·齐语》言管仲为谋补充国家的甲兵武备，“制重罪赎以犀甲一戟，轻罪赎以鞞盾一戟，小罪随以金分，宥闲罪”。而从睡虎地秦简中可见当时确实有不少罚甲、罚盾的处罚方式，而且可适用赎刑的罪名相当多，死刑、迁刑、耐刑、宫刑、黥刑、鬼薪等都可以纳赏赎罪^①。后代不再有以甲盾赎刑之举，赎刑所用之财大多为当时朝廷的货币材料，如黄金、铜、绢帛。汉代允许以钱买爵而赎死罪，惠帝元年（前194年）定令“民有罪，得买爵三十级以免死罪”（《汉书·惠帝纪》）。据应劭注：“一级直钱二千，凡为六万，若今赎罪人三十匹缣。”文帝时又因晁错之请允许以纳粟拜爵或赎罪（《汉书·食货志》）。东汉初允许以缣赎刑，并开列详细的价目：“死罪，入缣二十匹；右趾至髡钳城旦舂十匹，完城旦舂至司寇作三匹。其未发觉，诏书到先自告者，半入赎。”（《后汉书·明帝纪》）魏晋沿之，都允许以绢赎刑，晋律规定每作刑一月赎绢一匹，又以金赎死刑（《北堂书钞》卷四四）。南北朝时期一般与晋朝制度略同，至隋则改绢为铜，唐亦依此确定赎刑的价目，只是唐玄宗时开始允许以钱代铜。宋沿之。金朝以银赎刑。元朝因推行纸币的既定国策，改以纸币宝钞赎刑。明朝的赎刑制度最为复杂，仅就赎刑的财物而言，后期律例保留的就有米（亦可折谷）、（石）灰、砖（又有碎砖）、水和炭、石、钱、钞七种，还曾有马、草等等。其立法毫无远见，只是因官府缺少何种物资就临时允许以何种物资赎刑，时间一长又允许再以其他物资代替。其赎刑的性质有律所

^① 《睡虎地秦墓竹简》，第84—91页的《司空律》对此有详细的规定。

定的收赎、例所定的纳赎,对象分有力、无力、稍有力三种,具体方法又分在京、在外,各又按罪名之轻重而划定不同的等级,繁琐至极,徒然为胥吏玩法作弊提供机会。实际上到明后期已多折银,清朝入关,一律改以折银为标准,再加调整,比之明朝稍有秩序。

赎刑缴纳财产的期限。秦代以判决宣布之日起就要征收,如不能缴纳,从判决之日起就要服劳役抵偿。《唐律疏议·断狱》“输、赎、没入之物及欠负应征,违限不送者,一日笞十,五日加一等,罪止杖一百。”律疏引唐《狱官令》:“赎死刑,八十日;流,六十日;徒,五十日;杖,四十日;笞,三十日。”宋代的立法依然沿袭唐制,如《庆元条法事类·刑狱门·刑狱杂事》引宋《庆元令》:“诸以铜赎罪者,死罪限捌拾日;流,陆拾日;徒,伍拾日;杖,肆拾日;笞及罚俸、罚直、罚食直钱,各叁拾日。身死或限内未输而遇恩者,并免。”明、清律例本身对此没有明文规定。

无财物赎刑的替换方法。秦朝规定在可适用赎刑而没有钱财的情况下,还可以劳役抵偿,其标准为每日抵偿八钱,如食用官府伙食,每日折为六钱。也可以用自己的奴隶代为劳役^①。唐玄宗天宝六载(747年)敕:“若欠负官物、应征正赃及赎物,无财以备(赔),官役折庸。其物虽多,限三年。一人一日,折绢四匹。”(《文献通考》卷一七一)如此则折庸的比价大大高于唐律一日三尺的规定。明清时将轻罪罪犯分为有力、无力,无力者纳赎允许以工作顶替,其法变化多端。如宣德二年规定无力者“发天寿山种树;死罪终身;徒、流各按年限;杖,五百株;笞,一百株。”嘉靖七年又定在京者作工,“每笞一十,做工一月,折银三钱。至徒五年,折银十八两”(《明史·刑法志》)。明中期的律例《纳赎诸例图》则以此而发展,笞刑,笞十作工一个月,以上每等加半个月,至笞五十为三个月;杖刑,杖六十,四个月,以上每等加半

^① 见《睡虎地秦墓竹简》,第84页。

个月,至杖一百为六个月;徒刑则照徒刑年限作工。清代对此再作调整,规定无力者做工一月一律折银三钱,比照纳赎表规定做工的年限。

二、赦免制度

经常化、制度化地由皇帝下诏赦免各类犯罪行为,是中国古代司法制度的一大特色。《古文尚书·舜典》有所谓“眚灾肆赦”的说法,据后儒解释其意为“眚,过;灾,害也;肆,缓也。过而有害者缓赦之。”《吕刑》亦有“五刑之疑者有赦,五罚之疑者有赦”之说。据此,则儒家原先所主张的是对于过失犯、疑犯予以赦免。但在实践上,专制政权为了缓解社会矛盾,往往对于大多数已发现、未发现的犯罪行为都予以赦免,这就形成了所谓的大赦的传统。

见于史册最早的赦令当属《春秋》所载庄公二十二年(前672年)“春王正月,肆大眚”。《穀梁传》:“肆,失也;眚,灾也。”据《集解》则云:“放赦罪人,荡涤众故。”《左传》对此无传,杜预注:“赦有罪也。……皆放赦罪人,荡涤众故,以新其心。”据此,则算是中国历史上最早的大赦令了。《左传·襄公九年》(前564年)“肆眚围郑”,注:“肆,缓也;眚,过也。”疏:“肆训为缓,缓从(纵)罪人,谓赦放之也。将求民力,开恩赦罪。”大赦之名则起于秦庄襄王元年(前249年)“大赦罪人”(《史记·秦本纪》)。秦始皇“刻削无仁恩和义”,从不赦免。秦二世二年(前208年)在农民起义军兵临城下时慌忙“大赦天下”(《史记·秦始皇本纪》)。汉朝吸取秦朝教训,常以大赦作为缓和社会矛盾的手段,大赦从此成为经常性的政治活动。

据《初学记》卷二二引《汉旧仪》,汉朝习惯上凡皇帝践阼、改元、立皇后及太子,都要颁布大赦。但实际上帝冠、郊祀、封禅、巡狩、祥瑞、灾异等等也是发布大赦的起因。后世帝王发布大赦的理由更多,

接近人徐式圭《中国大赦考》的统计,两汉平均两年多大赦一次,而在两晋南北朝时期,几乎是一年多就大赦一次。唐宋两朝的大赦频率相同,都是平均约一年半一次。直到元明清时代,大赦的频率才开始降低,明朝五年多一次;清朝更经常采用的是对一切在押罪犯减刑一等的办法,大赦较为稀少,平均十四余年一次。

从目前的史料看,大赦的仪式起源于北齐。《隋书·刑法志》提到北齐律规定:“赦日,则武库令宿舍金鸡及鼓于闾阖门外之右,勒集囚徒于阙前,挝鼓千声,释枷锁焉。”其金鸡之义有两说,一是《韵府·禡韵·赦下》引《北齐书》司马膺之言:“海中日占云:天鸡星动,当有赦。帝王以为候。”《谈苑》一书又称金鸡之制起于西凉的吕光,其意为“西方主兑,兑为泽;鸡者,巽之神,巽为号令,故合二物置其形,揭长竿,使众人睹之”。《北齐书·河间王孝琬传》言祖珽为齐武成帝释东魏时民谣:“河南种谷河北生,白杨树头金鸡鸣”,是指孝琬王欲举事并大赦。则北齐时树金鸡大赦已成为惯例,并为后世沿袭。唐《狱官令》规定:“诸有赦之日,武库令设金鸡及鼓于宫门外之右,勒集囚徒于阙前,挝鼓千声讫,宣诏而释。其赦书颁诸州,用绢写行下。”《旧唐书·刑法志》称树金鸡之竿长七丈,金鸡高四尺,嘴衔绛幡。宋代仍用此制,并又发展为由四人缘绳攀登金鸡竿,抢夺绛幡。装扮为仙人的官员乘木鹤从城楼上缘绳滑下,传递赦书,然后宣旨(《宋史·礼志》)。明清时的大赦仪式较为简单,只是当天百官齐集,奏乐并在承天门宣旨(《明史·礼志》)。

为了防止具有普遍性质的大赦可能会导致重罪罪犯逍遥法外,历代在赦令中往往都对赦免的对象附加若干限制。如东汉明帝永平十五年(72年)“大赦天下,其谋反大逆及诸不应宥者,皆赦除之”(《后汉书·明帝纪》)。可见不明确规定则这些罪行都是不予赦免的。北齐律创重罪十条之制,在很大程度上就是为了不使这些罪犯可因大赦而获免。《周书·宣帝纪》载北周宣帝大象二年(580年)大赦,

“其反逆、恶逆、不道及常赦所不免者，不在降例”。由此形成“常赦所不原”的说法。唐宋之时大赦令除了十恶等以外一般又列举杀人放火、劫囚、官典犯赃等重罪，及屠牛、合造毒药等罪名，明确规定不得赦免。明律特定“常赦所不原”条，规定十恶、杀人、盗系官财物、强盗、窃盗、放火、发冢、受财枉法、不枉法赃、诈伪、犯奸、略人、略卖和诱人口、奸党及谗言左使杀人、故出入人罪、说事过钱等一应真犯，虽会赦并不原宥。这样一来，实际上真正得到赦免的多为对统治秩序危害不大的犯罪。

除了大赦之外，还有其他一些赦免罪犯的名目。较重要的有曲赦。曲赦是指对于某一特定地区的罪犯进行赦免。这样的事例在汉魏时期已有，至西晋泰始五年（269年）“曲赦交趾、九真、日南五岁刑”（《晋书·武帝纪》）而定名。后代多有曲赦之举，一般适用于一些经战乱或灾荒的地区，或是皇帝巡行所过地区。对于某些特定对象的赦免则称之为别赦。

三、留养减免刑罚制度

古代最重视“后”，有“后”才能使阴间的祖先不致断了祭祀的血食。所以“断子绝孙”是最恶毒的诅咒。即使是罪犯，只要不是十恶不赦及最严重的犯罪，仍要考虑不使其家绝后的问题。这就是中国古代法律特有的留养制度。

最早的留养事例可见东晋咸和二年（327年）因勾容令孔恢罪应弃市，诏“以其父年老而有一子，以为恻然，可悯之”^①。北魏律正式将此定为制度：“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

^① 《太平御览》卷六四六引臧荣绪《晋书》。

列。”(《魏书·刑罚志》)独子死罪罪犯如有超过七十岁的祖父母、父母,可以上请皇帝裁决。独子流罪罪犯则可服侍祖父母、父母至去世后再往服刑地点。

北魏的这一制度被以后的唐、宋、元、明、清各代继承。《唐律疏议·名例》载:“诸犯死罪非十恶,而祖父母、父母老、疾应侍,家无期亲成丁者,上请。”据律疏解释,年老应指八十岁以上,疾指笃疾,成丁指年二十一至五十九。经皇帝批准留养后如果祖父母、父母去世,或者家中进丁,应再次上奏,请皇帝裁决。宋代法律与唐相同。明、清律则有所修改,缩小可留养的死罪范围,凡“非常赦所不原”(包括盗窃官物、强盗、窃盗、放火、发冢、受赃、诈伪、犯奸、略人、奸党、故出入人罪等等)的死罪都不得提请留养。但老、疾的范围有所扩大,年七十以上为老,疾包括废疾、笃疾。寡妇守寡满二十年以上,独子即可留养。“家无以次成丁”指罪犯以下没有年满十六岁的弟弟,“即与独子无异”。清代条例还规定,如罪犯所杀之人为独子,罪犯即不得留养。由于习惯上被提请留养的一般都会被批准减刑,秋审亦有“留养承祀”之款。免死即减为流刑,但独子流刑又可减免。因此清条例规定“免死流犯”都可折为杖一百、枷号两个月。

《唐律疏议·名例》又载:“犯流罪者,权留养亲,不在赦例,课调依旧。若家有进丁及亲终期年者,则从流计程。”流罪罪犯只是“权留”,以后还要再往流刑地点,只是在上路后如遇赦,可以被赦免。明清时法律对此加以简化,简单规定符合留养条件的徒流军罪犯,先按律例处附加杖刑,然后徒犯枷号一个月,充军、流犯枷号四十天,以后亲终或家有进丁也无须再流配。^①

^① 《大清律例通考》卷四《名例下》。

第七章 解体与驳杂——近代法律变迁

历史上一般以 1840 年鸦片战争的爆发作为中国近代史的开端，但中国传统法律的解体开始得相当缓慢。1843 年的《中英五口通商章程》确立了列强在中国的领事裁判权，中国的司法主权从通商口岸开始逐步被破坏，而在其他地方，法律依然一切如故。直到 1902 年，清廷为了抵制日益高涨的革命浪潮，在西方列强作出待中国法律改进就可以取消领事裁判权的许诺后，决计进行法律改革。数千年来的传统法律就此发生了重大的变化。

中华民国时期，进行了大规模的立法活动，至三十年代中期，各种主要的法典都已制定公布。然而这种匆忙进行的变革，在很大程度上只是当时统治者用以解决面临的政治难题的手段，以及和西方列强谈判讨论取消领事裁判权的筹码，主要由移植西方法律而成的法典基本上与当时的中国社会是脱节的，因此这种改革及其立法成果很快就被抛弃和遗忘了。由于近代法律的变化很大，本章限于篇幅，只能作简略介绍。

第一节 近代法律开端

一、丧权辱国的领事裁判权

西方列强为打开中国市场大门而进行的鸦片贸易,被近代西方史学家称之为“近代史上延续最久的、有组织的、国际性的犯罪活动”^①。在鸦片战争中获胜的英国,首先将领事裁判权强加给中国。1842年在《中英善后章程》中,已有英国人在华相互诉讼由英官查办,中英相涉诉讼各依本国法的内容。1843年中英《五口通商章程》第十三条正式设立领事裁判权,规定两国商民如起纠纷,英商控告华人,应向管事官(领事)投禀;华民控告英商,也应投禀管事官;由管事官先行查察谁是谁非,调解劝息。英商欲向中国官府投诉,也由管事官传递。双方争执不已,由管事官与中国官府共同查明其事,秉公定断。英人如何科罪,由英国议定章程法律发给管事官照办;华民如何科罪,应治以中国之法。1844年《中美望厦条约》进一步明确领事裁判权,条约第二十一条规定美国人在华与中国人发生刑事诉讼,由被告方官府审理;第二十四条规定中美民事案件,由两国官员查明,公议察夺;第二十五条规定美国人之间的诉讼由美国官员审理,美国人与其他国家公民之间的诉讼由美国官员和该国官员会同审理,中国官员不得过问。这样就确立了外国人诉讼只受其本国法律管辖、中外混合诉讼依“被告主义”确定管辖的领事裁判权原则。

英美强加给中国的领事裁判权成为各国列强与中国订约的要件。1844年《中法黄埔条约》,1847年中国与瑞典、与挪威的条约,

^① 费正清等:《剑桥中国晚清史》,中国社会科学出版社1983年版,第230页。

1858年中俄条约都有类似内容。英国在第二次鸦片战争后,在1858年《天津条约》、1876年《烟台条约》中,又加入了中外混合诉讼中方为被告时,外国领事有权“会审”、“观审”的内容。除了上述的英、美、法、俄、瑞、挪以外,其他的西方国家也援引与中国条约中的最惠国条款,取得领事裁判权。1871年的中日条约中规定两国互有领事裁判权,但在1894年甲午战争后中国被迫放弃了在日领事裁判权,日本在华的领事裁判权则依然有效。至清末民初,在中国享有领事裁判权的国家有英国、美国、法国、挪威、瑞典、俄国、德国、葡萄牙、丹麦、荷兰、西班牙、奥匈帝国、日本、比利时、意大利、秘鲁、巴西、墨西哥、瑞士等二十个国家。

由领事裁判权又派生出列强在所掠取的租界地区“会审公廨”的审判权。会审公廨最早出现在上海租界内。1843年英国在上海开设租界,1854年上海发生小刀会起义,清地方官府被驱逐,英、美、法三国领事乘机夺取租界的司法权,由其会审租界内中外混合诉讼及华人之间的诉讼。清朝统治者为了笼络列强帮助镇压农民起义,对此予以默认。太平天国起义被镇压后,1869年,清朝地方官府才与三国领事订立了《上海洋泾浜设官会审章程》,规定在租界设立会审公廨作为清朝地方官府派驻租界的审判机构,由上海道派出一员同知驻租界内的洋泾浜,与各国领事会审租界内华洋混合诉讼中华人为被告以及无领事裁判权国人为被告的案件。租界内华人之间的钱债、斗殴、窃盗之类的枷号、笞杖诉讼案件由同知独立审理,徒、流案件则转送上海县衙门审理上报。但又规定凡受洋人雇佣的华人涉讼,外国领事仍可到堂会审。

上海会审公廨设立后,类似的制度很快被列强推广到其所占据的各地租界。如汉口的“洋务公所”,哈尔滨的铁路交涉总局,鼓浪屿的会审公廨等。但其中规模最大、历史最长的仍是上海公共租界的会审公廨。会审公廨不断扩大其审判权限,除了审判华洋混合诉讼案还

审判纯粹华人的诉讼案件,并擅自对华人判决长达数年的徒刑,逐渐成为独立的租界审判机构,造成“外人不受中国之刑章,而华人反受外人之裁判”的怪现象(《清史稿·刑法志》)。

二、清末的变法修律

1902年,在上海和西方列强谈判续订通商条约的吕海寰、盛宣怀报告清廷,英、日、法三国承诺,如果中国改良法律及司法并皆臻于完善,三国可以考虑放弃领事裁判权。清廷为挽回在八国联军侵华战争惨败后的面子,当年就下诏任命刑部左侍郎沈家本、出使美国大臣伍廷芳为修律大臣,“务期中外通行,有裨治理”^①。1907年又正式设立修订法律馆,拟订交议的各项律例。

主持修律工作的沈家本长期任职于刑部,对于中国传统律例有深入的研究。修律工作中广泛延聘回国留学生,设立法律学堂,大量翻译德、俄、日、法、英、美等列强的法典法规。虽然日本也不过是在这十几年前才完成了新式法典的起草和公布,但由于日本当时已成功地取消西方列强在日本的领事裁判权,被认为是学习西方最为成功的国家,中日两国距离相近,修订法律的工作很自然的就受到了日本法律及法学的影响,清政府还曾专门聘请日本法学家松冈义正、冈田朝太郎、志田钾太郎等起草新式法典。

从1902年至1911年短短的九年间,在沈家本的主持下共起草了多部重要法典的草案及一些当时急需的新政法规。中国法律就此开始了巨大的转变。

(一)《大清现行刑律》和《大清新刑律(草案)》

^① 《寄谕文存》卷一“删除律例内重法摺”引光绪二十八年四月初六日上谕,现载于《历代刑法考》第4册,第2023页。

修订法律开始前先进行了准备工作。1905年刘坤一、张之洞上奏请求废除凌迟、枭首、戮尸三项酷刑，修订法律大臣奉诏与刑部会同删改《大清律例》，删除过时、重复的律例条文三百四十五条，存律为三百八十九条、附例一千三百二十七条。将继承、析产、婚姻、田宅、钱债等内容的条文抽出集中成篇，不再科以刑罚，并废除凌迟、枭首、戮尸酷刑和笞杖、充军刑，改五刑为死（绞、斩）、遣、流、徒、罚金。经删改的律例于1910年作为新式法典公布以前的过渡性刑法典被公布实施，改称《大清现行刑律》。

在删改旧律例的同时，全新的、西方化的刑法典也正在加紧起草。1909年修订律例馆完成了主要由日本法学家冈田朝太郎起草的《大清新刑律》的草案。这部新刑律草案分为总则、分则两编，总则编有法例、不为罪、未遂犯、累犯罪、俱发罪、共犯罪、刑名、宥减、自首、酌减、加减刑、缓刑、假释、赦免、时效、时例、文例，共十七章；分则编有侵犯皇室罪、内乱罪、外患罪、妨害国交罪、漏泄机务罪、渎职罪、妨害公务罪、妨害选举罪、骚扰罪、逮捕监禁脱逃罪、藏匿罪人及湮没证据罪、伪证及诬告罪、放火决水及妨害水利罪、危险物罪、妨害交通罪、妨害秩序罪、伪造货币罪、伪造文书印文罪、伪造度量衡罪、褻渎祀典及发掘坟墓罪、鸦片烟罪、赌博罪、奸非及重婚罪、妨害饮用水罪、妨害卫生罪、杀伤罪、堕胎罪、遗弃罪、私擅逮捕监禁罪、略诱及和诱罪、妨害安全信用名誉及秘密罪、窃盗及强盗罪、诈欺取财罪、侵占罪、赃物罪、毁弃损坏罪，共三十六章。全律共三百八十七条。

清廷当年将这个草案转发各地督抚签注，而军机大臣张之洞首先就表示反对，各省督抚也交章批评。修订法律馆只得将有关“伦纪”的罪名加重一等处刑，草案经修改后交资政院讨论，劳乃宣等人大大加批评，尤其指责草案没有保留旧律中“干名犯义”、“亲属相殴、相奸、相盗”、“犯罪存留养亲”、“故杀子孙、有服卑幼”、“子孙违反教令”、“夫妻相殴”、“无夫奸”等根据礼教而来的特有内容，因此被称之

为“礼教派”。而以沈家本为首的修订法律的官员则据法理力争,被称之为“法理派”。这场“礼法之争”的大争论反映了传统法律观念的巨大势力。最后以妥协而告结束:新刑律仍算是通过,但附加《暂行章程》五条,即危害乘輿、内乱、资敌、杀害尊亲属死罪仍处斩刑(原草案死刑为绞刑);发掘坟墓、强盗罪可加重处罚至死刑;无夫奸仍为犯罪;对于尊亲属不得适用正当防卫。不久沈家本就被迫辞去了修订法律大臣的职务。《大清新刑律》于1910年底公布,但实际上并未得到实施,仍然只是一个草案。

(二) 商事法规与《大清商律(草案)》

在刑律修订之前,清廷新设置的商部就已于1903年起草公布了《商人通例》和《公司律》,并于1904年实施了这两部新型法规。前者共九条,具有商法总则的性质。后者共一百三十一条,确定了公司的种类(合资公司、合资有限公司、股份公司、股份有限公司)及组织结构。1906年又公布了《破产律》九节六十九条,但实施仅一年就被明令废止。此外还公布了一些鼓励实业的法规。

在制定商事立法的同时,修订法律馆聘请日本法学家志田钾太郎起草了《大清商律草案》,并于1910年完成。这部草案由两编及几部单行法规组成,共有一千零八条。第一编总则,共有法例、商业、商业登记、商号、营业所、营业帐簿、商业所用人、商业学徒、代办商九章。第二编商行为,有通则、买卖、行铺营业、承揽运送业、运送营业、仓库营业、损害保险营业、生命保险营业八章。单行法规有《公司法》、《海船法》、《票据法》等。这部草案公布后,舆论普遍认为其采用日本制度,与中国商界历来的习惯不同,各地商会纷纷表示反对立即实施,并提出“商法调查案”,主张对商法草案进行重大修改。但未及实行,清廷已被推翻。

(三) 《大清民律(草案)》

1907年起,修订法律馆开始在全国一些地区进行民事习惯的调

查,起草民法典。民法典的结构仿照当时实施不久的日本和德国的民法典,分为总则、物权、债权、亲属、继承五编。前三编聘请了日本法学家松冈义正、志田钾太郎主持起草,后两编由修订法律馆会同礼部起草。其起草的原则号为“注重世界最普之法则”,“原本后出最精确之法理”,“求最适于中国民情之法则”,“期于改进上最有利之法则”^①。但实际上依然是照搬西方的法律条文。

1911年8月,《大清民律(草案)》完成起草,上奏清廷,但尚未对其进行审议,清廷即已倒台。这部草案共有五编、三十八章、一千五百六十九条。总则编有法例、人、法人、物、法律行为、期间及期日、时效、权利之行使及担保八章;债权编有通则、契约、广告、发行指示证券、发行无记名证券、管理事务、不当利得、侵权行为八章;物权编有通则、所有权、地上权、永佃权、地役权、担保物权、占有七章;亲属编有定名(首章)、通则、家制、婚姻、亲子、监护、亲属会、扶养之义务八章;继承编有定名(首章)、通则、继承、遗嘱、特留财产、无人承认之继承、债权人或受遗人之权利七章。

(四) 诉讼法草案

1906年修订法律馆曾完成了一部《刑事民事诉讼法》的草案,共有总纲、刑事规则、民事规则、刑事民事通用规则、中外交涉案件五章二百六十条。但这部草案遭到各省督抚的强烈反对,未能颁行。诉讼法的起草工作从头开始,至1910年底,法律修订馆已完成了《刑事诉讼律(草案)》和《民事诉讼律(草案)》,但未及审议公布,清朝即已垮台。

^① 修订法律大臣俞廉三、刘若曾就民律起草于宣统三年(1911)九月初五日上疏,转引自杨鸿烈,《中国法律发达史》,第906—907页。

三、司法方面的变革

1906年,清政府进行了官制改革,在司法机构方面,把刑部改为法部,仅负责司法行政事务;而同时公布的《大理院审判编制法》将大理寺改为大理院,主管审判事务。第二年又对地方官制进行部分调整,并公布《各级审判厅试办章程》,首次确定司法独立、不混同于行政机构的原则。规定各州县设初级审判厅,各府及直隶州设地方审判厅,各省设高等审判厅,改原按察使司为提法使司,专管司法行政事务及监察事务,革除原有的分守道、分巡道。又规定执行审检分立的制度,各级均设相应的检察厅,负责刑事侦查及提起公诉。民事、刑事诉讼均采用四级三审制。1909年又仿照日本的《裁判所构成法》,制定了《法院编制法》,宣布自1910年开始实施。但实际上这些变革仅仅局限于中央朝廷,各地的制度并没有发生变化。

第二节 “立宪”与“宪政”进程

作为国家根本大法的宪法在古代并不存在。直到近代,中国才出现了立宪的理想,并出现了立宪的活动。然而除了孙中山领导下制定的《中华民国临时约法》外,所谓的立宪、宪政不过是一场又一场的闹剧。

一、清末的“预备立宪”

八国联军侵华战争后,清廷在内外交困的局势下,不得不实行“新政”,以图欺骗人民,抵制革命。1905年清廷派遣五大臣出洋考察

西方国家宪政,揭开了“预备立宪”的序幕。1906年五大臣之首载泽向西太后密报,预备立宪可以“皇位永固”、“外患渐轻”、“内乱可弭”^①。当年9月清廷在御前会议上决定了在十年左右时间里实行宪政、大体效法日本、废除督抚权力、官制模仿日本这样四大原则。宣布将“仿行宪政”,并设立了考查政治馆(后改称宪政编查馆)。在这以后清廷进行了以下一些活动:

(一) 官制改革

1906年清廷发布“厘定官制诏”,主要内容是改革朝廷机构,设立了新的十一部,各部设大臣,废除尚书、侍郎之类的官称。但是这些改革实际上只停留在纸面上,除了朝廷的官府改换了门面外,地方基层官府一切如旧。

(二) 1908年的《钦定宪法大纲》

清廷在宣布预备立宪后,政治变革进展缓慢。1908年主张拥护清廷立宪的立宪团体举行了立宪大请愿活动。清廷迫于压力,不得不在1908年8月公布了宪政编查馆制订的《钦定宪法大纲》,作为起草宪法的指导原则,并宣布立宪的预备期为九年。

《钦定宪法大纲》基本抄自日本的《大日本帝国宪法》,全文二十三条就有十七条与日本宪法相同。正文十四条全部是规定“君上大权”,附录的九条才是规定“臣民权利义务”的。并宣称:“宪法者,所以巩固君权,兼以保护臣民也。”^② 所以这部大纲公布后并没有引起社会的重视。

(三) 设立咨议局和资政院

1907年清廷许诺建立议会性质的机构,1908年立宪派大请愿

^① 载泽《奏请宣布立宪密折》,见《宪政初纲·奏议》,转引自《中国近代史资料丛刊·辛亥革命》(四),第28页。

^② 《宪政编查馆会奏遵拟宪法大纲及议院选举各法并逐年应行筹备事宜折》,见《大清法规大全·宪政部》卷四,第1—2页。

后,清廷被迫颁布《咨议局章程》,各省设咨议局作为地方议会的雏形。规定咨议局以遵守谕旨采纳地方舆论、指陈地方利弊、筹计地方治安为宗旨,由督抚监督,并裁夺其决议,还可奏请朝廷解散咨议局。1909年10月各省召开了咨议局,议员人数自三十至一百四十人不等。入选的主要是地方的绅士。1910年10月,清廷又成立了资政院,二百名议员中有一百名是“钦选议员”,由各部举荐;民选议员由各省咨议局推选。《资政院官制》说明资政院议定财政预算、决算,议定税法及公债,决定及修改新法典,议定奉旨交议事件。但实际上只是作为清廷的咨询机构,没有议决法案的权力。

按清廷的意图,咨议局、资政院只是咨询机构,可是事实上这两个机构成立后就成为立宪派的讲台,集中了一批热衷参与政治的政客、绅商,在清末政治中发挥了独特的作用。

(四)《重大信条十九条》

清廷作出立宪的承诺,并未能推迟其覆灭的命运。1911年辛亥革命爆发后,清皇朝陷于内外交困、众叛亲离的局面。清廷不得不再次乞求立宪骗局,匆忙公布《重大信条十九条》,在仍强调“大清帝国皇统万世不易”的同时,承认“皇帝之权以宪法所规定者为限”,“总理大臣由国会公举”^①。但却无法挽回清政府失败的命运。

二、孙中山的宪法理论和“临时约法”

(一)孙中山的宪法理论

孙中山曾对宪法问题作过很多阐述,形成了颇具特色的理论体系。

在《同盟会纲领》中,孙中山已经设想了革命后实现宪政的步骤:

^① 《清末筹备立宪档案史料》上册,中华书局1979年版,第102—104页。

首先是“军政阶段”，由革命军政府实行“军法之治”，扫除旧社会的污泥浊水；第二步是“训政阶段”，由军政府授地方自治权给人民，实行“约法之治”，训练人民学会行使民主权利；最后才是“宪政阶段”，召集国民大会，制定宪法，组成国会、政府，实行“宪法之治”。并曾设想军政以三年为限，训政以六年为限。^①

对于宪法，孙中山提出了“五权宪法”理论。他区分人民的权力与人民的能力，认为人民有选举、罢免、创制、复决之权，这称之为“政权”。但人民的普遍能力不足以治理国家，因此要选拔优秀人才组成政府行使“治权”。为防止独裁，治权应行政、立法、司法、监察、考试五权分立。他的设想是“用人民的四个政权来管理政府的五个治权，那才算是一个完全的、民权机关”^②。

（二）“临时约法”

辛亥革命爆发后不久，宣布脱离清朝“独立”的十一个省的代表就议决了《临时政府组织大纲》，基本以美国宪法为楷模，设计了总统制的共和政体。孙中山被推举为临时大总统。由于南方革命党人的势力较为薄弱，实际掌握清廷军权的袁世凯乘机要挟南京临时政府，以推倒清朝为条件，勒索大总统宝座。孙中山同意让出临时大总统的位置。为了保卫革命的果实，革命党人寄希望于用一纸约法来束缚袁世凯，在推举袁世凯为临时大总统的二十一天后，匆忙通过了《中华民国临时约法》（简称“临时约法”）。

《中华民国临时约法》是中国历史上第一部宪法性质的法律文件，也是唯一一部资产阶级性质的宪法性法律文件。它共有总纲、人民、参议院、临时大总统副总统、国务员、法院、附则七章，五十六条。确定了“主权在民”的原则，在《人民》一章中规定了广泛的人民权利；

^① 《孙中山选集》，人民出版社1981年版，第79页。

^② 同上书，第798页。

人民无论种族、阶级、宗教一律平等,享有人身、财产、居住、迁徙、言论、出版、集会、结社、通信、信教等自由,有选举、被选举、考试、请愿、诉讼等权利。并以三权分立的原则确定国家机构由参议院、临时大总统副总统、法院组成。其特点首先是将原来《临时政府组织大纲》规定的总统制改为具有一定责任内阁制性质的制度,规定国务总理、国务员有权副署临时大总统的法案、命令。其次是扩充参议院的权力,规定参议院在立法权之外,对于临时大总统行使重要权力时有批准权。再次是设置了较为复杂的修改约法的程序,规定修改约法必须有临时大总统或三分之二以上的参议员提议,经五分之四的参议员出席,出席参议员的四分之三以上多数的同意。

一纸约法限制袁世凯搞独裁的企图彻底失败了,但是“临时约法”毕竟在中国法制史上首次确立了主权在民的原则,提出了中国历史上崭新的政治蓝图,具有重要的历史意义。

三、北京政府时期的立宪闹剧

辛亥革命失败后,北洋军阀控制了北京政权,但各地军阀却称霸一方。这些军阀还惯于搞立宪、宪政之类的把戏,以图欺骗舆论、打击政敌,亵渎法治的名声。

(一) 1914年的《中华民国约法》——“袁氏约法”

袁世凯上台后,很快就废弃了“临时约法”。1913年袁氏当上“大总统”后,立即解散国会。为了实现独裁统治,1914年袁世凯召集了“约法会议”,匆匆炮制了《中华民国约法》,实现了正式废除“临时约法”的目的。《中华民国约法》共十章六十八条,以确定总统制政体、大总统统揽一切国家大权为目的。设定立法院为立法机构、参政院为咨询机构,由总统领导。立法院实际上从未成立。还赋予总统财政紧急处分权和发布与法律同等效力的教令权力。以后由袁世凯指定的参

政院进一步推举袁世凯为终身总统,为其恢复帝制铺平了道路。

(二) 1923年的《中华民国宪法》——“贿选宪法”

袁世凯倒台后,北洋军阀继续霸占北京政权。1920年直皖战争后直系军阀取代皖系执掌北京政权,1922年直奉战争,直系得以一度独占政权。直系军阀首领曹锟通过收买国会议员,于1923年10月登上大总统宝座。选举曹锟的国会议员又通过了一部《中华民国宪法》,这部宪法因此被讥称为“贿选宪法”。

1923年的《中华民国宪法》共十三章一百四十一条。这部宪法的底本是1913年由国民党控制的国会所制订的“天坛宪草”(因在北京天坛起草而得名)。当时国会欲“法律制袁”,因此在草案中坚持了“临时约法”的立宪原则,明确规定了总统命令无总理副署即无效,内阁对众议院负责的责任内阁制,并进一步加强国会的权威,规定国会拥有弹劾乃至审判总统。1923年《中华民国宪法》则废除了这些内容。

四、广州、武汉国民政府的组织法

1924年,在中国共产党的帮助下,孙中山领导的国民党召开了第一次全国代表大会,确定了以联俄、联共、扶助农工为核心的新三民主义路线,开展了国民革命运动。1925年孙中山去世后,公布了《国民政府组织法》,宣告成立国民政府。这个政府组织法受到苏俄的很大影响,其第一条即规定:“国民政府接受中国国民党之指导及监督,掌管全国政务。”^①

这部政府组织法采用了议行合一、集体负责制的原则。规定国民政府以若干个委员组成,“国务由委员会议执行之”。国民政府委员会

^① 《国民政府现行法规》上册,国民政府法制局1928年3月印行,第2页。

设主席一人、常委五人、委员十六人，会议法定人数为委员会人数的二分之一。以下分设各部委。国民政府的委员均由国民党中央执行委员会任免，国民政府向国民党中央执行委员会负责并报告工作。

1927年国民政府迁至武汉后，对组织法加以修正，国民政府委员会委员扩大至二十八人，废除主席之职，仅设五人常委。会议法定人数为政府所在地的二分之一以上的委员。并将原来的“省长公署”、“县知事公署”改为“省政府”、“县政府”，分别设立政府委员会。集体负责制的原则推广到了各级政府。

五、南京国民政府时期的“训政”与立宪

1927年4月，蒋介石发动政变，成立了南京国民政府，开始了长达二十二年的统治。

（一）1928年的“训政纲领”与《国民政府组织法》

1928年10月，经国民党中央执行委员会会议决，国民党公布了“训政纲领”和《国民政府组织法》（后经1929年3月国民党第三次全国代表大会追认）。

“训政纲领”只有六条，号为训政时期的根本大法。宣布由国民党对全国人民进行训政，“训练国民使用政权”。由国民党代表大会及其中央执行委员会代表国民大会行使政权，领导训练国民行使选举、罢免、创制、复决权力。而行政、司法、立法、监察、考试五项治权也在国民党中央执行委员会政治会议的指导与监督下，由国民政府执行。

《国民政府组织法》共七章四十八条。其主要内容是宣布军政阶段已经结束，训政阶段开始。国民政府为委员会制，设主席一人，委员十二至十六人，均由国民党中央执行委员会推举其委员担任。下设行政院、立法院、司法院、考试院、监察院五院，正、副院长由国民政府委员兼任，并组成国务会议。行政院负责行政事务，下设各部委。立法

院由四十九至九十九名立法委员组成,均由院长提请国民政府任免。司法院负责司法审判、司法行政、官吏惩戒、行政审判。考试院负责考选公务员。监察院由委员十九至二十九人组成,行使弹劾、审计权。

尽管以后《国民政府组织法》经过多次修改,但“一切权力皆由党集中,由党发施。政府由党负其保姆之责,故由党指导、由党拥护”^①的原则始终为其宗旨。由于这一时期的国民党已不再是四个革命阶级的联合组织,因此“训政纲领”和《国民政府组织法》成为国民党一党专制的根本大法。

(二) 1931年的《中华民国训政时期约法》

1928年后国民党内争激烈,多次爆发内战。反对蒋介石独裁的国民党派别及政客在1930年另立国民党中央,指责蒋介石虽号称实行训政但却不公布约法,是违反“总理遗教”。1931年6月,经蒋介石许可,南京政府公布了《中华民国训政时期约法》。《中华民国训政时期约法》共有总纲、人民之权利义务、训政纲领、国计民生、国民教育、中央与地方之权限、政府之组织、附则八章八十九条。依然确定“训政期间由中国国民党全国代表大会代表国民大会行使中央统治权”,并将1928年“训政纲领”列为约法的第三章。其基本内容是训政纲领的扩张。

(三) 1936年的《中华民国宪法草案》

1929年国民党中央执行委员会曾宣布训政以六年为限,但一拖再拖,直到1933年才成立宪法起草委员会,1936年才公布了宪法草案。这部草案因公布于5月5日,故称“五五宪草”。

这部《中华民国宪法草案》共八章一百四十八条。有总纲、人民之权利义务、国民大会、中央政府、地方制度、国民经济、教育、宪法之施

^① 胡汉民:《训政大纲提案说明书》,转引自罗志渊:《近代中国法制演变研究》,正中书局版,第433页。

行及修正各章。其特点是采用总统制为原则,行政院向总统负责。在国家结构上则采取中央集权制,以省政府为执行中央政令、监督地方自治的机构;县市为地方自治单位,由选民直接选举县、市长。

在宪法草案公布后不久,抗日战争全面爆发,1939年国民党公布了《国防最高委员会组织大纲》,规定由国防最高委员会代行国民党中央政治会议的职权,统一指导国民党中央执行委员会、国民政府五院、军事委员会、各部委机关。“五五宪草”被打入冷宫。

抗日战争结束后,在各党派的强烈要求下,1946年1月召开了政治协商会议。通过激烈的斗争,政治协商会议通过了《和平建国纲领》,确定对“五五宪草”进行修改,成立国民党、共产党、青年党、民主同盟、社会贤达各派五名代表及十名专家组成的宪草修改委员会。并对“五五宪草”提出了修改的原则。主要内容为:立法院由选民直接选举产生,职权相当于民主国家的议会;监察院由各省议会选举产生;司法院不得兼管司法行政,为纯粹的国家最高司法审判机构,法官必须超出党派之外;行政院向立法院负责,实行责任内阁制;各省自治,中央与各省的关系采取“均权主义”,省长民选,各省可制定省宪;总统由县、省、中央议会联合组织选举机关选举或罢免。但是政治协商会议的这些修宪原则不久几乎都被废除。

(四) 1947年的《中华民国宪法》及“勘乱条款”

1946年底,国民党撕毁政治协商会议的决议,发动内战,并单方面召开了国民大会,通过了宪法,于1947年1月1日公布。这部宪法共有总纲、人民之权利与义务、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、宪法之施行及修改十四章一百七十五条。其特点是体制庞杂而无可行性。如号称国民大会代表全体国民行使政权,但却只有选举总统、副总统和通过宪法的权力。国民大会的代表按地域及职业团体等选举产生,每六年召开一次,平时没有常设机构。召开临时会议,要有

五分之二以上的代表提出动议,由立法院召集。而国民大会修改宪法的权力,该宪法规定要在全国过半数以上的县实现自治后才能行使。因此,实际上国民大会只是一个选举总统的机构。在政体上这部宪法号称采取不完全的责任内阁制,突出总统的权力。总统为国家元首和行政首长,但不是行政机关的首长。五院制政府的运作以总统为关系仲裁人,总统有统帅权、人事任免权、宣战媾和权、发布大赦权,尤其是具有发布紧急命令及戒严权。总统得以独揽大权。行政院长由总统提名经立法院同意任命,行政院向立法院负责,但立法院反对行政院决议,可由总统加以否决,立法院如以三分之二多数抵制总统的否决,行政院长应辞职。总统得以“超然”于五院之上。

这部宪法公布后,为了满足反共内战的需要,1948年又公布了《动员勘乱时期紧急条款》作为这部宪法的补充。“临时条款”规定在动员勘乱时期,总统可以作出紧急处分,不受原宪法所规定的总统发布紧急命令必须在一个月内经立法院追认的限制,并且又规定总统可以连选连任,不受原宪法规定的只能连任一次的限制。这样一来,总统的权力漫无制约,为独裁专制设定了法律依据。

第三节 民国时期的“六法全书”体系

“六法全书”一词源自日文汉字。日本在明治维新初期从法国引入法律,先后翻译了《法国民法典》及法国的刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法、商法典、宪法,以此六法作为法律体系的代表性法典,号为“六法”。清末变法后这个词传入中国,形成“六法全书”的说法,泛指整个成文法体系。在进行法规汇编时即按照六法体系进行,在六法法典之后汇编有关的法律。民国初年的“六法全书”指宪法、民法、商法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法;南京国民政府初期即决定“民商合

一”，不再制订单独的商法典，这样一来所谓“六法全书”改指宪法、民法、刑法、民事诉讼法、刑事诉讼法、行政法。

民国时期设定了法定的立法程序。北京政府时期的立法机构是国会，国民政府时期的立法机构是立法院。北京政府设立专门的法律起草机构“法律编查会”（后改称修订法律馆），由司法总长领导。国民政府时期由国民党中央法制委员会（后改称法制局，直属于国民政府）负责法典的起草和修订。根据1928年《立法程序法》，所有的立法案要经国民党最高权力机关中央政治会议决定立法的原则，再经立法院三读（初读案名及要点后交有关委员会审查，二读对经委员会审查的法案逐条宣读辩论，三读进行文字修改及表决通过）。经立法院三读通过并由国民政府公布的才称之为“法”，未经立法程序的称条例、章程、规则，国民政府各院可根据法律发布命令。

除了成文制定法外，民国时期司法解释例和司法判例也在司法审判实践中发挥着重要作用。最高审判机构大理院或最高法院的司法解释例及判例往往也按照六法体系汇编发布，对于全国的司法审判都具有指导意义。

民国时期的法律数量庞大，本节仅概括介绍六法中的刑法、民法、行政法部分。

一、刑 法

民国时期的刑法典均引入了西方近代刑法原理，如“罪刑法定”、“无罪推定”、“法无明文不为罪”等，但在司法实践中，起作用的主要是各种刑事单行条例。这些单行条例依旧按照“刑乱国用重典”的传统原则，滥刑滥杀。

（一）1912年的《暂行新刑律》

清末制定的《大清新刑律》，在民国初年被改称《暂行新刑律》，删

除了侵犯皇室罪专章及有关皇帝人身、皇权的若干条文,改动了一些诸如“御玺”、“帝国”、“臣民”之类的文字,除了与共和国体有冲突的内容外,这部刑法依然有效。

(二) 1928 年的《中华民国刑法》

南京国民政府成立后,根据北京政府修订法律馆第二次刑法修正案,迅速公布了刑法典,1928年3月公布了《中华民国刑法》,当年10月开始施行。这部刑法共分总则、分则两编,四十八章三百八十七条。由于认为该法典不适合时代之处甚多,不久南京国民政府就开始起草新的刑法典。

(三) 1935 年的《中华民国刑法》

1935年1月南京国民政府公布了新的刑法典,并于7月正式施行。这部刑法典与旧刑法相比有很大的不同。共有两编,四十七章三百五十七条。其总则编有法例、刑事责任、未遂犯、共犯、刑、累犯、数罪并罚、刑之酌科及加减、缓刑、假释、时效、保安处分十二章。规定该法总则也适用于其他有刑罚规定的法律法令。刑罚制度规定为主刑:死刑,无期徒刑,有期徒刑(两个月至十五年,可减至两个月以下、加至二十年),拘役(一日至不满两个月),罚金(一元以上);从刑:褫夺公权,没收。最具特色的是规定了“保安处分”专章。保安处分是用以补充或代替刑罚的措施,世界上最早在刑法中设立保安处分的是意大利刑法(1930年)。1935年刑法规定,十四岁以下不负刑事责任的少年可令入感化教育处所加以感化教育,因不满十八岁而减轻刑罚的罪犯在执行完毕后也可入感化教育处所,感化教育的期限为三年以下。因精神病及哑啞减刑者也得以入适当场所监护,监护期在三年以下。吸毒者在服徒刑前先入戒毒场所强制戒毒,戒毒期六个月以下。酗酒者执行完毕后入相当场所戒酒,期限在三个月以下。有犯罪习惯及游惰成性者,在服刑完毕后得令入劳动场所强制劳动三年以下。

1935年刑法的分则有内乱罪、外患罪、妨害国交罪、渎职罪、妨害公务罪、妨害投票罪、妨害秩序罪、脱逃罪、藏匿罪人及湮没证据罪、伪证及诬告罪、公共危险罪、伪造货币罪、伪造有价证券罪、伪造度量衡罪、伪造文书印文罪、妨害风化罪、妨害婚姻及家庭罪、褻渎祀典及侵害坟墓尸体罪、妨害农工商罪、鸦片罪、赌博罪、杀人罪、伤害罪、堕胎罪、遗弃罪、妨害自由罪、妨害名誉及信用罪、妨害秘密罪、窃盗罪、抢夺强盗及海盗罪、侵占罪、诈欺背信及重利罪、恐吓及掳人勒索罪、赃物罪、毁弃损坏罪,共三十五章。其罪名设置有些是根据当时社会经济的发展情况而增设的,如诈欺、背信、重利罪等。在有些方面仍具有一些传统法律的影响,如规定对于直系血亲尊亲属的伤害、遗弃、妨害自由、掘墓、遗弃或污辱、损害尸体等罪行,都要加重本刑的二分之一处罚;直系血亲或三亲等以内的旁系血亲相和奸者,须处五年有期徒刑。相反窃盗直系血亲、配偶、同居共财亲属财产,可免除其刑;五亲等以内的血亲、三亲等以内的姻亲互相窃盗须告诉乃论。

(四) 形形色色的刑事单行法规

北京政府时期制定了不少刑事单行法规,其中较重要的有1912年的《戒严法》和1914年的《惩治盗匪法》。《戒严法》规定在接战地域的一切行政司法权力移属驻军司令官,民刑案件转由军政执法处审理,不得控诉及上告。司令官可停止集会、禁止报章发行、禁止输出物资、拆阅邮件、进入住宅船舶搜查,所造成的损失可不予赔偿。《惩治盗匪法》规定可对盗匪进行军法审判,执行枪决,无须经司法机关复审。

南京国民政府的刑事单行法规更多、更滥。如《惩治盗匪条例》自1927年公布后几乎不间断地一直沿用到南京政府垮台(原立法曾规定施行期间以六个月为限),对于所列举的盗匪行为几乎都适用死刑。1928年公布的《惩治绑匪条例》,规定对绑匪正犯、从犯、教唆犯均处死刑。尤其是还有大量的为镇压共产党而制定的刑事单行法规,

如 1928 年的《暂行反革命治罪法》，1931 年的《危害民国紧急治罪法》（后长期沿用，改称《戡乱时期危害国家紧急治罪条例》），1936 年的《维持治安紧急办法》等，都对刑法所规定的内乱罪大大加以扩张解释，大量适用死刑、重刑，即使是参加以破坏国体之类为目的的会议也要处五年以下的有期徒刑。

二、民法

北京政府时期继续民法典的起草，在清末《大清民律（草案）》的基础上制订了两次修正案，但未议决公布。在司法审判中，仍沿用前清的“现行刑律”及《户部则例》的有关民事内容，以及适用大理院的解释例、判例。南京国民政府成立后继续民法典的起草。1928 年国民党中央政治会议确定了民法典的立法原则，第二年在立法院设民法起草委员会，聘请法国法学家宝道为顾问，加速起草工作。自 1929 年至 1931 年间陆续公布了《中华民国民法》总则、债、物权、亲属、继承各编，全部民法典共一千二百二十五条。

（一）总则编

总则编于 1929 年 5 月公布，1929 年 10 月 10 日开始实施。分为法例、人、物、法律行为、期日及期间、消灭时效、权利之行使七章，共一百五十二条。该编第一条即规定：“民事，法律所未规定者，依习惯；无习惯者，依法理。”

民事主体方面，对于自然人规定年满二十岁者为成年，七至二十岁未滿者为限制行为能力人，七岁以下为无行为能力人。“心神丧失、精神耗散”者，可因本人或配偶、最近亲属两人的请求，由法院宣告禁治产，禁治产人无行为能力。废除了原民律草案中妻子为限制行为能力人的内容。法人规定分为社团法人、财团法人两种，前者又分为以营利为目的的社团法人和以公益为目的的社团法人；后者只能以捐助金

设立。

时效方面,长期消灭时效确定为十五年,短期消灭时效依情况不同而有所差异:利息、红利、租金、赡养费、退职金及其他一年或不及一年的定期给付债权为五年;旅店、医院、商店等服务业于日常业务中所生之报酬、垫款债权为二年。

(二) 债 编

债编于1929年11月公布,1930年5月实施。共分为通则、各种之债二章,六百零三条。

关于债之产生,《大清民律草案》仿照德国民法典,将债之产生原因分为契约、广告、发行指示证券、发行无记名证券、管理事务、不当得利、侵权行为七种;民初第二次民法草案又仿照瑞士债务法,将债之产生原因分为契约、侵权行为、不当得利三种;1929年民法典则参照泰国民法典,以契约、无因管理、不当得利、侵权行为、代理权之授与五种情况列为债之产生原因。规定了法定利息为年利5%,债权人对于约定的年利20%以上部分利息无请求权。债之消灭有清偿、提存、抵销、免除、混同五种情况。关于契约的种类,这部民法规定有买卖、互易、交互计算、赠与、租赁、借贷、雇佣、承揽、出版、委任、经理人与代办商、居间、行纪、寄托、仓库、运送营业、承揽运送、合伙、指示证券、无记名证券、终身定期金、和解、保证二十三种。

(三) 物 权 编

物权编于1929年11月公布,1930年5月施行。全编共有通则、所有权、地上权、永佃权、地役权、质权、典权、留置权、占有十章一百零九条。

关于物权,按照德国民法典的原则,对于物权的种类及内容加以严格的限制,除非民法或其他特别法有规定者,不得依契约或习惯随意创设物权。不动产物权的转移应以书面为之。

所有权方面,规定取得时效为:动产五年;不动产二十年。部分继

承明清时法律传统,规定拾得遗失物应通知所有人或公告之或报告警署,六个月内所有人前来认领的,拾得人可请求该物价值十分之三的报酬;如满六个月无人认领,遗失物则归拾得人所有。埋藏物归发现人所有,但在他人的动产及不动产中发现者,所有人与发现人各得二分之一。

地上权是以在他人土地上建造建筑物或其他工作物,或以种植竹木为目的,而使用其土地的权利,不以支付地租为要素。其设立以登记为法律要件。

这部民法采用了大陆法系的永佃权制度,不同于传统的“一田二主”式的永佃权,永佃权人不得出租,也不得设定地上权、典权,只能在部分变更权利内容的范围内,进行让与、遗赠、设定担保。地役权、抵押权、留置权的制度也大多仿照大陆法系的法理而制定。

这部民法较具特色的是详细区分了质权与典权,质权规定为动产质权和权利质权两种;典权则定义为支付典价,占有他人不动产并收益使用的权利。确认典权为一种用益物权,与担保物权不同,更不同于德、日民法中的不动产质权。规定典权的设定必须以书面为之,约定典期应以三十年为限,典期期满后的二年内,出典人可回赎,如二年后仍未能回赎,典物即归典权人所有。未约定典期者,出典人可随时以原典价回赎,但出典后经三十年不回赎的,典权人即获得典物的所有权。

(四) 亲属编

亲属编公布于1930年12月,1931年5月施行。全编共分通则、婚姻、父母子女、监护、扶养、家、亲属会议七章一百七十条。

这部民法典摒弃了传统的以男性为中心的宗亲五服亲属划分方法,改以罗马法的亲等计算法,将人的亲属分为血亲、配偶、姻亲三类,一定程度上体现了男女平等的原则。但亲属的范围比习惯为小,如姻亲仅限于血亲之配偶、配偶之血亲、配偶血亲之配偶。血亲亲等

的计算为直系血亲从己身上下数,每一辈为一亲等;旁系血亲从己身上数自同源之人,再由同源之人下数至所指亲属,以其总辈数为亲等之数。

在婚姻方面规定婚约为非要式行为,不得请求强制执行。结婚应有公开之仪式及二名以上之证人,但如依户籍法为结婚之登记,推定其已结婚。婚龄为男子十八岁、女子十六岁。二十岁以下之人结婚应经法定代理人之同意。直系血亲及姻亲、八亲等以内的旁系血亲、五亲等以内不同辈分的旁系姻亲不得结婚。但又补充规定六亲等及八亲等之表兄妹不在此限。结婚后除当事人有约定之外,妻子在本姓之上应冠以夫姓,妻应以夫之住所为住所。夫妻财产制可采用法定与约定两种,法定财产制为联合财产制,约定财产制可有共同、统一、分别三种形式,其中联合、共同、统一财产都应由丈夫管理。协议离婚只须经双方合意,订立书面协议,并由两个以上的证人签名即可。法定离婚的条件为重婚、通奸、一方受他方的虐待而不堪同居、一方恶意遗弃他方、妻虐待夫之直系尊亲属或受其虐待而无法共同生活、一方企图杀害他方、一方有不能治愈之精神病或其他恶疾、一方生死不明已满三年、一方被判三年以上之徒刑或因不名誉之罪名而被判徒刑。女子在离婚之后的六个月内不得再行结婚。

家庭关系上,这部民法典对于纳妾、童养媳等问题有意模糊地不予规定。规定家设家长,或推举、或由最尊者为之。子女仅分为婚生、非婚生两类。拟制亲子仅有养子一种,收养者年龄应比被收养者大二十岁以上。对于无行为能力人的监护顺序规定为:父母、同居的祖父母、家长、不同居的祖父母、伯叔父、亲属会议所指定者。禁治产人的监护顺序为:配偶、父母、同居的祖父母、家长、由父母遗嘱所指定者。亲属的扶养义务顺序为:直系血亲卑亲属、家长、兄弟姊妹、家属、媳妇女婿、夫妻的父母。

(五) 继承编

继承编公布于1930年12月,1931年5月施行。共分为遗产继承人、遗产之继承、遗嘱三章八十七条。

这部民法废除了传统的宗祧继承内容,仅规定了财产继承制度。法定继承人的顺序为:直系血亲卑亲属(包括养子女),以亲等近者为先;亲生父母;同胞兄弟姊妹;祖父母、外祖父母。配偶有相互继承权。在有婚生子女的情况下,养子女的继承份额为婚生子女的二分之一。经认领的非婚生子女可与婚生子女有同样的继承权。配偶的应继份额在与第一顺序继承人同为继承时,与其他继承人平分;在与第二及第三顺序继承人同为继承时,则为遗产总额的二分之一;在与第四顺序继承人同为继承时,则为遗产总额的三分之二。法定继承人对被继承人有重大不良行为或妨碍继承时,丧失继承权。在继承开始之前,法定继承人已因结婚、分家等原因从被继承人处得到过财产的赠与,在继承开始时应将其所得财产计入遗产。如被继承人已有声明在先不必计入遗产的,可以不予计入。继承人对于被继承人债务所负责任,以继承所得财产为限。遗嘱分为自立、公立、代笔、口授(仅限于病危情况之下、有二人以上见证,在能依其他方式做成遗嘱时起的一个月后失效)、密封五种。遗嘱不得侵犯法定继承人的特留份,直系血亲卑亲属、父母的特留份为其应继分的二分之一,兄弟姊妹及祖父母、外祖父母的特留份为其应继份的三分之一。

(六) 商事法规

1928年南京国民政府决定采取“民商合一”的立法原则,不再制订商法典,商事法规作为独立法规,在进行法律汇编时将其附于民法典之后。最主要的商事法规号为“四大商法”,即公司法、票据法、海商法、保险法。

公司法。1914年北京政府曾公布了《公司条例》六章二百五十一条,规定了无限公司、两合公司、股份有限公司、股份两合公司四种公司的组织形式等具体制度。1929年底南京国民政府公布《公司法》,

于1931年施行。这部公司法分为通则、无限公司、两合公司、股份有限公司、股份两合公司、罚则六章二百三十三条。抗战以后,南京政府又一次修改公司法,于1946年公布了全新的公司法。新公司法有定义、通则、无限公司、两合公司、有限公司、股份有限公司、股份两合公司、外国公司、公司之登记及认许、附则十章三百六十一条。

票据法。古代很早就有各种金融票据在民间流行,以至于日本学者仁井田陞曾认为票据证券是中国古代的第五大发明^①。但除了官府发行的票据外,对于民间的票据长久以来一直缺乏法律的规范。清末曾聘请日本法学家志田钾太郎起草票据法作为商法典的组成部分,北京政府时期票据法草案五易其稿,依然没有公布施行。南京国民政府于1929年公布施行了中国第一部《票据法》。这部票据法有总则、汇票、本票、支票、附则五章一百三十九条。其规定的票据制度深受德国票据法及瑞士票据法的影响。以后一直未加修改。

海商法。清末已曾制订海船法草案,1929年南京国民政府立法院迅速制订了海商法草案,但公布后遭到了上海总商会发起的国内水运界的抵制,请求延长审议该法,在进一步深入调查国内水运习惯后再修改草案。这些意见都被立法院驳回,1929年底公布了《海商法》后,就在1931年施行。这部法规大量引进了西方的海商法原理,与中国实际水运情况大相径庭,因此在实践中影响并不大。

保险法。《保险法》迟至1937年才公布,但一直没有公布其施行时间,所以实际上仍只是一个法案。这部法律仅涉及保险契约问题,还不是一部完整的法律。

^① [日]仁井田陞:《中国法制史》,岩波书店1963年版,第216页。

三、行政法

民国初期行政法方面的法律并不多,至确立“民商合一”的原则后,行政法成为六法之一,在行政法的门类之下往往汇编有多种部门法,如官制官规、行政救济类、内政类、司法类、税法类、土地法类、经济类等。内容庞杂,在此仅做若干简介。

行政救济法。1912年的“临时约法”规定人民有向议会请愿和向行政官署陈述之权。1913年公布的《诉愿条例》是中国首部关于行政救济的法律。1915年公布了《诉愿法》与《行政诉讼法》。南京国民政府先后在1930年和1937年公布了新的《诉愿法》和《行政诉讼法》,将行政救济分为诉愿、再诉愿、行政诉讼三个阶段。所谓诉愿是指人民在受到官署违法及不当处分致有损害时,可向作出该处分的官署的上级提起诉愿,请求纠正及赔偿。如不服其决定则可向中央主管部委提起再诉愿。不服其决定或经三月而未得到其决定的通知,才可以向司法院所属的行政法院提起行政诉讼。行政法院的裁判为终审裁判。但据《违警罚法》,对于警察局所实行的处分不服,则只能向其上级官署提起诉愿,不得再提起再诉愿和行政诉讼。

土地法。1922年孙中山领导下的广州政府曾公布土地税法,并开始起草土地法。1924年国民党改组时也曾在其党纲中确定制订土地法规。1930年南京国民政府公布了《土地法》,共五编三百九十七条。但直到1936年才公布《土地法施行法》,宣布开始施行土地法。1946年又公布了新制定的《土地法》五编二百四十七条。这两部土地法都分为总则、地籍、土地使用、土地税、土地征收五编。其主要内容是规定要对全国所有的土地进行总登记,确定地籍和各项地权,尤其是确定地价,作为征收地价税及土地增值税的依据。对于土地私有权亦有加以限制的意图,如规定矿产不得私有,按《土地法施行法》的规

定,私有耕地的面积不得超过其纯收益足供一家十口之需,宅地面积不得超过十亩。超过限制的土地政府有权加以征购后再出卖给无地或少地者。耕地租赁亦规定地租不得高于土地正产品的 375% (1946 年土地法改为不得超过地价的 8%)。然而这些法律规定实际上并没有得到贯彻施行。

律师制度。中华民国成立之初,司法部就公布了《律师暂行章程》,并于 1921 年进行了修正。北京政府成立了甄拔律师委员会,专门考核甄拔律师。南京国民政府成立后公布了新的律师章程和甄拔方法,至 1942 年正式公布了《律师法》。根据这部律师法,律师的资格要经考试而获得。凡曾任推事或检察官、司法行政官、立法委员,或在大专院校任讲师以上教职并讲授主要法律科目两年以上者,可经律师考选委员会的检核后获得律师资格。叛国及曾受一年以上徒刑之宣告者、曾任律师而受除名处分者、曾为公务员而受撤职惩戒者、亏空公款者、受破产之宣告尚未复权者都不得任律师。司法人员自离职后的三年内不得在原地区执行律师业务。外国人可在中国应考律师,但以该国允许中国人任律师者为限。外国律师经许可在中国执行业务时应使用中国语言文字。律师被定义为自由职业者,但是这部法律又规定律师必须加入律师公会。律师公会由当地社会行政当局及检察官进行指导监督,开会时,当地的检察官要莅会。律师只能在所登录的地方法院或县司法处辖境内开设事务所执行业务(可在管辖当地上诉审案件的高等法院及最高法院执行业务)。如与当地的法院院长、首席检察官有配偶及五亲等内的血亲、三亲等内的姻亲之关系,即不得在当地法院登录;如与承办案件的推事、检察官有上述关系应回避。律师不得兼任公务员,不得兼营商业,不得与当地的司法人员往还应酬。违反这些规定的,要由高等法院院长为首组成的律师惩戒委员会予以惩戒,其处分分别为警告、申诫、停止执行职务二个月至一年、除名。

第四节 民国时期的司法制度

一、民国时期的司法机构

北京政府时期沿用前清《法院编制法》，理论上设置了初级审判厅、地方审判厅、高等审判厅、大理院四级法院体系，以及相应的初级检察厅、地方检察厅、高等检察厅、总检察厅四级检察厅体系。然而实际上由于动荡的政治局面及资金、人员方面的困难，这些审判厅及检察厅并未完全建立。仅仅在中央设立了大理院、总检察厅，在大多数省份的省会设立了高等审判厅及高等检察厅，在一些商埠设立了地方审判厅及地方检察厅（全国仅有六十七所），而基层县一级的初级审判厅很少，绝大多数是由县知事“兼理”。1913年曾规定各县设立“审检所”，1914年又公布《县知事兼理司法条例》，凡县知事掌一县行政司法，与前清的知县并无不同，仅设“承审员”一员辅佐之。以后北京政府又曾要求各县设立司法公署，但至北京政府末期，全国仅有四十多所县司法公署。

广州国民政府时期司法机构与北京政府的制度没有不同，自设大理院，下设三级（实为二级）审判厅。武汉国民政府时期进行司法改革，审判机构一律改称法院，废除独立的检察机关系统，各地设检察官，与法院合署办公。设四级法院，中央法院分最高法院和各省的控诉法院，地方法院分为县市法院、人民法院（设于乡镇）。

南京国民政府在成立之初基本仿照北京旧制设四级法院，但废检察厅。1932年公布了《法院组织法》，但一直拖到1935年才开始施行。这部《法院组织法》共十五章九十一条，仿照德、日制度，规定实行三级三审制。法院分为地方法院（县市）、高等法院（省或特别区、行政

院辖市)、最高法院三级。高等法院可视地域在辖区内设分院。最高法院设检察署,高等法院、地方法院仅设首席检察官、检察官。最高法院设于司法院之内,司法院按照“训政约法”是全国最高司法机关,还设有司法行政部(1932年改隶于行政院,1934年又回属司法院,1943年再转隶行政院)、行政法院、公务员惩戒委员会。1947年后经过改组,除最高法院外,又设有行政法院、公务员惩戒委员会、大法官会议。大法官会议是新增的机构,由十七名大法官组成,行使解释宪法及统一解释法律、命令的权力。

南京国民政府时期依然没有真正设立法律所规定的三级法院,地方法院大多设于城市,一般的县份并无法院,仍然由县长统掌行政司法。1936年公布的《县司法处组织条例》规定无法院的县份应设立司法处,由司法处审判官独立行使审判权力,而检察事务由县长掌握。至抗战结束时,除新疆外,全国县司法处共有一千三百十八所。直到1949年,全国的地方法院仅有七百八十二所,仅为全国总县数的三分之一强。^①

二、诉讼制度

前清的诉讼制度在民国初年被明文废除,孙中山于1912年3月发布了《大总统令内务司法两部通飭所属禁止刑讯文》,严禁刑讯。并禁止称呼官员为“大人、老爷”,禁止跪拜。然而以后的北洋政府对于诉讼法的制定不视为要务,只是出于处理涉外案件的需要才公布了若干诉讼制度。如1918年公布的《法律适用条例》,规定中国法院在处理涉外案件时应如何适用外国的法律。又如1919年公布的《审理无领事裁判权国人民刑事诉讼章程》等等。由于苏维埃俄国宣布取

^① 展恒举,《中国近代法制史》,台湾商务印书馆1973年版,第248页。

消在华领事裁判权,而东北地区又涌入大批的白俄,涉外案件激增。北京政府只得在1920年急忙成立东省特别法院专门处理这些涉外案件,并于1921年又将前清民事诉讼律及刑事诉讼律的草案稍作修改,改称《民事诉讼条例》和《刑事诉讼条例》,宣布先在东三省地区施行。至1922年7月又规定各省已设立初级审判厅的地区也可施行这两部诉讼法。但实际上并未得到推广。

南京国民政府在1927年就开始重新起草诉讼法,并与其所公布施行的刑法、民法相配套,于1928年7月公布《中华民国刑事诉讼法》九编五百十三条,1931年2月又公布了《中华国民民事诉讼法》五编六百条。然而这两部诉讼法起草过于仓促,其中刑事诉讼法因刑法的改编也不再适应。因此在公布后不久就又开始新一轮的诉讼法起草工作,并在1935年公布了新的《中华民国刑事诉讼法》和新的《中华国民民事诉讼法》。

(一) 刑事诉讼法

1935年公布的刑事诉讼法共有总则、第一审、上诉、抗告、再审、非常上诉、简易程序、执行、附带民事诉讼九编五百十六条。其管辖制度基本采用犯罪地主义,补充以被告地主义。刑事诉讼的提起分为公诉与自诉两大类。前者由检察官代表国家提起。检察官负责指挥刑事案件的侦查,对现行犯可径行羁押。警察拘提、逮捕的嫌疑犯经检察官签法押票可予以羁押,侦查羁押期限为二个月,审判羁押期为三个月。也可以法院的裁定延长,每延长一次为二个月,本罪罪名最高刑期在三年以下的延长不得超过3次,其余罪名无明确的限制。经被告辩护人的申请并由管区内殷实人户或商铺出具保证书、提供相当保金,法院可裁定停止羁押。检察官可因时效已满、犯罪证据不足等原因作出不起诉处分。对于自诉则采用限制原则,如提起自诉以具有行为能力者为限。尤其是规定对于直系血亲尊亲属或配偶不得提起自诉,具有传统的“干名犯义”的性质。

在审判方面,规定审判以公开进行为原则,一般程序为先由检察官起诉;然后法庭调查证据,辩护人及当事人可经允许后质证;双方辩论,辩论的次序为检察官、被告、辩护人;被告陈述;在辩论后的七天内由法庭作出有罪、无罪(包括不能证明的犯罪)、科刑、免刑、不受理、管辖错误等判决。推事本人如与被害人或被告之间有亲戚关系等特殊关系应自行回避,被告也有权以审检人员与本案有上述关系或有“偏颇之虞”而声请审检人员回避。对于回避的声请由该法院的合议庭裁定是否接受。被告的辩护人原则上应以律师充任,非律师充当辩护人的必须经审判长批准。指控罪名最低刑在五年以上的被告如未选辩护人,由法院指定公设辩护人。被告的配偶、三亲等以内的血亲可作为辅佐人出庭陈述意见。证据的证明力由法院“自由判断”之,即采用所谓“自由心证”原则。被告的配偶、五亲等以内的血亲、三亲等以内的姻亲、家长、家属、法定代理人、有婚约者,可以拒绝提供证言。其他证人如恐因陈述而导致自己或配偶、五亲等以内的血亲、三亲等以内的姻亲受到刑事追诉或处罚者,也可以拒绝陈述。另外律师、教师、医师、药师、助产士、宗教师等因业务而得知他人机密者除非经本人允许,也可以拒绝陈述。

双方当事人(包括检察官和被告)对于法庭的裁定不服,可在裁定送达后的五天内向上级法院提起抗告;对于法庭的判决不服,可在一审判决后的十天内提出上诉。被告提出的上诉或为被告利益所提出的上诉,二审法院不得加重刑罚,即采用所谓“上诉不加刑”的原则。对二审判决不服者,依然可提起上诉,但必须以判决违反法律为理由。对于已经执行判决的案件如发现有误,受判决人或有关人员都可声请再审。再审由原终审法院管辖,如再审判决为无罪,应将判决书公布于报纸。

值得注意的是,民国时期战乱频繁,大量的刑事案件都以所谓“军法从事”处理,根本不走这部诉讼法的形式。国民党政府还曾公布

多种刑事特别诉讼法,比如1944年公布的《特种刑事案件诉讼条例》,共36条,实际上是当时最主要的刑事诉讼法。所谓的特种案件,就是指触犯各种刑事单行法规所设定的罪名、或刑法典上虽有但经刑事特别法加重处罚的罪名的案件。这个法规规定,凡这类案件经警察官署移送法院即以起诉讼,无须检察官出庭,法院可径自审判。被告对于判决只能声请上级法院复判一次,不得正式提起上诉。死刑案件也无须经最高法院的复核,只要摘叙案由以电报请示即可。最高法院应在三天内通电司法行政部发出死刑执行令。这个法规原定施行三年,以后一再展期。1947年又成立特种刑事法庭,专门审理此类案件,用以镇压共产党及人民群众。另外国民党的特务机构如“中统”、“军统”更是完全不受刑事诉讼法的束缚,任意进行侦查、逮捕、审讯、监禁、处死等活动,彻底突破了所谓法治的轨道。

(二) 民事诉讼法

1935年公布的民事诉讼法共有总则、第一审程序、上诉审程序、抗告程序、再审程序、督促程序、保全程序、公示催告程序、人事诉讼程序九编六百三十六条。

这部民事诉讼法号称采用“当事人进行主义”(或称不干涉主义),强调民事诉讼程序的开始、进行、终结、诉讼资料的提出等以当事人的意思为之,法院处于“超然”之立场,不做职权的干涉。辩论、判决都在当事人所声明之事项内进行。因此在起诉上有所谓“一告九不理”的说法,即:管辖不合不受理(原则上采被告住所地主义,但例外颇多,法院不予以转达移送);当事人不适格不受理;未有合法代理人不受理;书状不合程式不受理;不缴诉讼费不受理;一事不再理;不告不理;已成立和解不受理;二审上诉非以违法为理由者不受理。

为保护债权人的利益,这部民事诉讼法特设督促程序,法院可应债权人之声请向债务人被告发出支付命令,如债务人在十五天之内提出异议,支付命令即失去效力,债权人之声请即被视为起诉或声请

调解,从而进入诉讼程序;如债务人未提出异议、也未清偿债务,债权人可在三十天内声请法院作出假执行之裁定,债务人在假执行裁定送达后的十五天后就失去提出异议的权利,必须清偿债务,否则法院就开始强制执行。根据1930年公布的《强制执行法》,如债务人在裁判后仍不履行义务、不至执行现场,可对其实行拘提。债务人故意不履行债务或有逃匿之虞,或隐瞒、处分财产,或对推事、书记官拒绝陈述、不愿报告财务情况,执行法院可令其提出担保,无相当担保,即应拘提管收,管收期限为三个月,可再行管收一次。履行债务的义务并不因管收而免除。在保全程序中,也规定了债权人在起诉时可以声请法院采取保全程序,防止债务人处分或转移财产。保全程序包括假扣押和假处分,前者指对金钱请求或可变换为金钱请求的案件所采取的措施,后者指对金钱以外的权利标的物所采取的措施。但债权人应提供担保。

这部法律规定的诉讼程序相当繁杂,比如实行三级三审制,不服一审判决可上诉第二审,不服第二审判决则只能以适用法律有误为理由上诉至第三审。第三审为法律审。对于被认为事实不清的案件可以发回原审法院“更审”,原审法院如认为事实并无不明则可再上报第三审。更审的次数并无限制,以至于更审再三再四,案件积年不决。又如,对于裁定不服可提起抗告,抗告法院如认为原裁定无理由并不能直接自为裁定,还是要发回原作出裁定的法院,也往往反复多次。

三、领事裁判权的废除

民国初年,废除领事裁判权的问题被统治者搁置,在1918年与瑞士签订条约时,依然承认瑞士在华享有领事裁判权。只是在全国人民反帝运动的强大压力下,北京政府才开始考虑同列强谈判收回审

判主权的问题。1917年,段祺瑞政府宣布参加第一次世界大战,向德国及奥匈帝国宣战,并宣布取消德、奥在华的领事裁判权(战后1921年中德协约、1925年中奥通商条约予以正式承认)。1917年,俄国发生革命,1920年苏俄政府宣布停止承认原沙俄驻华使节,并宣布废除在华领事裁判权(至1924年中苏解决悬案大纲予以正式承认)。同时自1918年以后,北京政府和外国订立条约都不再订入有关领事裁判权的条款,对于已有领事裁判权的国家也不断提出废除领事裁判权的问题。1919年的巴黎和会上,中国代表团提出,中国在五年内颁布民刑法典、并在各地设立新式法院,届时西方各国就应取消其领事裁判权。但这一正当要求被西方列强置之不理。1922年在华盛顿会议上,中国代表团再次提出上述要求,列强控制下的太平洋与远东问题委员会无法再次敷衍,议决由参加会议的美、英、法、意、日、葡、比、荷各国派出代表组成调查团,到中国实地考察司法实际情况后再作决定。这个代表团迟至1926年才组成来华,调查了河北、山东、山西三省的司法情况。当时正值军阀混战,交通堵塞,山东军阀张宗昌又于当年枪毙山东高等审判厅厅长张芝,调查团即以此为理由,报告列强,继续维持领事裁判权。^①

在作出外交方面的努力后,北京政府还在1919年公布了《审理无约国人民刑事诉讼章程》(第二年改称《审理无领事裁判权国人民刑事诉讼章程》),规定无领事裁判权国家国民之间、无领事裁判权国家国民与中国国民之间的诉讼案件,及其与有领事裁判权国家国民之间的为被告的诉讼案件,统由中国法院依照中国法律审理,以图收回一点司法主权。为示慎重,这些案件以地方审判厅为第一审,不服裁判者可上诉至各省专设之交涉署。对于管收监禁无领事裁判权国家国民,应收于新式监狱,或以适当房屋代替。

^① 展恒举:《中国近代法制史》,台湾商务印书馆1973年版,第101页。

南京国民政府一方面与西方列强交涉,另一方面在 1929 年宣布收回外国在华治外法权以表示姿态。1931 年南京国民政府又公布《管辖在华外国人实施条例》,取消外国在华领事裁判权,但为便利外国人,在哈尔滨、沈阳、天津、青岛、上海、汉口、重庆、福州、广州、昆明十个城市的法院内设立专门法庭,以院长兼任庭长,受理外国人为被告的诉讼案件。又设具有法官资格的中外咨议若干人,旁听审理并可以书面提出建议。此条例定于 1932 年 1 月 1 日开始施行。但由于该条例未得到西方列强的同意,1931 年 12 月 29 日,南京政府只得宣布“缓行”。

南京国民政府这些努力只收到了极其有限的效果。1928 年中比订立新约时,比利时政府表示,如中国能在一年内颁布民商法典、同时又有超过半数的享有领事裁判权的国家放弃领事裁判权,比利时即放弃其领事裁判权。其他的西方小国如丹麦、葡萄牙、西班牙等也持类似的态度。仅墨西哥在 1929 年与中国订立新约时无条件放弃了领事裁判权。1936 年西班牙内战爆发后,南京国民政府即于 1937 年取消了西班牙在华的领事裁判权。抗战全面爆发后,南京国民政府又宣布取消了日本的领事裁判权。1939 年因意大利承认汪伪政权,中国政府与意大利断交,并取消其领事裁判权。以后又以同样原因取消了丹麦的领事裁判权。

1941 年太平洋战争爆发,中国正式加入了反法西斯轴心国的同盟国,英、美在 1942 年 10 月 10 日宣布废除在华领事裁判权。1943 年 1 月 11 日,中国政府与英、美政府签订了《取消在华治外法权及处理有关问题条约》,正式废除两国的领事裁判权。以后不久,法国、比利时、挪威、巴西、瑞典、荷兰、瑞士、丹麦、葡萄牙诸国也纷纷与中国签约废除领事裁判权。长达近一个世纪的领事裁判权终于被废除。中国政府宣布废止原来的《管辖在华外国人实施条例》,并规定凡外国人为被告的案件,以地方法院为第一审,即使是违反军法及特别刑事

法的案件,仍按普通审判程序进行审判。外国人在华涉讼可请外国律师为诉讼代理人,但该外国律师必须具有中国律师资格、经司法部许可,且以该外国也允许中国律师在该国取得律师资格为限。

由领事裁判权派生的列强在租界的司法权也被逐渐收回。1911年辛亥革命时,上海租界的会审公廨被西方列强领事团直接控制,不再与中国司法机构发生关系,租界成为名副其实的国中之国。北京政府对此毫无办法。1925年爆发了“五卅”爱国运动,在中国人民的强大压力下,1926年当时的江苏省政府经过与列强驻上海领事团的艰苦谈判,达成了《收回上海会审公廨暂行章程》,规定将上海会审公廨改为上海临时法院,管辖租界内有临时裁判权国国民为被告之外的一切民、刑诉讼案件,临时法院全部由中国司法官员组成,并适用中国现行的一切法律条例。外国领事只能对违反租界治安及原“洋泾浜章程”所规定的案件进行“观审”,不经中国法官允许,不得盘问证人,不可干涉法官的裁判。临时法院之上特设上诉法院管辖与租界治安有关的刑事上诉案件。这一章程的有效期为三年。1930年南京国民政府与有关各国签订了《上海公共租界内中国法院协定》,宣布废除一切以前有关租界内审判机构的条约、协定、章程,中国政府在公共租界内设地方法院及高等法院分院各一所,适用中国法律,管辖租界内有领事裁判权国国民为被告之外的一切民刑诉讼案件,地方法院为一审、高等法院分院为二审,不服高等法院分院判决者可上诉至中国最高法院。领事不得再进行“观审”,外国律师只能在外国人为原告的案件中作为外国人的代理人出庭。1931年又与法国达成类似的协议,在上海法租界也同样设立地方法院及高等法院分院。在此前后,汉口、鼓浪屿等地的会审公廨也被撤废。抗战胜利后,英美等国交还了上海等地的租界,租界的特别法院至此全部消除。

民国时期就法律形式及内容而言,已全然不同于传统的法律体

系,但是就实际而言,这些法律大多只存在于书面,社会实际生活中,这些法律所起的作用是微乎其微的。而且,频繁的战乱根本就没有可能使法律得到正常的实施,统治者残暴而混乱的滥用权力,使即使曾寄希望于法制的人们也最终丧失信心;为追求西方最新的法理以图利于收回领事裁判权谈判的立法宗旨,使立法严重脱离中国社会实践,并几乎割裂与法律文化传统的联系;经济状况的迅速变化加大了各地区经济不平衡的格局,使复杂的经济生活更难以规范化。凡此种种,使得这些皇皇的法典体系成为筑在沙滩上的宏伟大厦,很快就被抛弃并被遗忘。

参 考 文 献

- 丘汉平：《历代刑法志》，商务印书馆 1938 年版。
- 《睡虎地秦墓竹简》，文物出版社 1978 年版。
- 程树德：《九朝律考》，中华书局 1963 年版。
- 长孙无忌等撰、刘俊文点校：《唐律疏议》，中华书局 1983 年版。
- 李林甫等撰、陈仲夫点校：《唐六典》，中华书局 1992 年版。
- 王溥撰、方诗铭点校：《唐会要》，上海古籍出版社 1991 年版。
- 宋绶、宋敏求：《唐大诏令集》，中华书局 1958 年版。
- 杜佑：《通典》，商务印书馆万有文库十通本。
- 窦仪等撰、吴翊如点校：《宋刑统》，中华书局 1984 年版。
- 《敦煌资料》第一辑，中华书局 1962 年版。
- 《吐鲁番出土文书》第一至第九册，文物出版社 1981—1990 年。
- 刘俊文：《敦煌吐鲁番唐代法制文书考释》，中华书局 1989 年版。
- 《敦煌吐鲁番文书初探》，武汉大学出版社 1983 年版。
- 《敦煌吐鲁番文书初探》二编，武汉大学出版社 1990 年版。
- 《敦煌吐鲁番文书研究》，甘肃人民出版社 1984 年版。
- 陈智超点校：《名公书判清明集》，中华书局 1987 年版。
- 和凝、郑克撰、杨奉琨校释：《疑狱集·折狱龟鉴》，复旦大学出版社 1988 年版。
- 宋慈撰、杨奉琨校释：《洗冤集录》，群众出版社 1980 年版。
- 谢深甫等：《庆元条法事类》，中国书店 1990 年影印本。
- 徐松：《宋会要辑稿》，中华书局 1957 年影印本。
- 《大元圣政国朝典章》，中国书店 1990 年影印本。
- 马端临：《文献通考》，商务印书馆万有文库十通本。
- 黄时鉴点校：《通制条格》，浙江古籍出版社 1986 年版。
- 申时行等：《大明会典》，中华书局 1989 年影印本。
- 《刑台法律》，中国书店 1990 年影印本。

- 《明律集解附例》，1907年清修订法律馆刊本。
- 吴坛：《大清律例通考》，中国政法大学出版社1992年版。
- 姚雨蓁：《大清律例统纂集成》，台湾文海出版社1980年影印本。
- 汪辉祖等：《入幕须知》，台湾文海出版社1980年影印本。
- 王又槐：《刑钱必览》，清乾隆年间刊本。
- 沈家本：《历代刑法考》，中华书局1985年版。
- 薛允升：《读例存疑》，光绪三十一年（1905年）翰茂斋本。
- 薛允升：《唐明律合编》，商务印书馆1937年版。
- 杨鸿烈：《中国法律发达史》，商务印书馆1933年版。
- 杨鸿烈：《中国法律思想史》，商务印书馆1936年版。
- 杨鸿烈：《中国法律在东亚诸国之影响》，商务印书馆1937年版。
- 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局1981年版。
- 徐朝阳：《中国刑法溯源》，商务印书馆1929年版。
- 徐朝阳：《中国古代诉讼法》，商务印书馆1927年版。
- 陈顾远：《中国法制史》，商务印书馆1934年版。
- 陈顾远：《中国法制史概要》，台湾三民书局1977年版。
- 张晋藩：《中国法制史研究综述》，中国人民公安大学出版社1990年版。
- 曾宪义、郑定：《中国法律制度史研究通览》，天津教育出版社1989年版。
- 蔡枢衡：《中国刑法史》，广西人民出版社1983年版。
- 周密：《中国刑法史》，群众出版社1985年版。
- 叶孝信等：《中国民法史》，上海人民出版社1993年版。
- 孔庆明等：《中国民法史》，吉林人民出版社1996年版。
- 韩国磐：《中国古代法制史研究》，人民出版社1993年版。
- 郭建：《古代法官面面观》，上海古籍出版社1993年版。
- 郭建：《绍兴师爷》，上海古籍出版社1995年版。
- 江山：《中国法理念》，中国地质大学出版社1989年版。
- 张中秋：《中西法律文化比较研究》，南京大学出版社1991年版。
- 武树臣：《中国传统法律文化》，北京大学出版社1993年版。
- 张仲礼：《中国绅士》，上海社会科学院出版社1991年版。
- 毛汉光：《中国中古社会史略论稿》，台湾历史语言研究所集刊47册，1976年。
- 刘秋根：《中国典当制度史》，上海古籍出版社1995年版。

- 李剑农:《先秦两汉经济史稿》,三联书店 1957 年版。
- 李剑农:《魏晋南北朝隋唐经济史稿》,三联书店 1959 年版。
- 李剑农:《宋元明经济史稿》,三联书店 1957 年版。
- 费正康:《中国租界史》,上海社会科学院出版社 1992 年版。
- 诸籁生:《奴婢史》,上海文艺出版社 1995 年版。
- 陈顾远:《中国婚姻史》,商务印书馆 1936 年版。
- 陈鹏:《中国婚姻史稿》,中华书局 1990 年版。
- 《清代地租剥削形态》(乾隆刑科题本租佃关系史料),中华书局 1982 年版。
- 胡留元,冯卓慧:《西周法制史》,陕西人民出版社 1988 年版。
- 栗劲:《秦律通论》,山东人民出版社 1985 年版。
- 高恒:《秦汉法制论考》,厦门大学出版社 1994 年版。
- 倪振茂:《隋律研究》,法律出版社 1987 年版。
- 戴炎辉:《唐律通论》,台湾编译馆 1964 年版。
- 戴炎辉:《唐律各论》,台湾三民书局 1965 年版。
- 杨廷福:《唐律初探》,天津人民出版社 1982 年版。
- 乔伟:《唐律研究》,山东人民出版社 1985 年版。
- 王云海:《宋代司法制度》,河南大学出版社 1992 年版。
- 叶潜昭:《金律之研究》,台湾商务印书馆 1977 年版。
- 杨一凡:《明初重典考》,湖南人民出版社 1984 年版。
- 杨一凡:《洪武法律典籍考证》,法律出版社 1992 年版。
- 杨一凡:《明大诰研究》,江苏人民出版社 1988 年版。
- 杨雪峰:《明代的审判制度》,台湾黎明文化事业公司 1978 年版。
- 朱勇:《清代宗族法研究》,湖南教育出版社 1987 年版。
- 郑秦:《清代司法审判制度研究》,湖南教育出版社 1988 年版。
- 那思陆:《清代州县衙门审判制度》,台湾文史哲出版社 1978 年版。
- 林咏荣:《唐清律的比较及其研究》,台湾编译馆 1982 年版。
- 张晋藩:《清律研究》,法律出版社 1992 年版。
- 胡春惠编:《民国宪政运动》,台湾正中书局 1977 年版。
- 张晋藩、曾宪义:《中国宪法史略》,北京出版社 1979 年版。
- 蒋碧昆:《中国近代宪政宪法史略》,法律出版社 1988 年版。
- 展恒举:《中国近代法制史》,台湾商务印书馆 1973 年版。

- [日]仁井田陞著、栗劲等编译:《唐令拾遗》,长春出版社 1989 年版。
- [日]仁井田陞:《中国法制史研究·刑法》,东京大学出版会 1980 年版。
- [日]仁井田陞:《中国法制史研究·土地法·取引法》,东京大学出版会 1980 年版。
- [日]仁井田陞:《中国法制史研究·奴隶农奴法·家族村落法》,东京大学出版会 1980 年版。
- [日]仁井田陞:《中国法制史研究·法と慣习·法と道德》,东京大学出版会 1980 年版。
- [日]仁井田陞:《中国身份法史》,座右宝刊行会 1942 年版。
- [日]仁井田陞:《唐宋法律文书の研究》,东方文化学院东京研究所 1937 年版。
- [日]仁井田陞:《中国法制史》,岩波书店 1963 年增订版。
- [日]西田太一郎著、段秋关译:《中国刑法史研究》,北京大学出版社 1985 年版。
- [日]滋贺秀三:《中国家族法の原理》,创文社 1967 年版。
- [日]滋贺秀三:《清代中国の法と裁判》,创文社 1975 年版。
- [日]宫崎市定:《アジア史论考》,朝日新闻社 1975 年版。
- [日]加藤繁:《中国经济史考证》第一至三卷,商务印书馆 1959 年版。
- [日]清水盛光:《中国族产制度考》,岩波书店 1949 年版。
- 姚荣涛译:《日本学者研究中国史论著选译·法律制度》,中华书局 1992 年版。
- [日]大庭修著、林剑鸣译:《秦汉法制史研究》,法律出版社 1990 年版。
- [日]崛毅:《秦汉法制史论考》,法律出版社 1988 年版。
- [日]佐藤信夫:《法の源流》,芦书房 1995 年版。
- [美]D. 布迪、C. 莫里斯著,朱勇译:《中华帝国的法律》,江苏人民出版社 1993 年版。

后 记

本志由郭建副教授(复旦大学法律学系)编写大纲,诸人分工合作完成。具体分工如下:

郭建副教授:导论,第四章,第五章,第六章,第七章。

殷啸虎副教授(华东政法学院法律学系):第一章之第三节,第二章,第三章。

王志强(北京大学法律学系中国法律思想史专业博士生):第一章之第一节、第二节。

全志最后由郭建统一修改定稿,王志强协助进行了不少文字修订工作,并为若干章节作了电脑输入工作。

由于我们很晚才参加通志项目,时间紧迫,写作仓促,可能留下不少不尽如人意之处,恳请学界批评指正。

本志的编写得到复旦大学姜义华教授,南开大学刘泽华教授,中国法制史学界前辈、复旦大学法律学系叶孝信教授,以及复旦大学法律学系姚荣涛副教授的关心与指导,在此深表敬意。尤其是王超教授在百忙之中审定了本志的稿件,并作了重要的修订,在此特表谢意。

作 者

1997年7月