**中国法律思想史复习大纲**

**绪论**

一、概念

法律制度：法律是人类追求良善生活、良好秩序、公平正义的规则表达，是达致真善美生活的重要制度手段。

二、中华法系的演变及特征

（一）中华法系的概念

一国或一种法律体制影响下具有共同特征的多国法律群体，以中国古代法律制度为母体，在东南亚早期国家之间形成一个影响广泛的法系。

（二）“中华法系”特征

夏、商以后，中国法律随着社会的发展不断充实。中华法系的主要特征体现在“德主刑辅”，强调统治阶级的“人治”的重要性，中华法系作为一个完整的法系形成于唐代。尤其在《唐律》“礼法结合”体现得尤为明显，是为“德礼政刑犹昏晓阳秋相须而成者也”，伦理道德规范与法律规范完全融为一体。

三、中国法律史的特征

第一，独立发展与移植借鉴相结合。。

第二，礼法结合、家庭本位、公法发达。

第三，近代转型，艰难坎坷。

**第一章 夏商时期的法律制度**

一、 夏商时期的法律制度

1.“天讨”“天罚”的神权政治法律观

夏商两代，生产力水平比较低下，人们的认知能力基本处于野蛮蒙蔽状态。在意识形态领域，充斥着天命鬼神的宗教迷信思想。出于对天、神等自然和祖先的崇拜和敬畏，其法律思想充分反应神权意志，具有浓重的“天讨”“天罚”的“神判”特色。

夏禹时代，借助祭祀典礼“致孝于鬼神”。夏启建立夏政权时，宣称自己受命于天，对于违背“天命”者，理应代“行天之罚”。夏启讨伐有扈氏，即打着“恭行天罚”的旗号。

商朝建立政权，也是以“受命于天”而自诩。

二、夏商时期的刑罚体系

夏禹时代已形成夏后氏的统治中心和势力范围，任用“九牧”进行管理。

商朝刑罚进一步发展。《晋书·刑法志》称：“殷因于夏，有所损益。”《荀子·正名》亦称：“刑名从商。”可见，商朝刑名对后世影响较大。据文字记载，当时常用的刑名主要有墨、劓、刖、宫、大辟等五种。

**第二章 西周时期法律制度**

**第一节 西周法律思想及设官分职**

一、“明德慎罚”的法律思想

西周政权认真总结借鉴夏商两代的历史经验教训，在“以德配天”“明德慎罚”的法律思想指导下，通过制礼作刑的立法活动，建立一套礼刑并用的法治体系。

“以德配天”是对夏商神权法思想的修正，提出“天命糜常”“唯命不于常”“皇天无亲，惟德是辅”（《左传·僖公五年》）。其中以德配天的具体要求表现为：

1.“天”是公正的，其与任何人没有血缘关系，天命的转移是有条件的；

2.“德”的中心内容是“敬天保民”；法律上表现为“明德慎罚”。

**第二节 西周礼治**

一、西周“礼治”概念及分类

（一）礼治的概念

宗法制是礼治的基础：

1.以血缘为纽带确定尊卑贵贱的等级；

2.以嫡长子为核新心。宗法制是西周的根本制度，是西周统治者巩固政权的重要措施之一。

（二）周礼的分类

1.五礼：东汉郑玄采用，对后世影响最大。分别为：

①吉礼：以吉礼事邦国之鬼神。祭祀天地鬼神山川祖宗之礼。

②凶礼：以凶礼哀邦国之忧。如士丧礼等。

③宾礼：以宾礼亲邦国。如朝觐聘问之礼。

④军礼：以军礼同邦国。

⑤嘉礼：以嘉礼亲万民。以饮食之礼亲宗族兄弟，以婚冠之礼亲成男女，以宾射之礼亲故旧朋友，以飨燕之礼亲四方之宾客……

2.婚姻里的礼：成婚

中国古代的婚礼应当严格依照“父母之命，媒妁之言”，婚姻的目的在于“合二姓之好，上以事宗庙，而下以继后世也。”

3.婚姻“六礼”

①结婚：纳采、问名（生辰八字）、纳吉（占卜，结果为凶则废弃，为吉则继续）、纳征（纳成，向女方送聘礼）、请期、亲迎（洞房第二天进行庙见，庙见结束后才算礼成）。

②古代离婚的要求：“七出”(休妻的理由)

（1）不事舅姑（为其逆德也）；

（2）无子（为其绝后也）（必须年满50）；

（3）淫（为其乱族也）；

（4）妒（为其乱家也）；

（5）有恶疾（为其不可共粢盛也）；

（6）口多言（为其离亲也）；

（7）窃盗（为其反义也）

但也有特殊规定丈夫不能休妻的三种情况，即“三不去”：

（1）与更三年丧；

（2）有所娶无所归（娘家没有亲戚）；

（3）先贫贱，后富贵。

二、周礼的基本原则精神

礼的基本原则表现为：亲亲、尊尊（宗为长）、长长、男女有别

礼治对宗法制的维护表现在“亲亲也，尊尊也，长长也，男女有别”。

西周礼治思想的主要内容：孝、忠、节、义。

**第三节 西周时期刑法制度**

一、刑事法律制度

西周时期著名的政治家周公旦主张教化在先，刑罚在后。

1.西周大司寇之职：掌建邦之三典，以佐王刑邦国，诘四方。

2.小司寇之职：掌外朝之政，以致万民而询焉，“一曰询国危；二曰询国迁；三曰询立君（无嫡子而选立众庶）…… ”

3.以五声听狱讼，求民情：

①一曰辞听（观其出言，不直则烦）；

②二曰色听（观其颜色，不直则郝然）；

③三曰气听（观其气息，不直则喘）；

④四曰耳听（观其事直，听物明审；其理不直，听物致疑）；

⑤五曰目听（目为心视，视由心起。理若直时，眸子分明）

4.八辟（法）丽邦法，附刑罚：这八种人有特权

①一曰议亲之辟，

②二曰议故（旧知）之辟，

③三曰议贤（有德行）之辟，

④四曰议能（有道艺）之辟，

⑤五曰议功之辟，

⑥六曰议贵之辟，

⑦七曰议勤（勤劳王事、国事）之辟，

⑧八曰议宾之辟。

5.以三刺（杀）断庶民狱讼之中（罪正所定，即当行刑）：

一曰讯群臣，二曰讯群吏，三曰讯万民。听民之所刺宥（民言杀，杀之；民言宽，宽之），以施上服（劓墨）、下服（宫刖）之刑。（《周礼•秋官•司寇》）

二、西周的法律类型和刑罚体系

（一）五刑

1.墨、劓、剕、宫、大辟 （吕刑）

三、西周礼与刑的关系

1.积极预防与消极处罚 “礼之所去，刑之所取”。

2.礼与刑关系的表现

①联系：

西周时期，礼与刑都是西周法律的重要组成部分，二者不可分割。

②区别：

第一、礼和刑在地位上不同。“礼主刑辅”“出礼入刑”，礼是刑的指导思想。

第二、礼和刑在作用上的不同。礼：积极的预防犯罪的手段；刑，消极惩罚犯罪的手段。

第三、礼和刑在适用对象上不同。 “礼不下庶人，刑不上大夫”

四、定罪量刑的原则

西周刑事法律制度的定罪量刑原则实际上是“明德慎罚”“礼治”思想的具体化，具体表现为：

1.疑罪唯轻

2.设置“三赦”，即耄（80+）、悼（7-）、愚（神志不清）犯罪不加刑

3.罪人不孥（奴），不牵连家人即无辜，例如：“罔厉杀人”

4.刑罚世轻世重，根据社会发展变化来适用刑罚。

例如：《周礼》“刑新国，用轻典……刑平国，用中典……刑乱国，用重典”

5.区分故意与过失、惯犯与偶犯

依据《尚书.周书.康诰》“敬明乃罚。人有小罪，非眚，乃惟终，自作不典，式尔，有厥罪小，乃不可不杀。乃有大罪，非终，乃惟眚灾，适尔，既道极厥辜，时乃不可杀。”

其中“眚”：过失，自然灾害带来的损失和危害；事先不能预见到的危害后果的犯罪，“非眚”：故意；“终”：一贯；“非终”：不是一贯如此；“惟终”：始终一贯如此。所以，西周时期已经依据罪犯的主观动机来定罪量刑。

**第四节 西周时期的司法制度**

一、主要的诉讼制度

1.起诉：刑事：“狱”；民事：“讼”

2.诉讼费：称为“均金”“束矢”

二、审判制度

1.“五听”：辞听、色听、气听、耳听、目听

**第三章 春秋战国时期的法律制度**

**第一节 春秋战国时期法律制度的转型**

（一）成文法公布的原因

1.春秋时期法制建设的成就，最主要的就是成文法的公布。“铸刑鼎”标志着中国古代成文法的产生。

2.公元前541年，子产郑国执政。第一部成文法就是郑国子产铸刑鼎。第二部成文法出现在晋国。

（二）成文法公布的形式

1.首先创制成文法的是郑国的子产。

2.公布成文法的方式：采用刑鼎。

3.子产与叔向关于成文法公布的不同主张，子产主动公布成文法，而叔向强烈反对。

4.邓析造竹刑。邓析所造竹刑不属于国家法；不具有法律效力，属于私刑。

**第二节 李悝《法经》与商鞅变法**

一、李悝变法

1.《法经》的内容

①《法经》六篇，即盗、贼、囚、捕、杂、具。

②盗法、贼法为罪名作为篇名。

盗指盗窃、强盗；贼指非法侵害他人身体的犯罪。

③囚法、捕法

囚法是关于诉讼法的内容；捕法关于追捕盗贼的法律。

④杂法，即奸罪。

⑤具法相当于刑法总则的内容。具是指具体规定法律当中加刑和减刑

2.《法经》的特点

①以镇压盗贼为首要任务：“王者之政，莫急于盗贼”；

②反对奴隶主贵族阶层的等级特权；

③体现了重刑主义的精神：轻罪重罪同罚。

3.体例上的特点：“诸法合体，具法列后”

二、商鞅变法

1.商鞅变法的主要内容

商鞅“改法为律”。结合了奴隶社会时期出现的《汤刑》《吕刑》《九刑》，以及在春秋时期，郑国子产铸刑鼎，商鞅认为有必要对战国时期，各个不同的法令加以统一，故而“改法为律”。

2.商鞅改法为律具体表现为：

①“秦用商鞅，造参夷之诛”

②增加罪名

**第四章 秦朝法律制度**

**第一节 秦朝法制状况**

一、秦朝的立法活动

秦朝以先秦法家“法治”“重刑” 的法制原则为指导，通过统一法度等一系列立法活动，建立了律、令、制、诏等多种法律形式构成统一法律体系。

二、秦朝的法律形式

1.律，主要规定的实体内容。律，即秦律，是国家制定颁布的成文法，属于最基本的法律形式。

2.式，指文本的程式、格式，是关于审理案件程序的司法规则或文书程式，供司法官员审理案件时参考使用。

《封诊式》，即刑事诉讼法 ，其中兼有案件调查、检验、侦破笔录即“爰书”。

3.《法律答问》，即法律解释，规定比较粗糙。最早的“官方法律解释”，和律文本身有同等效力。

4.“廷行事”，即司法机关对案件济宁审理判决的先例。

廷：宫廷、郡廷或县廷（政府所在地）；行事：已行已成之事，相当于判例。参考《法律答问》相关案例。

5.命、令、制、诏是皇帝代表国家发布的诏令圣旨或法令文告。

6.程，《汉书》卷一下《高帝纪下》颜师古注“程，法式也”。秦简的《工人程》即程的一种，关于官营手工业劳动者生产定额的法规。“人程”即“员程”，是关于人员、时间、定额的规定或章程。

7.课，考核畜养牛羊官吏的法规。

8.《语书》，即地方性行政法规，教戒性公告。

三、秦朝刑法的基本内容及特点

（一）秦律的基本内容

1.定罪量刑的主要原则

刑事责任年龄以实际身高为标准，具体规定男子6尺5寸，女子6尺2寸。

2.区分故意犯罪和过失犯罪

秦律依据犯罪主体的主观动机，将犯罪区分为故意犯罪与过失犯罪，前者从重处罚，后者从轻处置。

3.诬告反坐

商鞅变法时期，就开始推行连坐措施。秦朝继续战国时期秦国的法制，实施诬告反坐，实际上是中国古代实行报复刑。妻女了对故意诬告他人者，以所诬陷的罪行进行处罚。秦律规定连坐的适用范围有三种，一是亲属连坐；二是邻里连坐；三是职务连坐。

4.计赃论罪原则

财产犯罪方面同等性质的犯罪根据赃物的价值决定刑罚的轻重。

（二）秦律的基本特色

1.轻罪重罚

2.法网严密

3.沿袭“王者之政莫急于盗贼”的精神

4.革除旧法，残存旧制。

四、秦朝行政法律制度

（一）严厉制裁“渎职”罪

1.“渎职”罪的构成

①“纵囚”罪：

《法律答问》“当论而端弗论，及惕（ti）其狱，端令不致，论出之，是谓‘纵囚’。”

②“不直”罪：“罪当重而端轻之，当轻而端重之，是谓‘不直’”

③“犯令”“废令”罪

“令曰毋为，而为之，是谓‘犯令’；令曰为之，弗为，是谓‘废令’”。

犯令：从事法律所禁止的行为（禁止性规范）

废令：不履行法律规定必须要做的事（命令性规范）

**第二节 秦朝刑罚的适用原则及司法制度**

一、秦朝刑罚

（一）刑罚由重到轻，具体表现为

1.死刑：戮刑、磔刑、腰斩、弃市、具五刑、枭首

2.迁刑：流放

3.肉刑：黥、劓、斩左趾、宫

4.作刑（羞辱刑）：髡、耐、完刑

5.徒刑

①城旦或城旦舂（最重，五年，男犯筑墙，女犯舂米）

②鬼薪和白粲（四年，为了祭祀去砍柴；舂米）

③隶臣和隶妾（三年，劳役劳作的杂役）

④司寇（两年，强行派去守护边关）

⑤候（一年，边地服役）

6.财产刑：貲刑

7.赎刑: “赎，贸也”“以财拔罪”

8.其他

①废（官员免职，终身不得做官）

②免（免官，可能重新做官）

③收（把平民作为奴隶，一般针对重罪犯家属）

④谇（“责认也”——斥责、训诫）

二、秦朝的司法诉讼制度

（一）司法机关

廷尉是秦最高司法审判机关，其长官也称廷尉。廷尉的主要职责是执行法律，审理刑狱。

（二）诉讼制度

依据诉讼主体的不同，分为两种形式：一种是官吏代表国家控告起诉，类似现代的公诉；另一种当事人直接控告呈诉，类似现代的私诉。

1.公室告：“贼杀伤、盗它人为‘公室告’”；

2.非公室告：“主擅杀刑髡其子、臣妾，是谓‘非公室告’”。

（三）监察制度

秦朝的监察机构又称为御史大夫府（寺）。

（四）审讯与判决

秦简成案件的审理为“治狱”，审讯为“讯狱”。由于口供是判案的主要证据，故取得口供是审讯的主要目的，刑讯逼供也就成为审讯的常用手段。

**第五章 汉朝法律制度**

**第一节 汉初立法概况**

一、汉朝的主要立法及法律形式

1.西汉初期的立法——汉代立法的开始（前207年）

①“约法三章”

“杀人者死，伤人及盗抵罪，余悉除去秦法”。

②《九章律》（9篇）：汉律的核心，制定者：萧何

“三章之法不足以御奸”，在秦律盗、贼、囚、捕、杂、具六篇基础上加三篇：户、兴、厩律而成。

③《傍章》（18篇）博士叔孙通所撰规定朝堂礼仪方面的内容，与律令同录，属于朝觐、宗庙、婚丧方面的礼仪制度。

2.武帝及西汉中后期的立法活动

武帝即位后，“百姓贫耗，穷民犯法，酷吏击断，奸宄不胜。”为加强中央集权，强化君主专制地位，又制定了一系列相关法律，形成了“汉律六十篇”。

①《越宫律》（27篇）即保卫皇帝的安全，规定有关宫廷警卫方面的法律。由武帝时期廷尉，最高司法长官张汤制定。

②《朝律》（6篇），由赵禹制定，即诸侯朝见天子的制度规定。

③《酌金律》，朝见天子的财务规格。

④《左官律》，贬抑诸侯王国管理权利。

⑤《钱律》，关于铸钱的法律。

⑥《附益法》，禁止中央官员与诸侯王交通。

⑦《沈命法》，督责主管官吏缉捕盗贼。

⑧《见知故纵、监临部主法》，强化管理法律责任。

3.汉代的法律形式

两汉时期的法律形式主要有律、令、科、比四种。

①律，汉朝最基本、最重要的法律形式。

②令，皇帝的诏命，是律的补充，效力高于律。

③科，即科条，律之外规定犯罪与刑法的单行禁令，补充律令不足。

④比，比附，案例汇编，相当于秦朝时期的廷行事。

**第二节 汉朝汉律的基本内容**

一、汉朝的刑罚体系

1.汉初的刑罚制度

①生命刑：腰斩、弃市、磔、枭首

②身体刑：腐刑、斩趾刑、劓刑、黥刑、完刑与耐刑

③流放刑：城旦舂、鬼薪白粲、隶臣妾、司寇

④自由刑：迁刑

⑤财产刑：赎刑、罚金刑

⑥资格刑：剥夺官职和权利：夺爵、免冠

二、文景时期的刑制改革

汉初统治者以及思想家深刻反思和总结秦朝二世而亡的历史教训，已认识到传统肉刑不利于封建政权的稳固。文帝继位后，经济有所发展，人民生活趋于稳定，阶级矛盾缓和，社会治安状况良好，为刑制改革创造了良好环境。公元前167年，齐太仓令淳于公获罪当施肉刑，小女儿淳于缇萦上书文帝，请求没官为奴，替父赎罪，文帝感动，遂下旨废除肉刑。具体如下，

①废肉刑 黥刑：髭钳城旦舂（徒刑5年）

②劓刑：笞刑300

③斩左趾：笞500

④斩右趾：弃市、死刑

废除肉刑无疑标志中国古代刑罚由野蛮向文明的过渡，文景时期的废除肉刑为中国古代封建法律制度的出现奠定了基础。700多年后，正式封建五刑在隋朝出现。

三、上请制度与亲亲得相首匿

1.“上请”，实际代表了汉代官僚贵族的特权法，贵族官僚一旦犯罪，上请皇帝，一般能得到减轻免除。

2.“亲亲得相首匿”，实际就是封建社会的家族主义法。国家法律里面维护家族等级的法律制度。

四、汉朝的司法制度

以皇帝为首的中央政权，掌握着对重大案件的最高司法审判权。在君主以下设有廷尉，是中央专门司法机关，长官也称廷尉，为九卿之一。

五、汉朝的审判制度

（一）汉代的审判程序

1.鞫狱，即审理刑事案件。

2.读鞫，即宣读指控罪状和审判结果，进行判决。

3.乞鞫，即请求原审机关重新审判。

（二）诉讼程序

汉代的案件来源主要有二：一是负有纠举犯罪责任的官吏主动纠举犯罪，形成案件，类似现代的公诉，称为“劾”；二是刑事案件的被害人或民事案件的被侵权人或其近亲属到官府控告，官府如果受理，便立案半茶，类似于现代自诉，称为“告”。具体程序如下：

1.告劾

2.逮捕

3.鞠狱

4.覆案

5.执行

（三）录囚

始于西汉,是上级司法机关检查下级司法机关审理的案件，及时平反冤案的制度。

（四）春秋决狱

兴盛于两汉，作为汉代的司法制度的一项内容，是指遇疑难案件依据《春秋》等儒家经典抽象出的法律原则进行断案的审判方式。通过“春秋决狱”的司法审判方式，实现了中国古代法律司法化的转型，并推动中国古代法律的礼法融合。

董仲舒的《春秋繁露》是参考《公羊传》的解释，利用“微言大义”进行注释。依据《春秋》内容的记载，将其记载的故事加以解释，当疑难案件产生的状况下，无法律条文依据或依据律文审理，将明显产生不合理的状况，就会参考《春秋》中的案例或解释来进行司法审理。为此，“春秋诀狱”实际坚持轻刑主义原则。定罪量刑的原则为“原心论罪”。

董仲舒在《春秋繁露》中指出，“春秋之听狱也，必本其事而原其志；志邪者不待成，首恶者罪特重，本直者其论轻。” 董氏认为，春秋诀狱强调一定要以事实为依据，并审查其动机。主观动机邪恶的，即是犯罪未遂或预备犯罪也须惩罚。共同犯罪的首犯要加重处罚，对善意不慎触犯刑律的人，即情有可原的犯罪者应减轻处罚。

（五）秋冬行刑

依据《周礼》，死刑的执行时间在秋天和冬天。要求顺应天时，且不误农时。

**第六章 三国魏晋南北朝的法律制度**

一、曹魏立法

三国时期，真正完备的法典是在曹魏，曹魏颁布《新律》，也叫《魏律》,后世称为《曹魏律》。具体措施如下：

1.以“刑名”代替《九章律》的“具律”。

《曹魏律》之后中国古代刑法总则始终放在第一篇。

2.“八议”写入法律，这是中国古代特权法的体现。

二、西晋立法的体例和形式

1.《晋律》将《曹魏律》的“刑名”篇分为“刑名”“法例”两篇。

2.律、令的概念明确分离，改变汉代时期律令相混的状况。

杜预的解释“律以正罪名、令以存事制”。

律:规定罪名刑名；令:规定国家基本制度

3.《张杜律》的颁布，用来解释《晋律》，并具有同等效力。

这是自汉代以来儒家思想影响法律的重要表现。西汉以来出现了“章句”，对法律文本的解释注重法律内容的儒家化，主张刑罚偏轻。律家则秉承法家思想，注重司法实践效果，着力于法律体例与术语解释的精确性，主张刑罚偏重。《张杜律》是律家与章句家第一次综合，形成律学，即包括章句家与律家两大流派，是儒家法律思想和法家法律思想的合流成果。

三、南北朝立法体例和形式

（一）《北魏律》在北魏后期制定

1.总结了北魏百年立法经验，具有承前启后的作用。

东魏出现“格”：即表现为《麟趾格》；西魏出现“式”：表现为《大统式》。

2.为隋、唐、宋时期的律令格式法律形式的并存奠定基础。

（二）《北齐律》

1.“名例律”，是自北齐以后，中国古代的刑法总则被称为“名例律”。

2.将刑事法典的篇目确定为12篇，其特点表现为“法令明审，科条简要”。

四、魏晋南北朝立法内容的变革

（一）确立维护贵族官员的特权制度

这是儒家思想对法律的影响直接反映到立法上。

1.“八议”入律，“八议”源自《周礼》“八辟”。

本指八种特殊身份的人，一旦犯罪可以享受减刑或者免刑的特权。司法管理只能审理、不能判决，判决由皇帝来决定。

“八议”指亲、故、贤、能、功、贵、勤、宾八种不同等级的贵族。但这种特权法的实施，同时也加剧了社会矛盾。

2.“官当”入律。

即以官抵罪。主要的适用范围是徒刑。

3.“重罪十条”入律。

这是北齐时期，为加强统治，对封建统治和封建伦理危害最大的十条罪强化对其处罚。即“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”。

（二）魏晋刑罚制度的发展变化

1.服制定罪：依据《晋律》“峻礼教之防”，实施“准五服制罪”，也就是依照亲属关系的远近亲疏来定罪量刑。其中五服，也就是亲属等级制度。“准五服治罪”原则一般只对服内亲有效。尊长杀伤幼卑，关系越近则定罪越轻；反之加重。

“五服”分为斩衰、齐衰、大功、小功、缌麻。这五种服饰表现为：第一、服饰外观不同；第二、守丧时间不同；第三、守丧义务不同。服制定罪是魏晋南北朝期间伦理观念入律的表现，也是儒家法律思想入律的直接体现。

2.存留养亲：指犯人直系尊亲属年老应侍，而家无成丁，死罪非十恶，允许其上请，流行可免发遣，徒刑可缓刑，将人犯留下以照料老人，待老人去世后再实际执行。存留养亲也是法律儒家化的又一例证，即“纳礼入律”。

**第七章 隋朝法律制度**

一、《开皇律》的创新

1.开皇元年（581年）隋文帝杨坚颁布

①篇章体例定型化：12篇500条，“科条简要，疏而不漏”。

②封建五刑法定化: 隋：死、流、徒、杖、笞。

③完善贵族官僚特权法

④“重罪十条”变更为“十恶”

**第八章 唐朝法律制度**

**第一节 唐朝的法律制度**

一、唐朝的立法状况

（一）唐朝的法律形式

1.律：《唐六典》“律以正刑定罪”，规定犯罪与刑罚这样的一部基本刑事法典。

2.令：《唐六典》“令以设范立制”，国家各部门规章制度的行政管理法规。

3.格：《唐六典》“格以禁违正邪”，皇帝敕命汇编，国家特别刑事法规以及重大特别规制。

4.式：《唐六典》“轨物程事”，国家机关的办事细则和公文程式。

5.法律形式之间的关系：

①律是最主要的法律形式。

②违背令、格、式，以律来处罚。

③分工明确，不得转化。

6.典：《唐六典》，古代行政法典（多数认为）

制定者：张说、萧嵩、张九龄、李林甫。唐玄宗开元盛世时期修订的一部礼典，没有强制力，主要是**一**种备忘录式的官制典籍文献。

（二）唐律的制定

1.《武德律》：唐高祖李渊武德七年（624年）颁布，共12篇500条。

2.《贞观律》：唐太宗李世民贞观十一年（637年）颁行，命长孙无忌、房玄龄等人以《武德律》为基础，对唐律进行全面修订，是唐律的定本，奠定了唐律的基础。

3.《永徽律》：唐朝立法的高峰出现在唐高宗时期。

特点：①以儒家思想来解释唐律，标志着儒家思想法典化的完成。

②《律疏》和法律条文具有同等的法律效力。

4.《开元律》唐玄宗元年间，下诏修订《永徽律疏》，删除不合时宜的条款和称谓，于开元二十五年（737年）颁行天下，称为《开元律疏》。

二、《唐律疏议》的特点

1.“德礼为本，政教为用”

①“德礼为政教之本，刑罚为政教之用，犹昏晓阳秋相须而成者也。”

②德礼是行政教化之本，刑罚是行政教化的表现；德礼和刑罚不可缺少，犹如昏晓相须而成一昼夜，春阳秋阴相须而成一岁一样。

③礼法结合在《唐律疏议》中达到完备的程度，标志着中国古代礼治的法律化已接近完成。

2.封建纲常的法律化

①“君为臣纲”；②“父为子纲”；③“夫为妻纲”

3.唐律是一部封建特权法，始终贯穿以礼为主，礼法结合的精神。

4.特点：

①以儒家思想来解释唐律，标志着儒家思想法典化的完成。

②《律疏》和法律条文具有同等的法律效力。

**第二节 《唐律疏议》的内容**

一、《名例律》之一：五刑

1.唐律调整了刑罚的排列顺序，由重到轻改为由轻到重：笞、杖、徒、流、死

2.流刑：流刑中情节较重者：加役流、反逆缘坐流、子孙犯过失流、不孝流、会赦犹流。

①加役流——死刑改判，3000里，外加两年强制劳役。

②反逆缘坐流——谋反、大逆的亲属。

③子孙犯过失流——子孙因杀害祖父母、父母而被判流刑。

④不孝流——不孝罪。

⑤会赦犹流——遇皇帝颁布大赦从死刑改为流刑。

3.赎刑——罪行有疑问的；官僚贵族及亲属犯罪的；老、幼、残疾之人。

二、《名例律》之二：“十恶”

“十恶”：严重威胁封建皇权和严重违背封建伦理道德的十种恶性犯罪。此“十恶”为“常赦所不原”，即“十恶不赦”，不能援用“同居相为隐”和“犯罪存留养亲”。

1.一曰谋反，谓谋危社稷。

2.二曰谋大逆，谓谋毁宗庙、山陵及宫阙。

3.三曰谋叛，谓谋背国从伪。

4.四曰恶逆，谓殴及谋杀五服至亲，穷恶尽逆，绝弃人理，故曰“恶逆”。

5.五曰不道, 谓杀一家非死罪三人，支解人，造畜蛊毒、厌魅。安忍残贼，背违正道，故曰“不道”。

6.六曰大不敬，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。

7.七曰不孝，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。

8.八曰不睦，谓谋杀及卖缌麻以上亲，殴告夫及大功以上尊长、小功尊属。

9.九曰不义，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。礼之所尊，尊其义也。此条元非 血属，本止以义相从，背义乖仁，故曰“不义”。

10.十曰内乱，谓奸小功以上亲、父祖妾及与和者。若有禽兽其行，朋淫于家，紊乱礼经，故曰“内乱”。

三、《名例律》之三：特权法

1.八议只能由官员出具初步判决结果，举例判罪需要皇帝和大臣商议决定，通常是减等。

2.请，指五品以上官员加上八议者的一定范围的亲属。

3.减，指七品以上官员和议、请者的一定范围的亲属

4.赎，指一定范围官吏：九品官以上以及议、请、减者的亲属，犯流刑以下，都可以以铜赎罪。

5.官当：以官职抵罪。

四、技术性刑法原则及相关制度

1.保辜

①保辜的三种情形：一是凡殴人无论伤与不伤，各须保辜；二是凡有伤害事实，无论原因，皆须保辜；三是一切斗殴、伤人和因斗殴而杀人的案件，无论是故意、过失，是否造成 结果，均适用保辜。

②结果：受害人在期限内非因其他缘故死亡，对加害人按照杀人的法律规定 定罪量刑；否则按殴伤的规定定罪量刑。确定加害人的加害行为同被害人的伤亡结果有无因果关系的一种制度。根据加害人的犯罪手段，被伤害人的伤害程度等规定不同的辜限。根据被害人是在辜限内死亡还是辜限外死亡确定加害人不同的法律责任。

③保辜体现了中国古代传统法律蕴含的人性关怀、朴素的修复性司法观念。

2.六杀

（1）谋杀；（2）故杀；（3）斗杀；（4）误杀；（5）戏杀；（6）过失杀

①依照犯罪人的主观意图区分；

②传统杀人罪理论的发展与完善；

③处罚：故意杀人一般是处斩刑，斗杀和戏杀一般减一等，误杀减两等，过失杀可以交钱赎罪，谋杀在过失杀的基础上按情节减一等或两等。

3.“六赃”

（1）“六赃”的概念：

赃罪就是以追求经济利益为目的的主要经济犯罪、贪污受贿。

（2）六赃分类

①“受财枉法”是官吏贪赃而为枉法曲断的法律术语, 是专指主体为官吏的知法执法者犯罪。

②“受财不枉法”与“受财枉法”相对,意为官吏虽然贪赃但没有因此枉法。

③“受所监临”意为主管官吏不因公事需要而接受部属财物。

④“坐赃”谓“非监临主司, 因事受财,而罪由此赃,故名坐赃致罪。

在《唐律》六种赃罪中,受财枉法、受所监临、监临主守自盗这三种赃罪都属于私罪范畴。另外在坐赃罪中,非监临官吏因事受财而枉法裁断,也属于私罪之列。因此,在总体上,《唐律》将官吏赃罪视为私罪。

**第三节 唐朝司法制度**

一、唐朝司法制度

1.大理寺职能，是负责审判机构。

①审理中央百官犯罪及京师地区徒刑以上案件

②复审刑部移送的地方死刑案件

2.刑部是复核机构。

①修订法律

②复核大理寺所审理的徒刑以上的案件和地方审理的徒刑以上的案件

③长官徒刑、流刑的执行以及官奴婢

3.御史台，即中央监察系统。

下设台院、殿院、察院，分别监察中央官吏、朝廷礼仪制度、地方官吏。

二、唐朝会审制度

若干中央司法机构的官员会同审理重大疑难案件的制度，体现慎刑原则。

三、唐朝诉讼制度

（一）司法官吏的审判责任

（秦）司法官吏有涉及不直、纵囚、失刑的罪行；（唐）司法官吏审判涉及出人责任、执行刑罚责任、监狱管理责任。

“出入人罪”即表现为司法官吏不依法定罪量刑。出罪指重罪轻判或有罪判无罪；入罪指轻罪重判或无罪判有罪。所以唐朝司法官吏涉嫌故意出入人罪、过失出入人罪，具体定罪分为：

1.出入全罪，以全罪论

2.同级出入，以所剩论

3.越级出入，以全罪论

**第十章 宋朝法律制度**

**第一节 宋朝的立法状况**

一、宋朝的立法状况

（一）宋朝立法有刑统、编敕和编例

宋朝立国之初，沿用唐末的律、令、格、式及五代时期的法律。太祖建隆四年（963年），命工部尚书判大理寺卿窦仪主持修订《宋建隆重详定刑统》，简称《宋刑统》，并下诏大理寺刻板摹印，颁行天下，成为中国历史上第一部刊板印行的封建法典。

1.延续《大周刑统》体例，北宋初年颁布制定《宋刑统》（《重详定刑统》）。

2.《宋刑统》以律为主，附以敕、令、格、式的一部综合性刑事法规。

3.“篇下分门”，即把性质相近的条文归为一门，一共213门。

4.中国封建社会第一部刊版印行的法典。

（二）《宋刑统》特点

第一、改称“刑统”之名。

第二、分门类编内容。

第三、刑律统类体例。

第四、增设“请起条”。

第五、总汇类推条文。

第六、删去篇首疏议。

（三）编敕

宋代最重要最经常的立法活动。

编敕是皇帝的刑事敕命的汇编，具有至高无上的法律效力，随时可以补充、修改、甚至废弃，可以针对特定案件作出与律规定不同的裁决。但宋代的编敕只补充刑统，它是有关刑事方面的敕命的汇编。宋代敕编的范围比唐代要小，数量众多。

（四）编敕的发展和特点

1.北宋初年，沿用唐朝律、令、格、式，敕的地位基本上是“以敕补律”“敕律并行”。

2.宋神宗时期，敕的地位得到加强，达到“以敕代律”，法律形式表现为敕、令、格、式。

3.神宗之后，敕的地位进一步得到提高，并设置了专门编敕的机构。

4.敕主要是关于犯罪和刑罚方面的规定。

（四）编例

1.主要适用于南宋，补充律、敕，包括指挥和断例。

2.例，即案例汇编；

3.指挥，即上级机关对下级机关的指令性文件。

**第二节 宋朝刑事法律和司法制度**

一、宋朝刑法的主要变化

（一）重法与重法地的出现

1.重法

即对某些重罪进一步加重处罚。宋朝初年颁布《盗贼重法》，规定了群盗罪、杀官吏罪、累杀三人以上罪，烧房屋百间以上罪列为重罪，并且从重处罚。

2.重法地

在宋仁宗年间，只设首都开封府附近，凡是犯强盗、窃盗罪和窝藏罪一律加重处罚。后来将重法地进一步拓展到社会其他重要地区。

（二）刑罚的变化

1.宋朝刑罚沿用唐朝以来的五刑，也就是笞、杖、徒、流、死。

2.折杖法本出现于五代，以背杖代替徒刑、流刑的做法。宋代初年，赵匡胤将折杖法改造成贯彻轻刑主张的手段。

3.折杖法，到了北宋时期法律规定，除死刑以外，将笞、杖、徒、流都折合成杖刑的办法。

（三）敕配

1.实际上就是原来的流刑；

2.配，配流也就是流放，但要加上刺，还要加上杖；

3.流放与敕面、杖刑相结合的一种刑罚。

（四）凌迟

1.出现五代十国作刑，叫作脔割刑；

2.北宋神宗启用；

3.南宋《庆元条法事类》将凌迟作为法定刑；

4.辽代早于南宋开始应用。

二、宋朝司法制度

1. “御笔断罪”，即由皇帝亲自来审案断罪。“御笔断罪”必然是终审，因而不能上诉或直诉。皇帝经常亲自审办案件，表明皇帝才是最高司法官员，对臣民的生杀予夺有最高的控制权。太祖、太宗如此，形成祖制，作为其子孙的后世皇帝，多喜欢亲自断案。

三、诉讼审判制度的完善

（一）鞫谳分司制度

1.鞫：审理；谳：判决

2.鞫司（狱司），即宋朝司法审理的机构；

3.谳司（法司），即宋朝司法机构的判决机构；

4.根据犯罪事实对照法律进行判决。

鞫谳分司就是将审与判二者分离，由不同官员分别执掌。宋朝中央和地方都实行鞫谳分司制度。

（二）翻异别推制**度**

翻异别勘源于唐末五代，是指犯人在录问或行刑时推翻口供（翻异）提出申诉，案件必须重新审理。

1.翻异，翻供，犯人招供后又推翻原口供；

2.别推，又叫“别勘”“移推”和“别鞠”；

3.宋朝规定，犯人在受审后如果推翻原口供，则需另外组成一个新的审判班子进行审理，原来的审判人员不得参与。

为防止囚犯反复翻异，《宋刑统▪断狱律》规定，翻异别推以三次为限，超过三次仍翻异者，不再别推。南宋以后，将其放宽到五推为限。

（三）理雪制度

1.实际上是上诉制度；

2.判决后，犯罪的家属如有不服可以直接进行上诉，称为“理雪”。

（四）检验制度完善化

司法活动中，宋朝重视适用口供、书证、物证、证人证言等各种证据，尤其注重法医检验和司法鉴定等调查取证。

①《宋会要辑稿》里面编制“检验篇”，也就是敕命中对刑事检验的规定；

②最能代表宋代刑事检验和法医学成果的就是宋慈的《洗冤集录》；

③不仅是中国历史上现存第一部法医学著作，也是世界第一部。

（五）务限制度

1.务，即指农业耕作；

2.务限制度，是宋朝时期，法律规定在农忙的时候限制民事诉讼的制度；

3.开务，也就是可以审理民事诉讼的时期，也叫“入务”“开务”；

4.凡影响农业生产和农业耕作的民事案件不能审理。

**第三节 宋朝民事法律规定**

一、继承法规

《宋刑统》在继续沿用唐朝继承制度的同时，为适应社会发展变化需要，专门增加了“户绝财产”“死商钱物”门，分别对一般财产继承、户绝财产继承、死亡客商财产继承做了详尽规定。

（一）户绝

宋朝因为封建商品经济的发展，出现了一种女子可以拥有继承权的继承法律规定。

1.指无男性继承人、即无嫡子、又无庶子、下至嫡孙、庶孙乃至养子、养孙均无。户绝财产继承分为法定继承和遗嘱继承两种；户绝财产除用于丧葬费外，全部由在室女继承；出嫁女职能获得的财产，其余没官；归宗女被休或无夫无子，在娘家居住的，与在室女待遇相同；

2.立继：丈夫去世，妻子、祖父母、父母可以依据宗族的规定，寡妻收养三岁以下男童，视为养子，有继承权，与亲生子无异；

3.命继：夫妻双亡，则丈夫所在宗族其亲兄弟、叔伯依据血缘亲属为本，为该户确立男性继承人，称为命继，但继承财产不得超过全部财产的。

（二）死亡客商财产继承

宋朝商业贸易发达，客商居于他乡，死于异地，其财产的处理较复杂。《宋刑统》新增“死商钱物”一门，准用唐及五代有关敕令规定：死商有父母、妻、子、兄弟、未嫁姊妹、为嫁女和亲侄等随行者，任其继承收管；无上述亲属相随，其钱物先由官府保管，待继承人确定后依数酬还；如无人继承，钱物充公。此外，客死在中国的外国商人的直系亲属，课认领其遗留的财产。

二、经济法规

随着商品经济的迅速发展，财政需要不断增加，宋朝的经济立法主要涉及禁榷、货币、市易、市舶条法等立法。

（一）专卖立法

专卖在宋朝成为禁榷，是国家对某些商品的生产或销售进行垄断经营的制度，分为全部专卖制与部分专卖制。前者是从生产到销售的全过程，包括“民营官卖”，统归国家独占经营；后者商人在国家直接控制下进行购买和销售。

1.除了盐、茶、酒等产品控制外，还有钒、香药、铁㛑、石炭（煤）醋等多种商品**。**

2.酒的专卖称为榷酤。

（二）对外贸易法规：“市舶条法”

两宋时期，海外贸易繁荣，带来丰厚利润。朝廷对此极为重视，除设置专门机构管理以外，还颁布大量单行法令，以调整海外贸易活动。元丰三年（1080年）制定《元丰市舶条》，又称《元丰广州市舶条法》，就是由一系列敕令、指挥等构成的调整海外贸易活动的专门法规。

北宋初期，在广州、杭州、明州等地设立市舶司。

**第十二章 元朝法律制度**

一、元朝的立法状况

1.《大扎撒》：是蒙古国第一部成文法典。

元建立以后，纷纷颁布制定了《至元新格》《大元通制》《至正条格》《元典章》。

2.《至元新格》：是元代建立后的第一部成文法,临时性的法律汇编。

3.《大元通制》：是元代最系统、最完整的法典，共2500条，主要三部分构成，制诏、条格、断例。

二、元朝法律制度的主要变化

1.蒙汉易法：①蒙古人；②色目人（西域、回回、西夏国人）；③汉人；④南人

2.司法机构的变化

①分为大宗正府、刑部、宣政院；

②大宗正府，即负责处理两都涉及蒙古人和色目人的案件；刑部，即两都以外的刑事、民事案件；

③宣政院，最为有特色的司法机构，主要掌管全国的佛教事务与僧侣诉讼。

三、元朝法律制度的特点

1.实行民族歧视和民族压迫

定罪量刑上的民族差别：

（1）民族分治、蒙汉异法；

（2）受理机关不同：大宗正府；

（3）刑罚适用不同；

（4）蒙古人犯罪一律不准拷掠；免刺字。

2.维护僧侣特权

（1）喇嘛教为国教；

① 拜八思巴为帝师，统领全国佛教与西藏地区的政教事务；

②帝师法旨在西土与皇帝诏敕并行

（2）僧侣犯罪一般不受法律制裁；

（3）对一切侵害僧侣人身的行为予以严惩。

3.维护农奴制残余

4.刑罚制度繁杂苛酷

（1）特殊的刑罚制度

①笞杖刑：以七为尾数十一等；

②徒刑：一至三年分为五等，每半年加杖17 ；

③流刑不定里数 ；

④凌迟成死刑常刑 ；

（2）保留本民族的习惯法：

①五刑之外设立黥、劓等肉刑；

②大量法外酷刑；

③允许私刑合法存在。

**第十二章 明朝法律制度**

**第一节 明朝的立法思想与立法状况**

一、明朝的立法思想

（一）“明刑弼教”的立法指导原则

依据《尚书•大禹谟》：“明于五刑，以弼五教，期于予治。”其中明，即严明；弼，指辅助、辅弼；教，指政治教化，具体表现“五教”。“明刑弼教”重点在“明刑”，为重点治国提供了依据，并且“明刑弼教”对封建法律的实施方法、发展方向以及发挥作用等诸方面影响巨大。“明刑弼教”是明代立法的重要原则。

（二）“重点治国”的司法指导思想

1.源自于西周时期，周公的思想理念“刑乱邦，用重典”。

2.重典治国还表现在重典治吏、重典治民。

3.法贵简当，使人易晓

二、明朝的立法活动

（一）《大明律》

《大明律》在编排体例上，适应了明朝废除宰相制度后，将中央政务分属六部的政治体制，改变了自《法经》起一直延续的法律体系，创立了六部分篇的新体例，体例上明显优于唐律，具体表现如下：

1.明律仿照元典章以中央行政六部分篇，开创了中国古代刑事法典编制体例上的一大变化；

2.唐律篇下直接列条，大明律仿宋刑统篇下分门，门下列条；

3.大明律条文少于唐律，文字通俗，用词精密，覆盖面远超唐律。

《大明律》历经三十年反复修改补充，扭转了元朝落后的立法习俗，重新确立了中华法系的立法传统，成为我国君主专制社会后期的一部具有代表性成文法典。

（二）《大明令》

1.洪武元年颁布，是明代第一部立法；

2.建社会最后一部令（典）；

3.封建历代中最简单的令之一（145条）；

4.积极性规范构成，较少涉及刑事处罚规范。

（三）《御制大诰》的颁行

《御制大诰》最能反映明代初年“治乱世用重典”的法律思想；它以判例形式出现，带有特别法性质的重刑法令，是律外之法；体例结构上由案例、法令、朱元璋训诫三部分组成。

《大诰》以残酷著称，内容庞杂，涉及了社会生活的方方面面，具有下述特点：

1.《大诰》中多律外酷刑；

2.《大诰》中设置了许多新的罪名。

3.对同一种犯罪，《大诰》的量刑比《大明律》重得多。

4.《大诰》的主要矛头是针对官吏，强调重点治吏。

5.《大诰》是中国法律史上空前普及的法规。

（四）《问刑条例》

1.明初制定的“条例”作用类似宋代的“格”；

①主要规定赏罚的等级与细则；

②一种临时性的单行法规，是律的补充与临时调整。

2.内容：

①充军条例；②死罪条例；③捕盗赏银条例

3.明中期孝宗，根据历代条例整理删定300条，按六部分类，规定为“常法”，称为《问刑条例》。《问刑条例》一直与《大明律》并行；至万历以后，又以条例附于律后，采用律例合编形式。这一做法也为后来的清律所沿用。

（五）《大明会典》

仿照《唐六典》体例编纂的一部行政法律汇编。明英宗时期，为了统一典章制度，使各衙门办事有所依据，开始仿照《唐六典》体例编修《大明会典》。

1.明代行政法规的汇编，体例上以官职分类；

2.记载各个行政机构的职能、演变以及相关的法律条文；

3.具有法规大全的性质。

4.篇幅180卷

（六）榜文

1.申明亭；2.旌善榜；3.惩恶榜

**第二节 明朝刑法内容的主要变化**

一、刑罚制度的变化

1.充军：名称出现于明代，实质宋代已经产生。

①充军：分为终身、永远；

②明初《大明律》附近、边远两个等级。《问刑条例》发展成附近、边卫、口外、沿海、边远、烟瘴、极边七个等级。

2.定罪量刑的变化

（清）刑部尚书薛允升《唐明律合编》“轻其所轻，重其所重”

①“轻其所轻”，此处“其”指唐律；“所轻”指唐律中的某些轻罪量刑本来就轻，明律中进一步减轻处罚。主要是指涉及风俗教化、典礼仪式、户婚田土等有关民事方面的轻罪，在《大明律》中量刑进一步减轻。

②“重其所重”，是指对封建统治危害比较大的犯罪**，**《大明律》进一步加重处罚。

3.“重其所重”体现在新的罪名的增加：

①“奸党”罪：②“上言大臣德政”罪

反映了明代君主专制集权进一步强化的趋势；民事、刑事逐步开始分化的趋势。

**第三节 明朝司法制度**

一、明朝司法机构的设置

中央司法机构是三个系统，分别是刑部、大理寺和都察院，合称“三法司”。但与唐宋中央司法体制不同的是，明朝以刑部掌审判，大理寺复核，都察院掌监督纠察。

（一）大理寺和刑部的职能正好颠倒

明代刑部远比唐代大理寺的权力要大。明代大理寺继承了唐代刑部的复核职能，修订法律和执行刑罚由刑部掌管。

（二）中央监察系统名称的变化

唐代中央监察系统分为御史台，下设台院、殿院、察院；而明代中央监察系统设立都察院，重心在监察地方官吏，其下设十三道御史。其中都察院之外专设“六科”，实际上是皇帝的特务机构。

（三）地方司法机构

申明亭是明代最低审级。是明代乡里一级的地方基层司法组织；越过申明亭而到县级法院告诉，称为越诉。

申明亭实际是明朝基层的司法调节机构。包括一般民事纠纷和轻微的刑事纠纷，处罚权限只有申斥、训诫。在基层的村口，悬挂“旌善榜”“惩恶榜”，用以昭示村内受惩罚和受奖励的人员名单。

（四）特务机构

明代司法制度的突出特点是“厂卫”干预司法。明代赋予特务机关有一定抓人、审判的权力,包括锦衣卫、东厂、西厂、内行厂，合称“厂卫”。

二、明朝诉讼审判制度

1.会审制度

会审的主要形式：

（1）朝审：规定每年霜降之后，中央三个司法机构刑部、大理寺、都察院的长官会同公、候、伯会审重囚（判决死刑的犯人）；

（2）大审：凡遇到丙年、辛年，司礼监太监一名会同三法司长官共同审录流刑、徒刑犯人。在中央由司礼太监、三法司共同参加；地方由布政使、巡按御史参加；

（3）热审：一种恤刑制度。夏季三伏天来临之前，对尚未结案判决的犯人抓紧结案。

**第四节 明朝民事法律法规**

一、明朝民事法规

（一）鱼鳞图册制度

1.是官府在丈量土地基础上制定的田亩清册。

①是中国封建社会建立的科学的土地赋税管理办法；

②清查土地，确立税制，买卖转移，皆须官府设籍登记。

2.内容：

①图册中详细登记了每块土地的编号、土地拥有者的姓名、土地亩数、四至以及土地等级；

②把每块土地形状绘制成图，仿佛鱼鳞一般，因此称“鱼鳞图册”。

3.作用：

①使赋税收入有了依据，同时使长期隐匿的土地重新归入政府控制；

②是当时土地纠纷争讼的重要司法依据

（二）黄册

1.赋役黄册又称明代黄册，是明代国家为核实户口、征调赋役而制成的户口版籍；

2.按从事职业，划定户籍，主要分为民、军、匠三大类；

3.黄册与鱼鳞图册一起，是明代各级政府征税派役的基本依据。

**第十三章 清朝法律制度（1636-1840）**

**第一节 清朝前期法律制度**

一、清朝初期的主要立法及特点

（一）《大清例律》

清朝主要法典，由律和例两部分组成，清代出现共修订三次。包括：

1.顺治二年的《大清律集解附例》（1646），这是清朝通行全国的第一部成文法典，其体例、内容基本是《大明律》的翻版；

2.雍正五年《大清律集解》（1728），这是清朝颁行全国的第二部成文法典；

3.乾隆五年的《大清律例》（1740），这是清朝颁行全国的一部比较系统完备的成文法典。

（二）律例并举，以例为主

清朝的例广义上包括条例、则例和事例；狭义上专指条例。

3.《大清会典》

是清朝规范国家机关组织和各级官吏活动，提高行政管理效率，加强君主专制统治的行政法律规范及其响应事例的汇编。

二、少数民族立法

1.蒙古族：《蒙古律》《蒙古律例》《理藩院则例》。

2.西北回族、维吾尔族、藏族：《西宁番子治罪条例》《回疆则例》《钦定西藏章程》。

3.西南苗、傣、彝：《苗犯处分例》

4.清政府对蒙古地区和西藏地区最为重视。主要立法有：《理藩院则例》《蒙古律例》《钦定西藏章程》

5.法律上确认西藏地位的是乾隆年间颁布制定的《钦定西藏章程》

确认了清朝政府对于西藏的国家主权，规定了中央派驻藏大臣与达赖、班禅共同处理西藏事务，驻藏大臣有最终裁决权。

**第二节 清朝司法制度**

1. 中央司法机构

清朝中央司法机构是“三法司”，由刑部、大理寺、都察院组成。

二、特殊司法机构

清朝中央设立理藩院管理少数民族事务的中央机关，主要管理西藏、内外蒙古和回疆事务及其刑、民诉讼。该地区的死刑案件必须报理藩院、由理藩院和三法司复审。

三、地方司法机构

清朝地方司法机构的权力统一归总督、巡抚。清朝地方司法体制为省督抚、省按察司、府、县（厅、州）四审级。

1.县（厅、州）为第一审级。

2.府（直隶厅、州）为第二审级。

3.省按察司为第三审级。

4.总督、巡抚为第四审级。

四、秋审制度

1.清代死刑的程序是中国古代最完善的。

2.死刑由各省判决后，分为立决、监候两大类。

①监候，即是监候收监，集中上报刑部；

②立决，对于属于罪大恶极的犯罪，应该马上处决，报请刑部、大理寺复查，奏报皇帝用红笔批准勾决，不等秋审；

③立决分为绞立决、斩立决、凌迟（不待秋审）；

④监候可分为绞监候、斩监候（等待秋审）。

3.秋审制度针对死刑监候案件而言，也是中国古代慎狱恤刑司法制度的体现。

4.清代秋审制度是明代朝审制度的继续和发展。

5.秋审制度依据其管辖范围分为秋审、朝审。

①秋审指中央司法机构对负责各省的死刑监候犯人的复审；

②朝审指中央司法机构对负责京师地区的死刑监候犯人的复审；

③秋审拟定每年大概半年的时间处理这一过程，刑部专设秋审部；

④秋审大典是秋审制度的一个环节，一个秋审结束时的仪式，只有一两天。

六、监候人犯的分类

1.情实：指涉嫌犯人的罪情确实，应该处死，红笔勾决；

2.缓决：指涉嫌的犯人罪情较轻，留待明年秋审再审，三次缓决，可以免死，改为发遣为奴，充军等；

3.可矜：指涉嫌犯人的罪情最轻的，情有可原，当时就改为流刑；

4.留养：实际并不是罪轻，而是有特殊情况需要考虑，因循中国古代传统法律制度的存留养亲制度，是古代儒家法律思想的体现。

**第十四章 晚清法律制度（1840-1912）**

**第一节 清末预备立宪**

一、预备立宪的背景

（一）背景

预备立宪是中国近代建立宪政制度的一次尝试。

1.经历了两次鸦片战争和太平天国运动， 清政府内外交困；

2.甲午战争失败宣告洋务运动的破产，标志清政府经济体制改革失败；

3.康有为、梁启超为代表的资产阶级维新运动发展；戊戌变法失败，宣告了中国的根本问题在于政治体制。

4.八国联军入侵北京，慈禧太后带领光绪帝一路西逃并反思，于是做出决定；

①决定“预约变法”

②两江总督刘坤一、湖广总督张之洞“江楚会奏三疏”具有代表性，成为晚清最后十年新政的纲领。

5.1901年晚清政府决定实施“新政”；1904年在中国东北爆发日俄战争，日本政府战胜，使得清政府认为是日本的政治体制优越于俄国的体制，遂应效仿日本；

6.1905年，内外交困以及朝野立宪派的请求下，清廷决定派遣五大臣出国考察。五大臣游历了欧美、日本等十四个国家，开阔了视野，认识到了专制封闭式中国落后的主要原因。载泽在《奏请宣布立宪密折》指出，实行君主立宪政体有三大利“皇位永固”“外患减轻”“内乱可弭”，激励清廷实行立宪**。**

（二）实施预备立宪

1.1906年，清廷发布上谕，《宣示预备立宪谕》，决定在中国仿行西方政治制度，拉开了清末预备立宪和中国政治制度近代化的开端；

2.清政府宣布“预备立宪”后，政治体制改革纳入改革的轨道；

3.新政的内容包括：军制改革、法制改革、教育改革、倡兴实业、政治改革等内容。

二、清末预备立宪的主要活动

1.颁布《钦定宪法大纲》；

2.筹备和建立谘议局、资政院；

3.公布《重大十九信条》。

（一）《钦定宪法大纲》的颁布

1.1906、1907年改革中央和地方的官制

这次官制改革，丝毫没有触动清廷专制统治的实质，只是进一步加深了满洲贵族和汉族地主官僚之间的对立，加剧了清廷的统治危机。

2.1908年《钦定宪法大纲》

1908年8月27日（光绪三十年八月一日），迫于内外政治压力，清廷颁布由宪政编查馆和资政院制定的《钦定宪法大纲》23条。

①是中国历史上第一部宪法性文件，是历史的一大进步；

②由宪政编查馆起草，皇帝批准，非国会通过，不具有宪法效力；

③对未来宪法规定了具有约束力的框架。

3.《钦定宪法大纲》

从内容到形式的重心在于维护君权，重君权、轻民权，其具体内容如下：

①《钦定宪法大纲》共23条。内容分正文“君上大权”、附录“臣民权利和义务”两部分。

②皇帝全面掌控国家权力。

③作为附则的“臣民权利义务”9条，重心是纳税、当兵及遵守法律等义务；至于权利和自由的规定，则附加有诸多限制。

4.《钦定宪法大纲》的历史进步性

①《钦定宪法大纲》是中国历史上第一部宪法性文件，开创了中国近代的君主立宪政体。

②在一定程度上，对漫无边际的君主权力进行了限制，体现了君主立宪国家的有限君权原则。

③中国历史上第一次以法律形式规定了民众的自由与权利，具有进步意义。

（二）谘议局和资政院的设立

谘议局和资政院是晚清效仿西方的议会制度而设立的机构。谘议局相当于地方议会；资政院相当于国会。

（三）《宪法重大信条十九条》（《重大十九信条》）

“十九信条”是在革命形势处于高涨时起，清廷面临内外压力的情况下制定的，与《钦定宪法大纲》相比，在内容和形式上都有很大不同。它采用英国式“虚君共和”的责任内阁制，对皇权做了较多的限制，同时扩大了国会（资政院）的权力。

1911年10月底，鉴于全国辛亥革命的爆发，以及全国反清廷皇族内阁的形势高涨，张绍曾“滦州兵谏”，并提出“请愿意见政纲十二条”。具体要求如下：

①要求：年内速开国会、起草宪法、组织责任内阁、皇族不得出任内阁大臣、皇帝权力转移至国会和内阁，特赦政治犯等；

②11月颁布《宪法重大信条十九条》。与《钦定宪法大纲》相比，在形式和内容上都有很大不同。它采用英国式“虚君共和”的责任内阁制，对皇权做了较多的限制，扩大了国会（资政院）的权力。“十九信条”的制定和颁布，是清末预备立宪的最高成就。但也无法改变清末预备立宪的本质，未能挽救清廷的统治。

**第二节 晚清立法改革**

一、修律的背景和指导思想

修律的根本原因，是为适应社会经济结构和阶级结构的变化，调整新的社会关系，以保护地主官僚买办和外国侵略者的利益。同时，西方列强有条件放弃领事裁判权的虚假承诺，也是促成清廷决定修律的一个重要原因。

1.清末立法改革是预备立宪的一部分；

2.清政府为了获得领事裁判权；

3.修律目的是中外通行、有稗治理。

二、清末修律的主要内容

修订法律馆修订刑法；而商部负责修订商事单行法规。沈家本提出，历法改革“各法之中尤以刑法为切要”，因此率先对刑律进行修订。

1.《大清现行律例》的特点

《大清现行律例》是《钦定大清刑律》正式颁布以前，由沈家本等人根据《大清律例》删定而成的一部过渡性法典。其主要内容特点是：

第一,删除六律总目，取消吏、户、礼、兵、刑、工六篇律目。

第二,初步区分刑民。

第三,改革刑罚制度。

第四,删除过时条款。

第五,增加些新罪名。

第六,仍旧保留“十恶”的内容，并放在律首，处以重刑。可见本质上《大清现行律例》仍旧是一部封建法典。

2.《钦定大清刑律》（《大清新刑律》）（1906-1907）的修订

《钦定大清刑律》是在沈家本的主持下，聘请人本法学家冈田朝太郎等人起草的一部新刑法典。由于它采用了近代资产阶级的刑法原则和刑法体例，因而是旧中国制定的第一部近代意义专门刑法典。法典修订期间涉及争论较为激烈的“礼法之争”**。**以沈家本为代表的法理派与以张之洞为代表的礼教派关于是否遵循中国传统法律制度中的伦理性的规范内容展开了积累的争论。

3.《钦定大清刑律》（《大清新刑律》）的特点

①打破了原来诸法合体的体例。

中国历史上第一部专门的刑法典，标志着中国近代法律基础的奠定。

②采用了西方近代刑法体系，把刑罚分为主刑、从刑。

③引进西方的刑法原则、术语、制度。

④调整一系列罪名。

⑤删除八议、请、减、赎、十恶、存留养亲等封建法律内容。保留了一些维护封建君主专制统治和传统礼教精神的刑法内容，这些内容主要体现在《暂行章程》的规则中。

4.其他法律规范

1903年，颁民事商事布单行法规：《公司律》《破产律》《商人通例》《商标注册试办章程》《银行通则条例》；

1906年，颁布《大清刑事民事诉讼法草案》；

1909年，颁布《大清商律草案》，由修订法律馆日本法学家志田钾太郎起草，内容包括总则、商行为、公司法、票据法、海船法5编，共计1008条，是中国第一部比较完备的商法典草案；

1911年，颁布《大清刑事诉讼律草案》《大清民事诉讼律草案》《法院编制法》《大清民律草案》。

6.《大清民律草案》（1907-1911）

①综合背景

中国古代没有专门民法典。光绪三十三年（1907年），在民政大臣善耆和宪政编查馆大臣亦劻的奏请下，清廷开始组织人力，同时聘请日本法学家起草民法典。宣统三年八月（1911年9月），《大清民律草案》完成。其体系主要参考1900年德国民法典，结合中国传统法律的部分内容，包括总则、债权、物权、亲属、继承，共57编37章1569条。其中前三编由日本法学家起草，后两编由修订法律馆会同礼学馆起草。这是中国历史上第一部专门的民法典草案，但未能正式版布实施。

②指导思想：“模范列强”“固守国粹”

③主要内容

第一编总则（8章）分别是法例、人、法人、物、法律行为、期间及期日、时效、权利之行使和担保。

第二编债权（8章）分别是通则、契约、广告、发行指示券、发行无记名证券、管理事务、不当得利和侵权行为。

第三编物权（7章）分别是通则、所有权、地上权、永佃权、地役权、担保物权和占有。

第四编亲属（7章）分别是通则、家制、婚姻、亲子、监护、亲属会和抚养之义务。

第五编继承（6章）分别是通则、继承、遗嘱、特留财产、无人继承之继承、债权人或受遗人之权利。

从内容上看，《大清民律草案》前三编采取了西方近代资产阶级民法的基本体系和主要原则，后两编吸收了中国传统礼教民俗的部分内容。这也是立法过程中“立法之争”的反应。

④主要特点：“模范列强”“固守国粹”，反映了立法过程中“礼法之争”。

⑤评价：旨在编订出“大清民律草案，注重世界最普遍之原则，原本后出最精确之法理”；“求最适合于中国民情之法”，即保留中国传统的东西；在后两编中仍沿续封建礼制的内容，呈现出资本主义和封建主义交叉混杂的特征中国历史上第一部专门的民法典草案，但未能正式颁布实施。

**第三节 清末司法制度的变革**

清末司法变革实在帝国主义列强的威胁之下，清政府既有被动之变革，又有清政府主动寻求之变革。

一、领事裁判权的定义与影响

1.领事裁判权（治外法权），指凡在中国享有刑事裁判权的国家，该国在华侨民一旦成为民事诉讼或刑事诉讼的被告，中国法庭无权裁判，只能由该国驻华领事按照该国的法律进行裁判。

①实质：因不平等条约而确立的享有国单方面的特权，建立在不平等的国家间关系基础之上，是治外法权的畸形发展。

②影响：清末司法制度半殖民地化的主要标志。

二、领事裁判权的延伸

主要表现为观审制度、会审公廨。

1.目的：满足外国领事插手华洋混合案件中外国侨民作为原告的案件。

2.观审是在1858年 《天津条约》中首次提出，规定各国侨民一旦与中国人发生诉讼，原告方可先告知本国官员，再到对方官员处告诉，如果无法调节处理，双方官员可以会同查明，“公议察夺”，双方秉公商议定夺。

三、会审公廨

清朝地方政府设在租界内审理华洋混合案件的审判机关，实际上由外国人控制，是领事裁判权的扩大和延伸，是领事裁判权在租界内的一种特殊表现形式，危害超过观审制度。

四、领事裁判权的影响

1.中国丧失了司法主权，加深了中国社会的半殖民地化；

2.中国的民族工商业遭到很大损失；

3.造成中国人司法诉讼的不便；

4.加剧了中外之间以及中国人之间的对立情绪；

5.客观上间接帮足了中国资产阶级改良与革命运动，加速了清政府灭亡。

五、晚清司法制度改革

1.改刑部为法部

2.改大理寺为大理院

七、诉讼审判制度

1906年颁布《大清刑事民事诉讼草案》；1907年颁布《各级审判厅试办章程》

1.第一次对民事、刑事做出了区分；

2.大理院及所属法院要分设立刑事厅、民事厅；

3.讼程序分为刑事公诉程序、民事自诉程序；

4.设立代理制度、保释制度、诉讼费用制度；

5.审判制度规定了公开审判、陪审制度、辩护制度、法官回避制度。

八、清末法制变革的意义

1.晚清修律创立了诸法分立的法律体系；

2.在内容上移植了西方资产阶级的法律，吸纳了资产阶级的法律原则，建立了资产阶级的法律制度。

3.体上破坏了固有的中华法系，使中国法律开始和世界先进法律的发展接轨，是中国法制近代化的重要阶段。

4.虽然晚清修律由于清朝的覆亡而未能全部实施，但却为中华民族法制的发展，奠定了重要的历史基础。

**第十五章 民国时期的法律制度（1912-1947）**

**第一节 南京临时政府时期的法律制度**

一、《临时政府组织大纲》

1.特点

《临时政府组织大纲》是为筹建新的中央临时政府而起草的一份纲领性文件，产生于武昌起义之后，中华民国成立之前。

①实行总统制政府体制（因人而异）；

②实行两权分立；临时中央审判所行使司法权，作为专门的司法机关，体现了审判权与行政权的分离。

③采取一院制的议会制度。

二、《中华民国临时约法》

《中华民国临时约法》是南京临时政府公布的一部具有临时宪法性质的法律文件。

1.内容:

（一）国体问题

（二）政体问题

（三）国家版图

（四）规定了人民的权利和义务

（五）保护私有产业和民族工商业

（六）《临时约法》的性质与评价

①《临时约法》以根本法的形式向国外庄严宣告资产阶级民主共和制度在中国的建立，否定了君主专制制度。

②《临时约法》肯定了资产阶级民主自由原则。

③《临时约法》也存在严重的额缺陷。其一未提出反对帝国主义的原则；其二未提出彻底反对封建主义的原则。

二、南京临时政府的司法制度

1.中央审判所、四级三审制。

2.《法官考试条例》、法官终身制。

3.律师制度

①“中华民国律师总工会”；审讯案件禁止刑讯逼供；实施公开审判制度、陪审制度。

**第二节 北洋政府时期的法律制度**

一、北洋政府的制宪活动

（一）“天坛宪草”

①继续肯定责任内阁制；②继续扩大国会的权力；③严格限制总统任期。

（二）“袁记约法”

①消责任内阁制，实施总统制，赋予总统极大权力；

②国会两院制，代之以立法院、参政院；

③《中华民国约法》是对历史的反动，以根本大法的形式否定了原临时约法所确立的资产阶级民主共和制度，标志着袁世凯的独裁初步形成。

（三）“1923年宪法”

《中华民国宪法》是中国历史上第一部正式宪法。

①实行责任内阁制，限制总统权力；

②明确中央、地方分权，确定地方自治制度；

③强调民主共和体。

二、北洋政府时期的立法活动的特点

1.大量援用清末法律，适用特别法；

2.频繁的制宪活动，颁布了众多单行法规；

3.编订了大量的判例和解释例；

4.基本形成近代法律体系。

三、北洋政府司法制度

（一）司法机关体系

1.普通法院

根据1915年公布的《法院编制法》，全国普通法院分为四级：北京设全国最高审判机关大理院，各地方设高等审判厅、地方审判厅和初级审判厅；同时分设相应的四级检察厅。

2.兼理司法衙门

实际是中国古代长期实行的地方行政权与司法权合一传统的延续，是司法制度的倒退。

3.特别法院

特别法院是相对普通法院而言，主要指包括陆军和海军在内的军事审判机关。

4.平政院

平政院成立于1914年，是专门审理行政诉讼案件的法院。

**第三节 南京国民政府时期的法律制度**

一、六法全书

《六法全书》有狭义和广义之分，狭义的六法全书，原指国民党政府制定的“宪法”“刑法”“民法”“商法”“刑事诉讼法”“民事诉讼法”的六法。广义的六法全书则包括了以上六大法典为主的国民党政府的所有法律。

国民党《六法全书》的立法框架，属典型的“大陆法系”的成文法典，不过其主要的特点之一，是实行民商分立的体例。其名称来源于《日本六法全书》。南京国民政府法律体系主要包括不成文法和以“六法”为代表的的成文法**。**1926年6月，国民党中央政治会议采用“民商合一”原则，用行政法补足（考绩法、惩戒法、国籍法、户籍法、戒严法、兵役法、税法、审计法、商标法）。同时，1932年颁布《法院组织法》，视为“新六法”。

二、立宪活动

南京国民政府时期的制宪活动主要涉及有：1928年《训政纲领》，1931年《训政时期约法》；1936年《中华民国宪法草案》以及1947年 《中华民国宪法》。