

敦

DUNHUANG FALUN

煌 法论

敦煌法津文献宏富精深，弥足珍贵。它让我们感知隐于中华法系制度背后鲜活博大、幽微精妙、圆融兼备的传统法文化底蕴。尤使我们在云遮雾障的历史中穿越智识的长河，于悠悠心会中提供一种久远的深度与返照。

王斐弘 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

敦煌

DUNHUANG FALUN

法论

王斐弘 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

敦煌法论 / 王斐弘著. —北京:法律出版社 2008.3

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8398 - 5

I. 敦… II. 王… III. 法律—文献—研究—中国—古代
IV. D929.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 050871 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/卫蓓蓓

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/对外合作出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/8 字数/186 千

版本/2008 年 3 月第 1 版

印次/2008 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8398 - 5

定价:21.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

自序

寄寓尘世,在人海航行,如果说幸福是鸟儿的鸣叫,那么痛苦则像大海的波涛汹涌。这简单的言说一如佛语“一花一世界,一沙一天堂”般省净。按叔本华的话讲:“快乐常不是我们所希望的快乐,而痛苦则远远超过我们所预计的痛苦。”那么,人世究竟有没有纯净的幸福?难道“除以受苦为生活的直接目的之外,人生就没有什么目的可言?”(叔本华语)寻寻觅觅。接引初机,是在读笛卡尔的《探求真理的指导原则》中近乎宣谕、不容拟议的断言:研究科学,“这几乎是人生中唯一不搀杂质的幸福,唯一不受任何痛苦惊扰的幸福。”石破天惊啊!

与其说我们在研究中贡献了微不足道的智思,毋宁说我们被研究的对象成就甚或拯救。

选择学术,就是选择一种宁静的生活方式。如今,不再耐得住寂寞的学术场域,有点像被纷至沓来、熙熙攘攘的游客搅扰甚至污染了的神山圣水。守望者顿失家园。但无论怎样,真的学术,依然是一种忠于心灵的事业,一种永远不会被玷污的净土上的耕耘,一种用心灵的目光审视事物的诚爱生智。笛卡尔还说:

应该把心灵的目光全部转向十分细小而且极为容易的事物,长久加以审视,使我们最终习惯于清清楚楚、一目了然地直观事物。

顺着一次机缘,在一年冬天的漫天雪花中,在敦煌的故土甘肃,我尝试摒弃喧嚣与浮躁,悄然走进一片陌生但充满期待的疆域——敦煌法律文献的沃土,对她们开始“长久加以审视”,试启尘封已久的史料,以自己的言说,在法史的一隅,能“使我们最终习惯于清清楚楚、一目了然地直观事物”。

敦煌学早已成为国际显学。经百余年的发展,敦煌学研究的领域几乎涉及人文学科及相关学科各个领域。一代又一代的中外敦煌学者开拓性、奠基性、原创性的研究可谓筚路蓝缕、呕心沥血,先贤们树立的学术丰碑永恒地为后来者导航。

作为敦煌学重要内容之一的法律文献的研究,长期以来,以史学界为主,主要停留在校补、考证、笺释、还原法制文书,汇集数据阶段。从纯法学的视角进行研究的成果少之又少。范忠信教授在《法律史研究的“文化解释”使命——兼论传统法律史研究的局限性》一文中,将我国近一百年的法律史学研究分为三种路径:第一种是事实描述型;第二种是功能价值评说型;第三种是文化分析型。如按此解,即使有从法学视角进行研究的敦煌法律文献的成果,也大多是一种事实

描述型,或者最多也就是一种功能价值评说型,鲜见文化分析型成果。

陈寅恪先生在论述敦煌文书时讲:

一时代之学术,必有其新材料与新问题。取用此材料,以研求问题,则为此时代学术之新潮流。治学之士,得预期于此潮流者,谓之预流(借用佛教初果之名)。其未得预者,谓之未入流。此古今学术之通义,非彼闭门造车之徒,所能同喻者也。

按照陈寅恪先生的论断,我们研究的敦煌法律文献早已不是新材料了,但它是否还是法史研究历久弥新的新问题呢?是否舍此二者,在中国法史学语境下就是一种“不入流”呢?如果按照尼采倡言的“没有任何东西是合理的,一切都容许做”,是否能孕育和生发不竭的学术活力之源呢?

之所以将事实上的“敦煌法律文献专题研究”命名为《敦煌法论》,其一,取其简洁;其二,便于识记;还有一个原因就是有点为敦煌学分支的敦煌法学正名的意味。至于本书中的内容,已在其中,无需复述,尚请方家法眼教正。

是为序。

王斐弘

2007年12月·杭州半隐庐

目录 Contents

辉煌与印证:敦煌《文明判集残卷》研究 / 1

一、导言 / 2

二、对《文明判集残卷》中个案的解构 / 2

三、《文明判集残卷》这一文明碎片所折射的中华法系的法律特征 / 50

四、渐进、徘徊与递变:以《文明判集残卷》为轴点的纵横求索 / 54

五、返照与昭示:《文明判集残卷》给予当代中国法律制度的启示 / 64

敦煌写本《神龙散颁刑部格残卷》研究

——唐格的源流与递变新论 / 67

一、《神龙散颁刑部格残卷》在唐代法律体系中的位阶、性质及其价值 / 68

二、《神龙散颁刑部格残卷》与《唐律疏议》的比较与解构 / 75

三、唐格的源流与递变 / 83

敦煌出土放妻文书再研究 / 90

一、敦煌所出七件“放妻书”文本释录 / 91

二、“放妻书”的功用及其价值 / 110

三、“放妻书”的法文化意蕴 / 117

四、余论 / 130

敦煌法论

敦煌写本《开元户部格残卷》探微 / 136

一、《开元户部格残卷》涉及问题的甄别与厘定 / 137

二、对《开元户部格残卷》的文本解读和多视角的文化
分析 / 141

三、余论 / 172

中国传统法文化中的情理法辨析

——以敦煌吐鲁番唐代法制文献为例 / 174

一、情为何物 / 176

二、理有何维 / 186

三、法又何大 / 197

四、简短的结语 / 212

附录一 文明判集残卷 / 214

附录二 神龙散颁刑部格残卷 / 230

附录三 敦煌出土放妻文书样式 / 236

附录四 开元户部格残卷 / 243

后记 / 247

辉煌与印证：敦煌《文明判集残卷》研究

摘 要 敦煌文献《文明判集残卷》精深宏富，弥足珍贵。它以洞烛幽微的方式，使我们在解构作为裁判载体的唐代法律文书本身的结构格式、辞章、共同特点的同时，还为我们以史为经对法律文书的递变做纵向研究支撑起无法替代的历史平台。它以其格调庄严、简约有致的风格，博大的哲学理念，鲜活的法、理、情的和谐统一，让我们在识见中华法系中的法文化、法意识和法律制度之际，惊叹中西一流智慧的殊途同归：“活法”的惊人映照！它，尤使我们在云遮雾障的历史中穿越智识的长河，于悠悠心会中提供一种久远的深度与返照。

一、导言

我现在已无法用言语重现我初次读到《文明判集残卷》时的那种震撼了。时光的流逝,使我在渐趋沉静中酝酿出无法抑制的解构残卷的深切渴望。它的博大精深,令人高山仰止。遥想“是时中国强盛,自安远门西尽唐境凡万二千里,阊阖相望,桑麻翳野,天下称富庶者无如陇右”^{〔1〕}的兴盛与壮观,感慨系之。透过《文明判集残卷》这一文献,仰视人类文明之河源头的高处,惊叹古人的智慧如此高屋建瓴、无与伦比。西部之西的猎猎大风,它永恒的劲吹已历经秦时月、汉时关、晚唐的砧声,一直吹拂到今天。丝绸古道的驼铃离我们渐去渐远,而敦煌文献中的奇葩《文明判集残卷》在案头静静绽放,多少个青灯黄卷的静夜依然浑圆我们的梦境,让我们于无声处倾听历史经久不息的回声。

二、对《文明判集残卷》中个案的解构

称《文明判集残卷》是敦煌文献中的奇葩,当不过誉。我认为,它有六奇:一是奇在它是卷帙浩繁的敦煌文献中唯一的司法拟判案例集解;二是奇在它为我们研究唐代的法律文书的结构与特点提供了不可多得的范本;三是奇在它再现了中古时期广阔的社会生活图景,反映了当时的立法、司法与执法理念,折射出法意识与法传统结构;四是奇在它同时为中国传统法律研究的某些“通论”找到了检视与批判的根据,为中华法系的承接与沿革,为现代法律制度所依赖的“土壤”的研究找到了另一活水源头;五是奇在它惊人地映照了人类最高之法;法外之法“活法”的全部要素,与西方法律制度殊途同归;六是奇在它演

〔1〕 司马光:《资治通鉴·唐纪三十二》,岳麓书社1990年版,第859页。

化法、情、理于一体,将有限之法提升到无限之法,为当代的司法实务与判解研究给予了活力四射的启迪。

(一)拟制案例的引证与分析

敦煌学在其百年发展的辉煌历程中,一代又一代的中外敦煌学者开拓性、奠基性、原创性的研究可谓筚路蓝缕、呕心沥血,他们树立的学术丰碑永恒地为后来者导航。先贤们探索性的足迹,是敦煌学得以鼎盛的原因之一。但,毋庸讳言的是在一片兴盛的背后,至少在敦煌法制文献的研究领域,在研究方法与视野上,“仍主要停留在校补、考证、笺释、还原法制文书,汇集数据阶段,尚没有对敦煌法制文书反映的思想内涵及其价值取向作进一步抽象地理性思维研究。”“大多数学者主要从史学角度对法制文书进行探讨,而从法学的角度对其审视研究的论著较少。”^{〔1〕}进一步讲,对敦煌法律文献本身的特点以法学本身的方法加以解构的少之又少,且浅而寡要,辩而无当,未能振叶以寻根,观澜而索源。对这么珍贵的文化遗产,开掘得不够精细、不够专业、不够高屋建瓴,殊胜可惜。

需要说明的是,本文将《文明判集残卷》中的十九件拟判案例中主要案例一一引出,以使我们领略原作那“字字超群,句句脱俗,款款合律,言语紧切,事理贯串”^{〔2〕}的淳美风貌,对其余的判例以文中论述的需要加以引用。

〔1〕 陈永胜:《敦煌吐鲁番法制文书研究》,甘肃人民出版社2000年版,第14页。

〔2〕 肖曹:《肖曹遗笔》(明代刻本)。转引自王斐弘主编:《法律文书学》,甘肃人民出版社2000年版,第15页。

拟判案例之一：“之一”为本文所加。前面数字，为原文献行数。

下同)

- 20 奉判：秦鸾母患在床，家贫无以追福。人子情重，为计无从，
遂乃行盗
- 21 取资，以为斋像。实为孝子，准盗法合推绳。取舍二途，若为
科结？
- 22 秦鸾母患，久缠床枕。至诚惶灼，惧舍慈颜，遂乃托志二乘，
希销八难；驰
- 23 心四部，庶免三灾。但家道先贫，素无资产，有心不遂，追恨
曾深。乃舍彼固
- 24 穷，行斯滥窃。辄亏公宪，敬顺私心。取梁上之资，为膝下之
福。今若偷财
- 25 造佛，盗物设斋，即得着彼孝名，成斯果业，此即斋为盗本，佛
是罪
- 26 根，假贼成功，因赃致福，便恐人人规未来之果，家家求至孝
之名，侧镜此
- 27 途，深乖至理。据理全非孝道，准法自有刑名。行盗理合计
赃，定罪须知多
- 28 少，少既无匹数，不可悬科，更问盗贼，待至量断。^{〔1〕}

在这一拟制判例中，“秦鸾”（拟用的古人名）母亲久病在床，由于“家贫无以追福”，但“人子情重，为计无从”之下，“遂乃行盗取资”。这就使“实为孝子”的孝行与盗窃行为应受法律制裁二者之间发生了冲突，如何取舍？制判者先假定“今若偷财造佛，盗物设斋，即得着彼

〔1〕 敦煌文献：《文明判集残卷》，第20～28行。

孝名,成斯果业,此即斋为盗本,佛是罪根,假贼成功,因赃致福”,那么就会造成“便恐人人规未来之果,家家求至孝之名”的恶劣后果。因此,“侧镜此途,深乖至理”,进而得出了“据理全非孝道,准法自有刑名”的判断。这一案例成功的界分了尽孝这一人子情分虽动机为孝,但采用盗窃的手段的违法,导致结果的违法,在情法冲突中不容置疑地维护了法律的尊严,堪称典范。

拟判案例之二:

- 29 奉判:石崇殷富,原究家贫。崇乃用钱百文,雇宪涛井。井崩压宪致死,崇乃
- 30 不告官司,惶惧之间,遂弃宪尸于青门外。武侯巡检,捉得崇送官司,请断。
- 31 原究家途窘迫,特异常伦,饮啄无数粒之资,栖息乏一枝之分。遂乃佣身取
- 32 给,肆力求资。两自相贪,遂令拘井。面欣断当,心悦交关,入井求钱,明非抑遣。宪
- 33 乃井崩被压,因而致殁。死状虽关崇言,命(丧)实堪伤痛。自可告诸(邻)里,请以
- 34 官司,具彼雇由,申兹死状。岂得弃尸荒野,致犯汤罗。眷彼无情,理难逃责。遂
- 35 使恹恹朽质,望坟墓而无依;眇眇孤魂,仰灵楸其何托。武侯职当巡察,
- 36 志在奉公。执崇虽复送官,仍恐未穷由绪。直云压死,死状难明,空道弃尸,
- 37 尸仍未检。检尸必无他损,推压复有根由,状实方可科辜,事

疑无容断罪。宜

38 堪问得实,待实量科。^{〔1〕}

在这寥寥三百余字的拟判案例中,不但将案情的前因后果、来龙去脉讲得非常清楚,而且将当事人的法律责任分析得极其透彻,且将法、情、理融为一体,实在让人叹为观止。在这一案件中,一富一贫的两个自然人之间,各为所需,经“面欣断当,心悦交关”,一致达成了“崇乃用钱百文,雇宪涛井”雇佣协议,产生了雇佣关系。在履行协议的过程中,却发生了“井崩压宪致死”的结果。对这一结果,制判者认为,原宪应当预见到“入井求钱,明非抑遣”的后果,但由于“原宪家途窘迫,特异常伦”,竟到了“饮啄无数粒之资,栖息乏一枝之分”的地步,不得已,“遂乃佣身取给,肆力求资”。尽管如此,对原宪的死亡,制判者表现出了极大的同情:“命(丧)实堪伤痛”,“遂使恂恂朽质,望坟塋而无依;眇眇孤魂,仰灵椁其何托”!判词情真意切。在对雇主石崇的责任分析上,更加入情人理。按照当时的法律,对原宪的死雇主石崇本来不负法律责任,但由于石崇既未将雇由和死状“告诸(邻)里”,尤其又未“请以官司”,而在“惶惧之间”“弃尸荒野”。按照《唐律疏议》卷十八《贼盗律》“残害死尸”条:“诸残害死尸及弃尸水中者,各减斗杀罪一等”的规定,遂认为石崇“致犯汤罗”。即使在情理上,石崇弃尸荒野的行为亦属“眷彼无情”,因之“理难逃责”。但是且慢,案情分析到这一步,并未轻率下判,而是在肯定了“武侯职当巡察,志在奉公”的同时,进一步指出单凭石崇一面之词:“直云压死”的口供,还不足以定案。因为“尸仍未检”,“死状难明”。还应通过尸检后,只有证明原宪的死亡不是由于其他致害原因造成的话,才能得出原宪是

〔1〕 敦煌文献:《文明判集残卷》,第29~38行。

由于井崩压死“复有根由”。由此顺理成章地推理出了两条震古烁今的“状实方可科辜,事疑无容断罪”的法律原则。这就是“重证据,不轻信口供”的现代刑事证据原则;再就是被奉为现代法制圭臬的“疑罪从无”的刑罚处断原则。这么重要的原则竟在唐代就已经衍生出来了,^[1]真是石破天惊!

而“宜堪问得实,待实量科”的做法,一方面充分体现了我国古代裁断案件时的审慎以及重视证据的法律理念;另一方面,还为我们反驳动辄给古代司法制度套以“封建”的标签进而妄语草菅人命的结论提供了有力的佐证。

拟判案例之三:

- 38 奉判:雍州申称地狭,少地者三万三千
39 户,全无地者五千五百人。每经申请,无地可给,即欲就迁宽
乡,百姓
40 情又不愿。其人并是白丁、卫士,身役不轻。若为分给,使得
安稳?又,前折冲
41 赵孝信妻张,有安昌郡告身。其夫犯奸除名,主爵追妻告身。
42 张云:夫主行奸,元不知委,不服夺告身事。
43 用天地分,今古共遵。南亩东阡,贵贱同美。雍州申称地狭,
百姓口分不
44 充。请上之理虽勤,抚下之方未足。但陆海殷盛,是号皇居;
长安厥田,旧
45 称负壤。至如白丁、卫士,咸曰王臣,无地少田,并皆申请。

[1] 追本溯源,我国早在《周礼》中就有了“疑则从赦”的规定。我们在惊叹古代文明的同时,对至今仍不能完全实行“疑罪从无”的现实深思不已。

州宜量其贫富,均彼

- 46 有无。给须就彼宽乡,居宅宜安旧业。即欲迁其户口,弃彼粉榆,方恐楚
- 47 秦未穷,越吟思切,既乖宪纲,又负人情,公私两亏,窃未为允。且赵信身任
- 48 折冲,爵班通贵,朝仪国范,顺亦应知。自可志励冰霜,心齐水镜。岂得监
- 49 临之内,恣彼淫奔,无存秉烛之仁,独守抱梁之信,贞清莫着,秽浊斯彰,败
- 50 俗伤风,此而尤甚。但奸源已露,罪合出名,官爵悉除,资荫理从斯尽。妻
- 51 张本缘夫职,因夫方给郡君。在信久已甘心,于张岂劳违拒;皮既斯败,毛欲
- 52 何施? 歎云不委夫奸,此状未为通理。告身既宜追夺,勿使更得推延。^[1]

这一拟判案例,同时裁断了两件棘手的纠纷。一件是牵涉甚广的无田少地纠纷,另一件是是否追夺告身的纠纷。

先分析第一件。起因是由于自然条件所限,雍州地狭,少地者三万三千户,全无地者五千五百人。这些无地、少地者“每经申请”,但无地可给。于是,欲“就迁宽乡”。所谓宽乡,按《唐六典》卷三“户部郎中员外郎”条云:“凡州、县界内所部受田悉足者为宽乡,不足者为狭乡。”唐代授田的原则是“先课后不课,先贫后富,先无后少。”^[2]但

[1] 敦煌文献:《文明判集残卷》,第38~52行。

[2] 《唐六典·尚书户部卷第三》。

问题的症结是,百姓安土重迁,对就迁宽乡并不情愿,这就造成了纠纷。我们知道,唐朝的疆域虽然辽阔,但耕地还是受到了限制,因此,开垦荒地、扩大耕地面积也是发展农业生产所必需的。唐帝国有关荒地开垦的法律措施主要有两项:一是迁移;一是屯田和营田。^{〔1〕}《唐令拾遗》记:“诸居狭乡者,听其从宽。”^{〔2〕}《唐六典》卷三“户部郎中员外郎”中明确规定:“乐住之制:居狭乡者,听其从宽;居远者,听其从近;居轻役之地,听其从重。”唐律一般禁止出卖永业口分田,但“狭乡乐迁就宽乡者,准令,并许卖之。”^{〔3〕}因为这是一种以自愿迁移为前提的,因之成为乐迁。纠纷的疑难还在于,这些无田少地者“并是身役不轻的白丁、卫士”,如果分给他们田地,会不会造成不安稳?对此,制判者认为,是号皇居的南亩东罩,贵贱同美,不因雍州地狭导致百姓口分不充。制判者指出,请上之理虽勤,抚下之方未足,对当地的管理者提出了批评。那么,对身役不轻的白丁、卫士怎样对待呢?前提是“白丁、卫士,咸曰王臣”。既然如此,顺理成章地得出结论:“州宜量其贫富,均彼有无”,而不是“给须就彼宽乡”。因为这样会造成“既乖宪纲,又负人情,公私两亏”的后果,这在讲究情理法圆融无碍的中国古代,是没有正当性基础的。因之“窃未为允”。事实上,这一拟判案例,对唐律容许的就迁宽乡的律文,面对繁复的社会生活时,赋予灵活性的方略,并不是让制判者一味迁就法律的规定,机械地照搬法条来适用法律,而是将情理法统筹考虑,从而达到情理法兼顾的最佳效果。这种努力,实在高妙。

需要特别指出的是,这宗涉及人数甚重的案例未见形成诉讼,只

〔1〕 张晋藩:《中国法制通史第四卷·隋唐》,法律出版社2000年版,第334页。

〔2〕 [日]仁井田升:《唐令拾遗·户令第九·一八》。

〔3〕 《唐律疏议·婚户》。