

西部政法论丛

(四)

West Politics and Law Series

主编 刘志坚 任海涛

兰州大学出版社



西部政法论丛

西部政法论丛

(四)

主编 刘志坚 任海涛

兰州大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

西部政法论丛 / 刘志坚, 任海涛主编. — 兰州: 兰州大学出版社, 2008.3

ISBN 978-7-311-03053-7

I. 西... II. ①刘... ②任... III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 015121 号

策划编辑 高燕平
责任编辑 魏立 高燕平
封面设计 赵会 汤翠萍

书 名 西部政法论丛(四)
主 编 刘志坚 任海涛
出版发行 兰州大学出版社 (地址:兰州市天水南路 222 号 730000)
电 话 0931-8912613(总编办公室) 0931-8617156(营销中心)
0931-8914298(读者服务部)
网 址 <http://www.onbook.com.cn>
电子信箱 press@onbook.com.cn
印 刷 兰州恒达彩印包装有限责任公司
开 本 880×1230 1/16
印 张 18.25
字 数 772 千字
版 次 2008 年 3 月第 1 版
印 次 2008 年 3 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 978-7-311-03053-7
总 定 价 180.00 元(共五册)

(图书若有破损、缺页、掉页可随时与本社联系)

西部政法论丛

West Law and Politics Series

主办单位 兰州大学法学院

学术委员会 (以姓氏拼音为序)

- 主任 刘志坚(兰州大学法学院院长、教授、博士生导师;日本大学法学部特聘教授)
- 副主任 贾登勋 俞树毅
- 委员 黄锡生(重庆大学法学院副院长、教授、博士生导师、法学博士)
- 霍存福(吉林大学法学院教授、博士生导师、法学博士)
- 江 怡(中国社会科学院哲学研究所研究员、博士生导师)
- 李长健(华中农业大学文法学院法学系主任、教授、硕士生导师)
- 倪国良(兰州大学政治与行政学院教授、博士生导师、博士)

编辑委员会

- 主 编 刘志坚 任海涛
- 常务副主编 魏钰邦 冯思涵
- 副 主 编 刘新宇 刘 刚 郭晓东
- 编 委 徐艳军 宋文娟 周雪莉 李发科
- 周 斌 丁菊梅 刘 鹏 吴其银

编辑部主任 任海涛

邮 箱 politicslaw@sina.com

目 录

法学基础理论

略谈汉初黄老之学的法律思想

——读《中国法律思想史纲》后有感	蒋蓓妮 (1)
浅析流刑发展的历史	李俊南 (3)
我国古代刑法中有无罪刑法定研究	刘 刚 (5)
论西周时期的礼刑关系	沙 鹭 (7)
虎德的社会控制理论探析	汪 明 周 煜 (9)
物权法定原则的法律经济学分析	
——从我国《物权法》第5条、第8条之规定谈起	张晓慧 杨金良 (11)
论宪法与民法的关系	
——从规范实证主义视角审视“民法根本说”	胡 彪 (13)
和解谈判的经济学分析	徐丁馨 (15)
意志自由与法律家长主义之和諧	
——从北京孕妇死亡事件谈起	麦广瑞 (17)
中国古代监察制度的得失与启示	齐 瑞 (19)
略谈“客观真实”与“法律真实”	
——“运动型”刑事诉讼证明标准观	周军华 (21)

公法研究

论犯罪实行行为及其与相关概念的区别	李萍萍 (23)
简论德国刑法中的客观归责理论	邓 瑜 (25)
我国银行业监管存在的问题及其创新	邓丽娟 (27)
犯罪构成理论研究	奚巧群 (29)
房屋拆迁相关问题探究	岳 宁 (31)
试论信用卡欺诈风险及其制度规制	何 中 (33)
聚焦农村金融组织——村镇银行	宋晓琼 (35)
从飞行员跳槽案透视劳动者的三种辞职制度	瞿 逸 (37)
经济特区立法与民族自治地方立法之区别比较	程 艳 (39)
对城乡义务教育资源配置不均衡的思考	李卫娜 (42)
一则过失致人死亡罪的认定过程	张刚跃 管 华 (44)
论交通肇事罪	刘 刚 (46)
法治条件下的自然垄断规制框架的搭建	吕 燕 (48)
浅谈对特殊群体的人权保障	吕鲲鹏 (50)
论期待可能性在我国《刑法》中的适用	马 伟 周 冰 (52)
论商业贿赂犯罪的犯罪构成	邓 瑜 (54)
论网络对环境法的冲击	王菊红 潘廷凤 (56)

论我国工资优先权制度

——从性质角度出发	焦武祥 (58)
我国暂住证制度折射法治的困境	戴启和 (61)
期待可能性理论移植中国之必要性与可行性	焦红玉 (63)
紧急状态中公民的基本权利	琦 琴 孙运博 李 琪 (65)
浅析目前汇率制度下货币政策有效性	盛 楠 (67)
浅析社会资本与政府信用重建	杨 颀 江 娟 (69)
商业银行防范信用卡套现的措施分析	屈淑娟 (71)
受贿的表现形式与审查	张安明 管 华 (73)
数罪并罚制度的法理探析	
——兼评我国数罪并罚制度的完善	苗玲玲 (76)
行政收费相对人的利益维护问题探析	孙焕焕 (79)
网上银行业务若干法律问题研究	宋学民 (81)
论我国变性人的人权保障问题	温 翥 (83)
我国反收购决策权的归属与平衡	徐 红 (85)
上市公司社会责任信息披露的内容界定和计量方法探讨	徐 立 (87)
徇私舞弊情节和损失后果的认定	管 华 张刚跃 (89)
论税收法定原则在中国的贯彻——从历史的角度	杨春旋 李俊青 (91)
行政程序法的制度模式	殷唯青 (93)
浅析女性犯罪的原因	张晨菁 (95)
浅析西方刑事政策	张金丽 (97)
试论城市社区犯罪预防问题	祝 越 (100)
转型时期的腐败与养廉	尹灵枝 (102)

私法研究

浅析我国土地征收补偿制度	包银波 (104)
上市公司股利政策研究	杜艳丽 (106)
俄罗斯继承法中特留份制度及对我国的借鉴意义	郭韦利 (108)
职工权益保护的若干法律建议	
——以企业社会责任为视角	范庆美 (110)
论上市公司中小股东权益的保护	高 阳 (112)
格式条款与附随义务下法律责任的承担	
——以“客人停在宾馆外车辆被盗案”为视角	曾为中 (114)
股份制商业银行经营业绩分析及资产负债结构调整	赵子臣 (117)
浅析我国刑事证人出庭作证制度的完善	何金伏 (119)
公司资本制度比较与我国公司资本制度的完善	李海芳 (121)
浅谈我国股票期权实施中的法律障碍与对策	李 军 (123)
构建我国老年人监护制度	李绮凌 (125)
商标权刑事立法的缺陷	李卫峰 (128)
试析我国婚内扶养制度	李晓慧 (130)
瑕疵股权的法律界定	李 颖 (132)
未成年人的商事能力	
——以未成年人的投资主体资格为中心展开	梁静韵 (134)
交易基础瑕疵制度与相关制度之比较分析	
——不可预见理论与合同目的落空原则之比较	刘广伟 张慧霞 (137)

善意取得制度分析

——由一起案例谈起	柳 莉(139)
论网络虚拟财产的法律保护	谷春燕 张瑞峰(141)
我国《物权法》不动产登记制度的探讨	罗清峰(143)
论商业判断原则存在于中国董事制度的必要性	彭 澎(145)
浅论商标平行进口	潘廷凤 王菊红(147)
浅析相邻关系与地役权中的利益观	朱 静(149)
浅议加拿大商标法	李建江(151)
浅议网络虚拟财产	左 芳(153)
请求权方法与法律人的思维	黄美玲(155)
社会性别视角下的非常法定财产制	邵晓雨(157)
有限责任公司股权继承问题探析	王燕霞(159)
从“伟哥”抢注案看商标抢注的成因	肖 竞 袁琴琴(161)
浅探独立董事制度及其选任制度	杨 琪(163)
所有权型分时度假产权性质探讨	袁琴琴 张爱玲(165)
浅议德国法上的纯粹经济损失	周艳辉(167)
新《公司法》中有限责任公司股东的知情权	周 凰(169)
论我国一人公司制度	朱瑞东(171)

国际法研究

《国际商事合同通则》合同解释条款对我国《合同法》的借鉴意义	王 鹏(173)
论外资国民待遇制度与我国的外资立法完善	陈莉莉(175)
对我国外资并购立法的分析	
——以“凯雷”并购“徐工机械”为视角	龚富贵(177)
试分析我国外资并购立法问题	
——以“凯雷”并购“徐工”案为例	杨楠楠(179)
浅议入世后我国对在华投资企业实行国民待遇问题	李玉丹(181)
我国银行业利用外资方式的研究	陈 蕾(183)
浅谈信用证条款的识别和防范	张爱玲 肖 竞(185)

程序法研究

浅析中国未决羁押制度	白阿凤(187)
被害人承诺问题的探讨	何文苑(189)
律师如何保护自己	
——以“律师伪证罪”为视角	程发刚(191)
对建立公益诉讼制度的冷思考	储海东(193)
论仲裁的自治与司法监督中的几个具体问题	何 中(195)
环境侵权中的替代性纠纷解决方式	王 静(197)
完善我国刑事非法证据排除规则的思考	焦文文(199)
周代、秦汉土地所有制度探讨	刘 鹏(201)
论美国“毒树之果”理论	
——兼谈“毒树之果”在中国的价值分析	姜 伟(203)
论我国民事诉讼中的非法证据排除规则	冯向伟(205)
浅议诱惑侦查	李昕蔚 魏克强(207)
论我国刑事诉讼不起诉制度	沙日娜(211)

浅谈我国律师的刑事豁免权

——从新修订的《律师法》谈起 全 玲 (213)

浅论 ADR 制度中国化 王 斌 贾卫强 (215)

浅析我国刑事诉讼中证人保护的现状及对策 王洪娟 (219)

多种量刑情节并存时的量刑适用 王现波 (221)

我国民事诉讼级别管辖制度研究 胡明明 (223)

我国涉外民事诉讼管辖实证研究 杨 帅 (225)

浅谈刑事司法鉴定制度所存在的弊端 吴晓倩 荆向南 (227)

从一起案件谈高度盖然性的证明标准的运用 夏 昕 (229)

中美公诉审查程序之比较 杨 艳 (231)

宽严相济刑事政策的司法适用 岳秀娟 (233)

浅议民事诉讼中的举证责任分配 张 琪 (235)

刑事和解的适用现状及对策研究 周雪利 (237)

政治学、经济学

澳大利亚国立大学办学理念探析 张艳兵 郑 中 (240)

高校学生干部队伍存在问题的具体原因及改进对策 黄 河 温 芳 孙凯民 (242)

基于社会建设的会计服务职能的探讨 牛宇欣 (244)

易变质产品的库存优化模型 刘光弋 (246)

经济全球化对发展中国家的影响及对策 刘玉春 (248)

人民币汇率走势浅析 王 莉 (250)

人民币升值和通货膨胀的关系浅析 白 晓 (252)

商业银行资产负债结构分析及调整方案设计 张 预 (254)

用积极态度做好弱势学生工作 万日融 (256)

中国外汇储备问题的思考 赵 鑫 (258)

哲学、社会学研究

几条规律,改善生活

——读《影响力》后感 陈燕君 (260)

论科学发展观的哲学基础及其现实意义 关 英 (262)

从波普到夏佩尔的两个科哲问题综述 唐 梅 (264)

魏晋文士:对理想人格的追求 对现实人格的妥协 曾新林 (266)

张之洞“中体西用”刍议 朱延军 朱 莉 (268)

特约来稿

浅析欧洲一体化进程下的外国人私法地位问题 努尔扎提 (270)

浅析公民政治权利之表达自由 刘玥辉 (272)

试论如何建立我国个人征信体系 冀明臣 (274)

司法和谐问题研究 何 文 (276)

中国、加拿大专利法比较研究 刘欢欢 (279)

浅谈网络环境下西部市县党校图书馆的建设 李 静 (282)

农机行政执法的法律依据及其完善 孙雨生 (285)

略谈汉初黄老之学的法律思想

——读《中国法律思想史纲》后有感

蒋蓓妮*

(华东政法大学,上海 200042)

摘要:本文简单介绍马作武先生的《中国法律思想史纲》一书,并就汉初黄老之学兴起的原因、定义及其法律主张等方面略谈读后之感想。

关键词:黄老;法律思想

马作武先生的《中国法律思想史纲》购至家中已有多时,其以“史纲”之姿纵论中国法律思想的发展和沿革,故仅三百余页,十分适合对“砖头书”心存畏惧之吾辈。更喜其脉络清晰、参考文献广泛,所择取的思想学派与代表人物也都极具代表性,确有提纲挈领之功效。该书分为古代和近代两部分,前者包括先秦三代、春秋战国、秦汉、唐宋及明清之际五个部分,后者则分为地主阶级改革派、太平天国、洋务派与资产阶级改良派、清末修律派与“礼、法之争”、资产阶级革命派五个部分。将其置于案头,闲暇时读一节即可对某一学派或人物有所了解,所费时间却不多,很是轻松惬意。这里仅就书中第三章之第二节《汉初黄老之学的法律思想》中的两个问题加以介绍和略谈所感。

一、汉初黄老之学兴起的原因

关于造成汉初黄老学派大行其道的原因,从本节开头与结尾部分可以归纳出,马作武先生主要认为有以下几方面:(1)秦朝二世灭亡后对新的治国方法的探索导致思想领域的相对活跃;(2)长期战争后社会经济休养生息的需要;(3)黄老之学与法家之学在渊源上的关系及一些相通处;(4)荀子沟通儒、法的继续及儒、法合流前所需要的重要环节。上述几点在其他相关文章中也曾见过,当然人们在研究时一般更侧重于对前两点(尤其是经济因素)的分析。

这里首先值得注意的是第三点,马作武先生在书中说:“法家的许多代表人物最初都不不同程度接受过黄老之学……正因为黄老之学作为道家的一个派别,在许多地方与法家有相通之处,才得以在儒家复兴之前,作为被遗弃的法家之学的替代物而卓然兴起。它在汉初的出现,具有填补思想意识领域空白的时代背景,这也决定了它的过渡性命运。”^[1]也就是说,当时的情况是:(1)法家之学在政治实践中刚失败,它不可避免地承担了秦亡的责任,进而理所当然地失去了原有的主导地位。(2)儒家之学则处于一种还没准备好的状态,这具体表现在理论体系的不完善、实践条件的不成熟以及现有力量的不足。(3)纵观当时能达到与儒、法二家同样影响地位的,唯道家之学而无它。而儒、法虽暂时式微,毕竟是此前治国思想斗争中的两大主角,故在选择时与之有一定相关联处的“黄老之学”就更容易为统治者所选择,成为用来作为暂时性过渡的替代物。

其次,如前所述,汉初黄老之学处于一种过渡的地位上。过渡即承上启下,所要达到的最终目的,即儒、法合流进而形成“外儒内法”的古代王朝正统法律思想,为统治者提供出一套新的治国理论和方法。马作武先生对此形容为是儒、法二家“最终在黄老的旗下握手言欢”。^[2]既然要成为二家“握手言欢的旗号”,黄老之学必有其与之相关的契合点,这一点宜通过下面关于汉初黄老之学的定义有所了解,故在此不论述。

二、汉初黄老之学的定义及其法律主张

对于这个问题的回答,集中于本节的开头与结尾部分。黄老之学起源于战国中期齐国的稷下学宫,其尊黄帝和老子为宗,以《道德经》为经典,早期的代表作有《黄帝四经》和《文子》等。西汉前期用之于治国,对其推崇者有曹参、陈平、文景二帝与窦太后,至刘安辑成《淮南子》达到顶峰。其中,汉初又与战国时不同,战国时的黄老之学是道家的一个支流,汉初的黄老之学“大量吸收了儒家的思想成分,成为一种道、法、儒三者结合,而以儒家思想为主体的特殊思想流派”。^[3]

由于该书是史纲,故在这方面点到即止,未及详述。以前在中国法制史课程的学习中,提及汉初法律思想时必简述当时的黄老思想,一般介绍其核心思想是“清静无为”,具体到治国上说就是要求统治者能“因势利导,轻徭薄赋,约法省刑,安定百姓,与民休息”,^[4]以“无为而治”来发展战后经济、缓和社会矛盾。由于学的是法律制度史,故在介绍汉初黄老思想时主要偏其制度,对其思想演变和发展一般不着笔墨。后在翻阅了一些相关论文著作后,现仅就我所知来谈谈对“黄老之学”发展与概念的大致了解。东汉王充在《论衡·自然篇》中说:“黄者,黄帝也;老者,老子也。黄、老之操,身中恬淡,其治无为。正身共己,而阴阳自和,无心于为,而物自化,无意于生,而物自成。”而事实上,“黄老”连用为

* 作者简介:蒋蓓妮(1982—),女,上海人,华东政法大学2006级法学研究生,主要研究方向为中国法制史。

一词始于汉代,先秦著作中并无所见,其起于战国稷下,兴于西汉前期。

我们知道,老子的道家之学后主要分为“黄老”与“庄子、杨朱”两派。战国时的黄老之学与原先的道家之学有联系也有区别,其以“黄老之言”为经典,代表人物有田骈、慎到、环渊、接子等人。当时的黄老之学主要是把道家学说向法家理论方面发展,简言之,即以道论法,道法结合,以法为主。其主张有:“道生法”,^[5]“法出乎权,权出乎道”,^[6]“因道全法”,^[7]“因道变法”,^[7]“君道无为”,^[8]“大君任法而弗躬”,^[8]“臣事事而君无事”,^[8]“君臣贵贱上下皆从法”,^[8]“贵齐”,^[8]“贵均”,^[8]“齐万物以为首”等等。^[10]综上,对于战国时的黄老之学,学者们一般认为“它是道家与法家两大学派的思想学说汇集稷下,撞击融铸而成”,^[11]当然,道、法二家是主体,不少人也会提到除此外还兼采百家。

其后在《吕氏春秋》中对黄老之学又有所丰富和发展,主要是结合多年战乱的现实状况,提出一些君主无为、与民休息的具体主张。而对于汉初黄老之学,一般都认同的是其借黄帝之名,宗老子之学,主要是儒、法、道三家的结合,当然,也有在此外论述其还吸收了墨、名、阴阳诸家的思想成分。所不同的是对于儒家思想在其中的比例和地位的看法有所不同。在相关论文著作中,或仅谈了三家的结合及对其他诸家一些思想的采纳,或认为其以道、法为主又兼采儒、墨、名、阴阳诸家,还有的虽强调汉初黄老之学对儒家思想的吸收,但却并未言明这其中的主体地位。而读了本书后,觉得“汉初黄老是道、法、儒三者结合、以儒家思想为主体”的说法是有一定道理的。当然,这里应稍作改动的是承认道、法、儒外其他诸家中一些思想对其的影响。我们认为,经过此前的发展,黄老之学将“道法结合,兼采其他诸子学派的某些思想”的工作虽不能说已完成却也做得差不多了。汉初黄老主要是在进一步完善其理论的基础上,将其中心阴阳刑德、刑名法术、清静无为等思想运用到社会政治领域,主张君主由“无为”而到“有为”,尽量不要干涉人们的生活,最终所起到的作用表面上是休养生息,实际上有为后来以儒家之学代黄老之学,形成儒法结合、外儒内法的正统法律思想做一过渡的打算。这样的话,既然是以黄老作为儒、法合流前所需要的重要环节,那么配合之后儒家思想取得正统地位的走势,对于“以儒家思想为主体”这一说法就比较理解了。但这种理解其实也有问题,即言此后是外儒内法,那为何这里不是继续汉朝前“以法为主”的特征呢?对此笔者仍有所困惑,当需在进一步学习中来思考之。不过,在该书中由于下的定义反复强调的是儒家思想在其中的主要性,故本节主体部分的有关汉初黄老之学的三点法律主张,即是围绕此定义予以论述展开的。此三点法律主张归纳如下:(1)文武并举,“德刑相济”。这其实说的就是治国要注意暴力刑罚与道德教化并用。(2)“设刑者不厌轻”。意即提倡轻刑主义,这也进而导致了罪刑相适应主张的出现。(3)“薄力役而省贡献”。这主要体现在减轻赋税、徭役及各种盘剥上,目的是使民有喘息之机、农桑等生产得以恢复和发展。

以上仅为笔者读马武先生《中国法律思想史纲》一书后,对其其中《汉初黄老之学的法律思想》一节的一些不成熟的想法,因本身对黄老之学不很了解,故必有需要商榷和指正之处,期待在来日解决。

注释

[1]马武作,《中国法律思想史纲》,中山大学出版社,1998:100。

[2][3]前揭,104,103。

[4]王立民,《中国法律制度史》,2001:73。

[5]黄老帛书·法经。

[6]管子·心术(上)。

[7][8]慎子。

[9]管子·任法。

[10]田子。

[11]梁宗华,《汉初社会对黄老之学的选择和应用》,《管子学刊》,1995(2)。

浅析流刑发展的历史

李俊南*

(华东政法大学,上海 200042)

摘要:人们在“创造文明的开始,也在创造着野蛮”。纵观我国乃至世界的发展史,刑罚作为一个不可缺少的部分在古代、近代、现代甚至未来的社会中都有着重要的影响。诚然,这是保障社会安定的必需,但是也创造了各种野蛮的刑罚方式,死刑位居其首。但是有一种古老的刑罚——流刑却在表面上没有这么多残忍和血腥。流刑在我国历时几千年,到清末被废止。对流刑制度发展的历程进行分析,既有利于对古代社会的了解,也对今天的刑罚形式有借鉴意义。

关键词:流刑;发展;历史;刑罚

流刑,是将罪犯放逐到边远地方进行惩罚(单纯放逐或者服劳役、戍边等)的一种刑罚。作为封建法制的五刑之一,在那个“刑民不分”的时代的刑罚中扮演着重要角色。但是,流刑并不是在封建社会才出现,其起源很早。

一、北魏以前的流放

有些学者认为,在人类还在氏族部落文明时,流放就已经是一种制裁形式了。据所谓刑罚起源的“二元论”一说,刑罚的源头是氏族部落的制裁。“一般认为死刑和肉刑起源于‘族外制裁’,而流放刑罚则起源于‘族内制裁’”。由于部落之间经常发生冲突甚至是军事斗争,死刑及肉刑多用来对异族人的惩治;对自己族内的成员违反氏族习惯而使用流放或者赎金的刑罚体系。汉应劭《风俗通》:“夏禹始作肉刑。”据《尚书·尧典》记载:“流共工于幽州,放兜于崇山,窜三苗于三危,殛鲧于羽山,四罪而天下咸服。”这就是“流放四凶”。《尚书·舜典》载有:“象以典刑,流宥五刑。鞭作官刑,扑作教刑,金作赎刑。”秦朝在前代流放的基础上演化出迁徙刑并首次写入刑法。据称,有关“流放”的正式称谓,是《汉书·元后传》王凤的一道奏疏。王凤是王莽的伯父,他说:“陛下以皇太后故不忍诛戮,臣犹自知当远流放。”

对“有”的解释有两种意思,一种是“宽五刑”,是“不忍”肉刑或死刑而产生的五刑的替代刑;一种是“待罪之稍轻”,尤其在汉文帝除肉刑之后,是对处死刑过重而处徒刑过轻时的一种独立刑罚方式。

二、北魏以后的流刑

那么,流刑是何时入五刑的呢?《魏书·刑罚志》引《贼律》云:“谋杀而发觉者流,从者五岁刑,已伤及杀而还杀者死,从者流。”五年是北魏最长的徒刑刑期,可见流刑是重于徒刑而轻于死刑的存在。再者,从其他法律文献可推得北魏五刑是死、流、徒、鞭、杖。有学者曾认为北齐甚至隋初流刑才正式入五刑,这显然是错误的;北魏期间流刑升格入五刑,是我国古代法律制度成熟化的重要标志。

流刑的轻重,是以被流放地方的远近来衡量的,从数百里到数千里不等,被分为不同等级。北周分为五等,从距“皇畿2500里起,每加500里为一等,称为卫服、要服、荒服、镇服、藩服”。隋唐参照北周,将流刑分为三等,即2000里、2500里、3000里,为后世所效仿。唐朝三流强制劳役一年,并创立加役流。《大清律例》中对“六赃”的规定就涉及流刑,很细致地规定了在何种情况之下要判处多远的流放。比如“监守盗”四十五两要“流二千里,杖一百”,五十两要“流二千五百里,杖一百”,五十两要“流三千里,杖一百”。“常人盗”一百两要“流二千里,杖一百”,一百一十两要“流二千五百里,杖一百”,一百二十两要“流三千里,杖一百”。另外“生赃”的规定也类似于“常人盗”的。

流放地点的选择也从此开始制度化。前文提及流放“四凶”,将共工等人流放国之四极,“以御魑魅”。在封建各朝中,尤其是流刑入五刑之后,“绝域西北”、“烟瘴西南”、“苦寒东北”甚至于海岛都成为流放之地。唐代就将流刑犯流放到岭南、黔中、剑南等荒凉、瘴疠和蛮夷之地。《唐律疏议》中“书云:流宥五刑……大罪投之四裔,或流之于海外,次州之外,次中国之外”。

流刑的地位是在徒刑之上,死刑之下,但是在惩罚力度上却不是一直都符合这个地位。汉代有人说“安土重迁,黎民之性”,农业文明下人们畏惧流放;但是在宋朝时已有人指出,“近世之民,轻去乡井,转徙四方,固不为患”,说明传统的流放已经不能起到严厉地惩治罪人的作用,而且存在隐患。罪人可以轻易逃离流放地。近代有些偏僻荒凉的流放区域,已经逐渐发展起来,当然不再适合流放了。从唐朝的流刑适用中就可以看到这一缺陷。各朝也都在调整流刑,想要改变其“名重实轻”的状态,在流刑的传统刑之外,又有了很多创新。

* 作者简介:李俊南(1985—),汉族,男,华东政法大学法律硕士。

到了宋朝,刺配的充分发展大大提高了流刑的严厉性。《宋刑统》规定“加役流决脊杖二十,配役三年。流三千里决脊杖二十,配役一年。流二千五百里决脊杖十八,配役一年。流二千里决脊杖十七,配役一年。”元代前后充军发展成一种重要的制度,分为流远和出军;充军虽然自古有之,秦朝就把某些犯罪之人补充军伍,但都是随意为之,直至明朝充军才正式形成制度并大规模适用。但是明太祖为了“重典治吏”,于《刑律》之外又编订《大诰》,其间有一个规定,官民犯罪,若持有《大诰》,笞杖徒流罪名可减罪一等。这样一来,初衷是为了重刑的《大诰》,却又给了一个宽宥的机会;使得原本应该判处流刑的人被按照徒刑处置,真是“无心插柳成荫”。流刑在清代的发展主要是发遣,尤其是发遣为奴的制度更显得残酷。

在流放的主刑之外,又增设了附加刑。主要有徒刑,刺字(宋朝刺配就是在流刑的基础上增设杖刑和刺字,是恢复肉刑之举)。杖刑(据有关学者考证,杖刑源自鞭刑,隋唐止,以后各个朝代对用刑部位、数目以及用刑之杖的规格都有规定)。除此之外,为了用刑的灵活性,还有替代刑,以枷号和赎刑最为常见。枷号在整个明朝用得“十分泛滥”,《大诰峻令》中规定三种枷号方式,即“斩趾枷号、常枷号令、枷相游历”。赎刑最早见于《禹典》的“金做赎刑”,但是范围狭窄;唐朝规定的非常完善,《唐律疏议》中的《名例律》规定“流行三;二千里,赎铜八十斤。二千五百里,赎铜九十斤。三千里,赎铜一百斤。”至明朝始分为收赎、纳赎、赎罪,清朝又有捐赎一项。“顺治十八年,有官员犯流徒籍设认工赎罪例;康熙三十年,又军流人犯捐赎例”。

由此可见,流刑的适用并不稳定,有种类繁多、处罚方式混乱之嫌。为了符合其仅次于死刑的地位,也为了符合当时的国情,各个朝代都对其进行调整。在流放地区、流放方式、流放时间等各方面都不断有新的变化。流放的适用人群也不断被扩大,既有王公大臣,也有一般百姓;既有受罪之人,也有政治斗争的失利之人。

三、流刑的废止

流刑在被确定后,为历代各朝所沿用。但是日出日落,为自然之规律。事物有发展,也有终结。刑罚是律法,是社会的上层建筑,是受到客观物质条件所决定的;当时代,环境不断变化,流刑也随之变化。清末预备立宪时期,制定《大清新刑律》——中国第一部近代意义上的专门刑法典,已不再有刑罚的内容。为什么要废止流刑?一来是清末交通方便,流刑已失去了严厉性;二来,流放所耗费用巨大;三来罪犯逃亡难以补回,若结成团伙危害当地则更是严重。故此,在修订《大清现行刑律》时已经对流刑进行了改革,而在《大清新刑律》中模仿西方国家,确立新刑罚制度,规定主刑、从刑,流刑的历史至此划上句号。

四、流刑的意义

封建五刑中,流刑是仅次于死刑的刑罚,本身即有“宽宥五刑”的作用,如果刚开始有死刑替代刑的作用的话,随着社会的发展,已经成为了一种有很大社会影响的独立刑罚方式。

第一,流刑减少了死刑的执行。人最重要的权利就是生命权,死刑也因此而成为了最严酷的刑罚。为了维护统治,保障社会安定,打击刑事犯罪,对于较重的罪已不适合再适用徒刑,但倘若全部适用死刑又显得过于残酷,流刑此刻便代表了一线生机。

第二,流刑使徒刑适用变得稳定。为了惩治罪犯,有些时候徒刑的期限被不断加长。原来三年已为封顶,却出现更重的罪,这时可能刑期就被加长为六年、十二年,甚至为“终身之徒”。这样,适用刑罚便变得混乱,兼有随意定罪之嫌。流刑确立后,不再需要用加长刑期来治罪。

第三,流刑促进了边境地区的发展。流放罪犯初衷是为了惩戒,但是也有实边戍边的考虑。犯人到边疆,可以从事开垦荒地,发展农业生产;随着人口的迁徙,边关人口增多,“中土流人千余家,西门百货凑集”,促进了商业手工业。

第四,罪犯的广泛流放和迁徙也奠定了民族协作基础,加速了民族融合的进程。虽然流刑有这样那样的弊端,在历史的洪流中也因时代变迁而被废除,但是它对所谓“荒芜之地”的经济、文化发展和民族融合的促进作用也不可被轻视。

参考文献

- [1]刘俊文(点校).唐律疏议.法律出版社,1999.
- [2]宝仪等撰.宋刑统(卷1)名例律.法律出版社,1999.
- [3]田涛,郑泰(点校).大清例律.法律出版社,1999.
- [4]文蓝.流放的历史.中国文艺出版社,2006.
- [5]李毅.论唐代的流刑及其执行情况.西安外国语学院学报,1999(3).
- [6]伊敏.宋代流刑考略.青海师范大学学报(哲学社会科学版),2005(3).
- [7]马新.流刑何时被列入五刑.东北师大学报(哲学社会科学版),1990(2).
- [8]陈怡.流刑的发展及意义.吉林公安高等专科学校学报,2007(4).

我国古代刑法中有无罪刑法定研究

刘刚*

(江西财经大学,江西 南昌 330013)

摘要:罪刑法定的原则要求法官裁判必须以法律明文规定作为定案的前提,然而我国从秦朝就有了成文法,是不是可以说我们古代就有了罪刑法定的原则呢?本文从罪刑法定原则的起源、内容和思想基础等方面探求我国古代刑法中是否存在罪刑法定的原则。

关键词:罪刑法定;历史背景;思想渊源

一、罪刑法定原则的起源及其内容

所谓罪刑法定是指什么行为是犯罪和对这种行为处以何种刑罚,必须事先由法律明文加以规定。罪刑法定的概念最早是针对法国大革命前期封建专制国家的“罪刑擅断主义”提出的,“所谓罪刑擅断主义,是不以明文预先规定犯罪与刑罚,以如何的行为为犯罪,对之应当判处如何的刑罚,国家的首长或代表他的法官任意加以确定的主义。”^[1]

被誉为近代刑法学之父的费尔巴哈,1801年在他的刑法教科书中,用拉丁语以格言的形式表述罪刑法定主义的三原则:“无法律则无刑罚”、“无犯罪则无刑罚”、“无法律规定的刑罚则无犯罪”。从此罪刑法定被定式化,并且表示罪刑法定主义的三个格言得到广泛的传播和引用。

罪刑法定作为一项基于限制国家的刑罚权而保障国民人权的基本原则,首先是作为一种思想或主义登上历史的舞台的,在东方和西方都有一个渐次产生和发展的过程。在西方,其早期的思想渊源,一般公认为1215年英王约翰签署的大宪章第39条,即“对于任何自由人,不依同一身份的适当的裁判或国家的法律,不得逮捕,监禁,剥夺领地,剥夺法的保护或驱逐出境,不得采取任何方法使之破产,不得施加暴力,不得使其入狱。”并最终在1810年《法国刑法典》中被作为一项刑法的基本原则得以体现,其第4条规定:“不论违警罪,轻罪或重罪,均不得以实施犯罪前未规定之刑罚处罚之。”

罪刑法定主义的基本内容是指犯罪与刑罚必须预先由法律加以明确规定,由此又派生出以下几个原则:(1)排斥习惯刑法。即刑法的渊源只能是国会通过的成文法。法院对行为人定罪判刑只能以规定犯罪和刑罚的成文法律为依据,而不能依习惯法对行为人定罪处罚。^2禁止事后法,即不许根据行为后施行的刑罚法规处罚刑罚法规施行前的行为,也就是通常所说的法不溯及力。(3)禁止类推解释。类推解释对于法律没有明文规定的事实,援用关于同它相似的事项的法律进行解释。因为不依据刑罚法规而恣意适用刑法,会侵害个人的自由,所以要禁止类推解释而采用严格解释。(4)绝对的不定期刑的禁止。即完全不规定刑种和刑期的刑罚必须禁止;(5)刑罚法规正当的原则。这是指刑罚法规的形式和内容都必须正当,即所谓的实体的正当,这包括明确性的原则和刑罚法规的内容正当的原则。

二、罪刑法定原则的思想基础

罪刑法定原则沿革意义上的思想渊源是启蒙的自由主义思想、三权分立思想与心理强制说。启蒙的自由主义思想主张理性主义,提倡天赋人权、社会契约论。三权分立思想主张立法、司法、行政三种权力由各个国家机关分别掌握,互相分立,互相制衡,立法机关制定法律,司法机关适用法律,并且受法律的约束,法官则是机械的使用法律的工具,法律的解释是立法权的领域,不允许法官解释法律,这样的思想导致罪刑法定主义的确立。心理强制说要求事先明文规定犯罪及其法律后果,从而促使人们作出趋利避害的选择,以避免实施犯罪行为。现在一般认为,罪刑法定原则的思想基础是民主主义和保障人权主义,或者说是民主与自由。大谷实教授认为,现代罪刑法定主义“第一,以什么作为犯罪,对它科处什么刑罚,应该以国民亲自决定的民主主义要求为依据;第二,以为了保障基本的人权特别是自由权,必须将犯罪于刑罚事前对国民明确,能够预测自己的行为是否被处罚的人权尊重主义的要求为根据。”^[3]

三、探求我国古代刑法中有无罪刑法定的原则

在我国古代是否有罪刑法定原则呢?对此,有肯定说、否定说和折衷说之争,肯定说的代表人物是蔡枢衡,他举的例子是《尚书·舜典》,该书记载“慎微五典,五典克从。”(意为非难违法裁判,虞舜能够依照刑法办事。)同时蔡先生认为商、周二代却都实行罪刑法定主义,明证就是《礼记·王制》:“有旨无简不听。”《尚书·吕刑》:“无简不听,其严天威。”晋代,刘颂主张:“断罪皆当以律令正文,若无正文,依附名例断之。其正文,各例所不及,皆勿论。”^[4]

* 作者简介:刘刚,男,辽宁人,江西财经大学2006级刑法学硕士研究生。

持否定说的学者则认为罪刑法定原则是随着社会生产力发展和社会进步而产生的,反映了人类社会民主法制发展的客观要求。在奴隶社会,法律不仅极不完备,而且一般也不公布于世,没有罪刑法定可言。随着生产力的发展,到了封建社会,法律条文日益增多,调整范围也日趋广泛,诉讼程序也逐渐完善,但是法令都是根据皇帝意志制定的,定罪和判刑都依照君主的旨意。专制君主拥有立法司法行政等一切权力,在事实上拥有不受法律限制的权力,因而所有的封建统治者奉行的是罪刑擅断原则而不是罪刑法定原则。

折衷说的学者认为中国古代刑法无罪刑法定原则存在的空间,但从思想层面和制度层面这一角度,肯首罪刑法定主义作为一种思想主张在中国古代一直是伴随成文法的产生和发展而存在和发展的。笔者同意这一观点,因为在我国古代罪刑法定的思想主张举不胜数,如西周明德慎罚的思想,春秋的刑不殿类的思想,齐法家的各当其名的罪刑法定的主张,墨子的罪刑法禁的罪刑法定思想等等。但是在现实层面上,古代刑法中的确没有近代意义上的罪刑法定的原则,理由如下:

第一,罪刑法定主义或罪刑法定原则一词并不是我国原创,而是翻译过来的,在欧美,罪刑法定主义一词的英文表达为:Principle of Legality;在日本,则是さいけいびつていしゆぎ。这里的英文“Principle”和日文的“しゆぎ”,含有“原则”的意思,二者共用一个词。因此,在译成中文时,易发生混淆。^[1]这也导致当前在我们的刑法中有罪刑法定主义和罪刑法定原则两个词,然而两词表述的却不是同一个意思,因为在汉语里主义一词,一般是指对客观世界、社会活动、民众的生活和信仰以及学术问题等所特有的、系统化的理论和主张,含有原理的意味,无强制执行力;原则,则是指人们说话、行事所依据的法则或一定的标准,由国家的强制执行力保障执行。主义之内涵较之于具体化了的原则要宽泛许多,当然罪刑法定主义与罪刑法定原则不是表达同一个意思了。

第二,罪刑法定原则以成文法为依托,但是有了成文法并不意味着就有了罪刑法定原则,因为西方成文法的思想基础和我国的成文法思想基础不一样。罪刑法定原则所依托的成文法以启蒙的自由主义思想为思想基础,以保障人的权利为宗旨。按照社会契约论的观点,每个人为确保自己生而享有的自由、平等之权利免遭他人的侵犯,“为了有效地限制人的随心所欲,才相互订立契约,组成国家团体,以资保障权利。为了达到这个目的,人们需要把自己的一部分权利交给国家,国家必须根据各个委托人权利的总和——权力,尽力维持秩序。”^[6]在我国古代尽管成文法俯拾即是,但是我们不能说那时就有了罪刑法定的原则,因为我国的成文法思想基础是对官吏罪刑擅断的抵制,是对君主擅断权的弘扬,根本就没有罪刑法定原则存在的空间。

第三,众所周知,罪刑法定原则是以民主和自由为思想基础,然而在我们的封建社会中,中国古代成文法中根本不存在自由和平等的基因,无法满足近代意义上的罪刑法定原则生成的条件。

第四,中国古代刑法的内在精神和实体价值的取向是人治。人治主义与法治主义相对称,它是一种治理国家的主张,以为国家治乱的关键在于统治者个人的道德行为,而不是法律。统治者道德、言行是规范被统治者道德、言行的尺度。人治曾被各国专制统治者使用,其内涵是指在权力和法律关系之中强调权力大于法律、凌驾于法律之上,认为权力是法律得以产生的依据和法律存在的基础,法律受权力的制约和支配,其最终目的是维护君主专制的统治。这种人治主义是与以坚持贯彻法治理念的罪刑法定原则背道而驰的,这种人治理念斩断了罪刑法定原则得以建立的立法基础。

根据以上的分析,我们可以说,罪刑法定主义的思想主张在中国古代刑法史中源远流长,但中国古代刑法史的长河却没有培育出罪刑法定原则产生的土壤,所以说在我国古代刑法中不可能存在罪刑法定的原则。

注释

[1]牧野英一著:《日本刑法(上卷)》,有斐阁,1939,63。

[2]马克昌:《比较刑法原理》,武汉大学出版社,2002,62。

[3][日]大谷实:《刑法讲义总论》,成文堂,1994,62。

[4]晋书·刑法志。

[5]刑事法专论,中国方正出版社,1998,187。

[6][日]浅川幸辰:《刑法著作集(第4卷)》,世界思想社,1981,17。

论西周时期的礼刑关系

沙 鹭*

(南京大学 法学院,江苏 南京 210093)

摘要:“礼”和“刑”是西周法律制度的主要表现形式,两者关系交错复杂。本文通过对西周时“礼”、“刑”进行释义,进而分析两者的相互关系。在先秦史籍中,常常“礼”、“刑”并称,“礼”与“刑”共同构成了西周的法律体系。从宏观上看,作为阶级统治工具,两者有着共同的宗旨与目的,都是维护当时社会秩序、调整社会关系的重要社会规范,但两者的地位、作用和适用对象又是不同的,它们之间既有联系又有区别,相辅相成,互为表里。

关键词:礼;刑;关系

西周(约公元前11世纪至公元前770年),建都镐京(今陕西省西安市南),是我国历史上第三个奴隶制王朝。西周从武王灭商至幽王被犬戎所杀,历时257年,共传11世12个王。西周建立政权后,政治、经济、文化日趋发达,被视为中国奴隶社会的鼎盛时期,其法律制度在夏、商的基础上有了很大的发展。在法律思想方面,西周统治者有继承夏、商两代“天讨”、“天罚”的神权法思想的基础上,提出了“以德配天”、“明德慎罚”的政治法律主张。这种政治理论和法律主张被视为后世中国传统社会“仁政”理论和“德主刑辅”宏观策略的直接渊源。在法律形式上,通说认为西周时“礼”、“刑”并用,这种模式对中国封建社会的“礼法结合”、道德与法律相互渗透和融合有直接的影响。在刑事方面,无论是“刑罚世轻世重”的政策,还是老幼犯罪减免刑罚等原则,以及早期的教育刑思想,都对后世产生了长远的影响。此外,西周时期形成的婚姻制度、婚姻礼仪,以及富有特色的司法诉讼制度等影响也颇为广泛。可见,在中国古代法制的发展和传承之中,西周的法制占有重要的地位。

本文所要关注的是西周的法律形式。一般认为西周的主要法律形式是“礼”与“刑”。周朝建立后,吸取商朝灭亡的教训,一方面是重视礼的建设,即周公制礼;另一方面也加强了刑的建设,即作《九刑》、《吕刑》,形成了“礼”、“刑”并用的法律体系和司法原则,它对于维护奴隶主贵族阶级统治,巩固奴隶制国家政权起着极为重要的作用,同时也为后世封建制法制的建立发展起着十分重要的影响和作用。

一、“礼”的释义

(一)“礼”的起源与发展

“作为一种言行规范,‘礼’最早源于氏族时代的祭祀风俗。”^[1]在商代甲骨文中,为上下结构,上部双“王”为古“玉”字,下部“豆”为器,王国维《释礼》说,像“盛玉以奉神人之器”^[2],即象征以器盛玉献祭于祖,是一种早期祭祀活动的仪式。之后加上“示”旁,作“礼”,依然是牌位“示”前面放置盛放祭品的盛器象形,而后简化为“礼”。许慎《说文解字》记“礼,履也。所以事神致福也。”^[3]可见,礼与先民的祭祀活动密不可分,是指祭祀活动中的程序和仪式。祭祀在中国古代具有特别的意义,是关乎公众公共利益并受全体社会成员关注的大事,正如《左传》云“国之大事,在祀与戎”。^[4]在周代以前的夏、商,祭祀频繁并不断发展(如殷人有所谓“周祭制度”),使得祭礼达到相当完备的程度。纷繁讲究的祭祀活动不仅包含了关于人与自然、人与人之种种关系的内容,其背后也反映着当时的各种社会关系和观念(比如,由谁来主持祭祀活动,哪些人有资格参与祭祀、致祭的次序排列等)。经过千百年的传承和发展,一些祭祀礼仪以及相关的观念流传下来,并注入了反映血缘亲疏、等级尊卑的内容。阶级分化、国家逐渐形成以后,一部分反映等级差别和专制要求的精神原则逐渐从具体的礼仪形式中被抽象出来,形成一系列指导阶级社会生活的原则和规范。这时的“礼”已逐渐被扩展和演变,并不专指礼仪形式这种狭义上的“礼”,而被赋予了新的内涵。

(二)“周公制礼”和西周的礼治

说到周礼,人们往往提起“周公制礼”,其实周礼非出自周公一人之手,西周的礼是在社会经济与政治的长期发展过程中逐渐形成的。根据史料记载,在夏商时期,作为言行规范的“礼”就已经存在,孔子曰:“殷因于夏礼,所损益,可知也;周因于殷礼,所损益,可知也。”发展到西周,特别是由于周公的贡献,使礼达到了成熟的阶段。据《左传》文公十八年记载:“先君周公制《周礼》。”“即在周公的主持下,对以往的宗法传统习惯进行了整理、补充,拟定成一整套以维护宗法等级制度为核心的行为规范及相应的典章制度、礼节仪式。”^[5]

周礼的内容十分广泛。《礼记·典礼上》说:“道德仁义,非礼不成;教训正俗,非礼不备;分辩是非,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

* 作者简介:沙鹭(1985—),女,江苏南京人,南京大学法学院2007级硕士研究生。

庄。”可见，周礼的内容涵盖了政治、军事、司法、行政、道德教化、丧葬嫁娶、宗教祭祀等各个方面，体现了奴隶主阶级意志的各种行为规范的总纲。周礼中有很多规范是靠国家强制力来保证执行的，具有法律的性质，有些甚至是奴隶主贵族“经国家，定社稷”的最高准则，是维护奴隶主阶级专政的重要工具。^[6]

以《周礼》为基础而建立起来的西周礼治，其根本宗旨在于确立一整套与奴隶制宗法制政治统治相适应的社会等级制度和结构，其基本精神就是“亲亲”、“尊尊”的原则，长幼有序，上下有别。《礼记·典礼上》认为礼是“定亲疏，决嫌疑，别同异，明是非”的依据。《左传·隐公十一年》说礼起着“经国家，定社稷，序人民，利后嗣”的重大作用。

二、“刑”的释义

在先秦时代，“刑”区别于现今的含义，史籍中运用的“刑”字，主要从三个层次的意义去理解：其一，专指砍头的刑罚。这是“刑”字的原始含义，《说文解字》云：“刑，剕也”，剕乃用刀割头之意。其二，所有刑罚的通称。随着刑罚的运用，“刑”字逐渐从狭义的砍头刑罚逐渐演变成抽象的概念，泛指所有的刑罚。《说文解字》云：“刑者，五刑也。凡刑罚，典刑，仪刑皆用之。”其三，泛指与刑罚密切相关的法律规范。在先秦时期，动用刑罚进行处罚是国家最主要最经常的一种调整手段，任何违背统治秩序、冒犯统治者意志的行为，往往会招致刑罚处罚，几乎所有的法律都会与刑罚有关。所以用“刑”字来指代法律。^[7]

刑作为西周法律的一种重要形式，主要表现在所谓的“国家制定法”——“九刑”和“吕刑”。“九刑”有两种不同的理解，一认为其和禹刑、汤刑的性质类似，是西周时期的法律的通称，即把“刑”理解为与刑罚相关的法律，把“九刑”理解为相当于现代的刑法典；也有一说认为“九刑”是指九种刑罚，是在先前的“五刑”的基础上再加四种刑罚而成。在先秦的史籍中，往往“礼”、“刑”并提，此处之“刑”应当理解为既指法律规范又指刑罚手段，比较妥当。

三、论礼刑的关系

在先秦史籍中，常常“礼”“刑”并称，“礼”与“刑”共同构成了西周的法律体系。从宏观上看，西周时期的“礼”与“刑”都是当时维护社会秩序、调整社会关系的重要社会规范，但它们的地位、作用和实施范围等诸多方面既有联系又有差别。

张晋藩在《中国法制史》^[8]中认为其具体表现有二。“第一，礼是刑亦即法的基础和渊源。……第二，西周以礼为法，礼是法的重要组成部分，礼本身就是广义的法。”笔者认为，这种说法是从中国古代社会“礼”“法”基本趋同的角度去分析，认为广义的刑就是法，实际有点牵强。毕竟当时之“刑”是否和后世“法”与“律”的指称或用法相同还有待考证，更不能用现今法学研究上“法”的概念去判断“法”，“刑”以及“礼”的关系。不过，据史料记载，礼刑关系密切，相辅相成，互为表里还是有所依据。

从形式上看，西周的刑事礼法是“礼治”的一部分。据《周礼》记载，国家设置六官，职掌六典，即治典、教典、礼典、政典、刑典和事典，通称“邦典”。其中对刑典的解释是：“五曰刑典，以诘邦国、以刑百官，以纠万民。”^[9]可见周礼中将刑典作为《周礼》的一部分，是关于刑事方面的基本规范。《唐律疏议》序中有“周公寓刑于礼，不制刑书”的说法。^[10]

从内容上看，礼与刑都是西周统治者用来维护社会秩序和调整社会关系的重要工具，共同构成了西周奴隶制国家的法律体系主干。它们的区别主要表现在：

礼与刑所起的作用是不相同的。《尚书·大传》曰：“礼者，禁于将然之前；而法者禁于已然之后。”礼着眼于预防，刑着眼于处罚；礼是犯罪之前积极的预防；刑是犯罪之后的惩罚，是消极的处置。同为行为规范，礼和刑互为表里，相互补充。即礼的贯彻要靠刑作保证，而刑的制定又必须贯彻礼的精神。《尚书》曰：“明于五刑，以弼五教。”这就是说，“刑以助礼”，以礼为本，以刑为用，教化为本，刑期于无刑，出于礼者入于刑，刑终于礼。后人的经典表述就是“礼之所去，刑之所取”，“出礼则入刑”。^[11]《礼记·典礼》中有“礼不下庶人，刑不上大夫”的说法，可见礼刑的适用对象也有所差别，但这并不是说礼的规范对庶人没有约束力，刑法不适用于大夫以上的贵族。而是强调了礼有等级高低之分，贵族的礼仪不适用于忙碌贫贱的民，而大夫以上的贵族犯罪，往往会享有一定的特权。

总之，礼与刑是西周法律制度主要表现形式，构成了西周奴隶制国家的法律体系。作为阶级统治工具，两者有着共同的宗旨与目的，但两者的地位、作用和适用对象又是不同的，它们之间既有联系又有区别，相辅相成，互为表里。“礼”、“法”并用形成了西周奴隶制法律制度的显著特点，对后世法制产生了巨大的影响。

注释

[1][5][7] 曹宪义：《中国法制史》，北京大学出版社、高等教育出版社，2000.41、36、21—22、45。

[2] 王国维：《释礼·观堂集林》（卷六）。

[3] 《说文解字》·上·示部。

[4] 《左传·成公十三年》。

[6] 刘新：《中国法律思想史》，中国人民大学出版社，2000.13。

[8] 张晋藩：《中国法制史》，高等教育出版社，2003。

[9] 《周礼·天官·宰宰》。

[10] 马作武：《中国法制史》，中国人民大学出版社，2004.33。

[11] 后汉书·陈宠传。

庞德的社会控制理论探析

汪明 周煜*

(南京师范大学 法学院,江苏 南京 210046;江苏省南通市经济技术开发区人民检察院,江苏 南通 226001)

摘要:美国著名法学家罗斯科·庞德作为社会学法学的集大成者,其社会控制理论对法社会学产生了深远的影响。本文通过对社会控制理论及其基础“利益学说”加以分析,并探讨我国当前法治建设进程中对社会法学的立法中如何借鉴和吸收其社会控制的思想,以期反映社会利益在社会主义法治进程中的利益要求。

关键词:罗斯科·庞德;社会利益;社会控制理论

一、庞德的利益理论解读

社会控制是法律的目的和任务,而达到这个目的的关键在于承认、确定、实现和保障利益。利益的矛盾冲突是社会控制产生的原因所在,而社会控制的最后目的是希望以最小的阻力和浪费最大限度地满足社会中人类的利益。利益是社会控制的主要对象,也是法律关注的核心所在。

庞德的利益学说,在思想源流上受到了新功利主义(目的)法学派创始人耶林的重大影响。耶林在《罗马法的精神》中,将权利定义为“在法律上受到保护的利益”,在其《法的目的》一书中,他阐发了其法哲学思想,首先区分在物质世界起作用的原因和在人的意志中起作用的目的,从而认为目的是法的创造者。在耶林看来,此处的目的就是指利益,利益又有个人和社会的,两者不可偏废。法也是以权利为前提,如果抽象的法没有权利内涵,就失去了法的生命和本质。在耶林的理论影响下,庞德发展出自己的社会利益分类学说与权利学说,并为其社会学法学与社会控制说奠定了理论基础。

庞德把利益定义为:“人类个别地或在集团社会中谋求得到满足的一种欲望和要求,因此人们在调整人与人之间的关系和安排人类行为时,必须考虑到这种欲望和要求。”利益是法律的核心所在。它在古老的原始状态中就存在,是先于法律而存在的;法律只是对利益的一种承认和保障。庞德认为,各种利益之间必然产生冲突或竞争,这是由于个人相互间的竞争以及由于个人和这些集团、联合体或社团在竭力满足人类的各种要求、需要和愿望时所发生的竞争。此时就需要有法律进行调整,决定承认哪些利益,在什么范围和限度承认和保障,以及如何保障——这就是法律的任务所在。法律对利益的承认和保障主要是通过赋予法律权利的方式来达到。权利是“各种合理期望”,是一个人以经验、以文明社会的假设或以共同体的道德感为基础而产生的各种合理期望。庞德将权利分为自然权利(应当由法律加以承认和保障的主张)、道德权利(可能为共同集体的一般道德感所承认并为道德舆论所支持的主张)和法律权利。其中某个或所有的合理期望可能为法律所承认和支持,从而变得更加合理,这就是“法律权利”。

“当任何一个利益已被拒绝承认或已得到承认并被划定了界限时,法律的任务还没有最后完成。”在诸多的利益主张中,仍存在如何进行取舍的问题。庞德认为取舍的标准应是是否能够通过最低程度的利益牺牲换取利益的最大化。也就是说,法律作为社会控制的一种手段,作为保护利益的一种方式,必须对利益的价值进行判断和比较,以求在最小的成本消耗下获得整个社会利益的最大化。

二、社会控制理论分析

社会控制是随着人类社会的发展而逐步建立起来的。但作为一个社会学概念,它是由美国社会学创始人之一的爱德华·罗斯在1896年首次提出的,罗斯也因此成为社会控制理论研究的始作俑者。控制理论在社会学领域的运用,强调控制主体和控制对象的信息反馈和控制行为之间的关系。具体而言,就是通过各种手段,包括宗教、道德、法律等等手段对人们的行为进行安排,对社会关系进行调整,维护社会秩序,最终服务于人类利益的控制方式。社会控制的方式可以分为外在的社会控制和内在的社会控制,积极的社会控制和消极的社会控制,正式的社会控制和非正式的社会控制。

庞德认为,人性包含着自我扩张的本性和社会本性两个方面。一方面,人的自我扩张的本性外在的表现是人的欲望和要求;这种欲望和要求不断地扩张、永无止境;个人的本性决定了整个人类社会对于外在自然资源的要求也是无限的。另外一方面,世界上的事物和资源是有限的。为了协调这里的两组矛盾,庞德提出了自己的解决办法:通过控

* 作者简介:汪明(1978—),男,安徽青阳人,南京师范大学法学院2006级宪法与行政法学硕士研究生;

周煜(1983—),男,江苏南通人,江苏省南通市经济技术开发区人民检察院助理检察员。