

A stylized graphic consisting of a dark arch on the left and a vertical yellow bar on the right.

华东政法大学
刑法学博士文库

刑民实体 关系论

A small logo consisting of a stylized 'S' shape.

上海人民出版社

朱铁军 著



华东政法大学
刑法学博士文库

刑民实体 关系论

 上海人民出版社

朱铁军 著

图书在版编目(CIP)数据

刑民实体关系论/朱铁军著. —上海:上海人民出版社,2012

(华东政法大学刑法学博士文库)

ISBN 978-7-208-10770-0

I. ①刑… II. ①朱… III. ①刑法-研究②民法-研究 IV. ①D914.04②D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 108949 号

责任编辑 龙 敏

封面设计 陈 楠

• 华东政法大学刑法学博士文库 •

刑民实体关系论

朱铁军 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

常熟市新骅印刷有限公司印刷

开本 720×1000 1/16 印张 17 25 插页 2 字数 244,000

2012 年 9 月第 1 版 2012 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-208-10770-0/D·2088

定价 35.00 元

总序

在现代社会,刑法在人类社会生活、国家生活中依然演绎着举足轻重的角色,彰显出其无尽的魅力。刑法学作为一种文化的凝结,激发着一代代的学人为之皓首穷经,兀兀穷年,刑法学的发展正是这样薪火相传,生生不息。在这样的传承过程中,《华东政法大学刑法学博士文库》(以下简称《文库》)就像涓涓细流或一缕烛光,以学者或学子们自身的沉思和耕耘为刑法学的研究和刑事法治的发展注入自己的精神,闪烁出自己的智慧。继承前人之心智和毅力,“安知不如微虫之为珊瑚与羸蛤之积为巨石也”(章太炎语)。

华东政法大学刑法学科是上海市重点学科,早在1981年就获批设立刑法学硕士点,2003年设立刑法学博士点和博士后流动站,刑法学课程被评为上海市精品课程,学科曾得到联合国教科文组织和世界银行的重点资助。近年来,华政刑法学科一直走在全国同类学科的前列,致力于刑法学基础理论的研究与教学,取得了一系列高水平、令人瞩目的教学和科研成果,为国家培养了大批高层次、高质量的理论研究与教学人才、司法人才,成为中国刑法学教学和研究的南方重镇。学科依托华东政法大学刑法学研究中心,为研究刑法学的学人提供了坚实的平台和良好的氛围,《文库》就是中心推出的系列著作中的一部分。作为博士们思想和智慧的结晶,作为他们宣传和弘扬刑法文化的窗口,《文库》中的著作包含着华政刑法专业博士生们的追求、志向和期望,维系着他们对法治前景的憧憬。

古人曾经指出:理论和学术的追求在于“究天人之际,通古今之变,成一家之言”(司马迁语)。著书立说,匡济天下,一直是中国文人的最高追求,这一根脉至今仍然浸润在当代学人的精神深处。在我看来,作为刑法文化的研究者,“弘扬、建构、批判”是基本的要求也是终极目标,也是《文库》追求的基本价值取向。

所谓“弘扬”，首先是指弘扬祖国优秀的刑法文化传统，发掘中国刑法文化中优秀历史遗产，汲取世界各民族一切合理的、现代的刑法知识成果，促进刑法的发展，促进法治的完善，促进社会的进步。无论是从文化发展的历史过程分析，还是从当代文化的构成体系分析，刑法文化都是人类生活不可或缺的选择方式，刑法的发展更是直接和明显揭示了人类价值与信仰的一种追求，刑法文化从一定意义上说是一个民族、国家和地区在一定的历史时期适应环境并取得成功的一种记录。圣人贤良无非是人类文化与智慧的代言人，正是他们在对困境的思考中，产生出了精湛的思想，创造了不朽的著作，形成和丰富了文化的宝库。刑法文化既有多样性的要求，又有一些共同的价值取向，这些都需要学者们去传递和弘扬。

所谓“建构”，实际上就是与时俱进。从一定意义上说，刑法是稳定的但又是滞后的，刑法文化需要弘扬但更需要改造，尤其是处于社会转型时期的中国，社会生活日新月异，法治的许多领域都在改弦更张，在旧有体制逐步解体过程中，新的体制尚未确立的边际，建构成为一项重要的使命，这是社会的迫切要求，也是理论研究者的历史责任。就刑法而言，存在着大量的如哈特所说的“空缺结构”，需要我们去应对、去补缺，建构较为完备的刑法学理论，建立科学的刑法学体系，以制度的建构促进观念的更新成为理论的重要使命。

具体而言，这种建构包括博士们对于自身学术理论的建构，对于刑法制度的设计，也包括对于作为他们研究和学业成果的《文库》本身的建构。荀子在《劝学篇》中说道：“不积跬步，无以至千里；不积小流，无以成江海。骐骥一跃，不能十步；驽马十驾，功在不舍。”我坚信，在他们继往开来的努力中，一定会在我国刑法学术体系的建构中确立自己的位置和人生轨迹。

所谓“批判”，既是一种方法论也是一种思考的结果。建构与批判实际上是一个事物的两个方面。对于刑法学的研究同样既是一个建构的过程又是一个批判的过程。新的理论的建构、理论的完善必然包含着对于旧的理论、理论缺陷的否定或修补，否定或修补就是一个批判的过程。而立足于批判基础上的刑法理论必将促使人们去建构和完善刑法的理论和思想。当然，由于方法论的不同，建构与批判具体表现在行为的方式和思路上也

会具有较大区别。据此我们也会发现在《文库》的一些著作中,有些著作更倾向于建构某些理论,有些著作则更为突出对于现实的批判,为人们提供思考的方法和路径。批判的方法张扬了理论和学术的独立性,体现了学术的本质冲动,体现了学术存在的内在必要性,为打破知识视野的局限性提供了批判的武器,当然在现实性较为直接的刑法学领域,有时又显得束手无策。但无论怎样,质疑和批判绝非仅仅是一种情绪化的产物,而都应该建立在广博而全面的知识积累基础上,都应该建立在冷静的理性论证的前提下。

“文章千古事,得失寸心知。”本《文库》所追求的“弘扬、建构、批判”宗旨只是一种外在形式表达,从实质上说,博士应该有博学之才,应该是有识之士。他们可能青灯素面,他们也可能守土一方,但是作为“士”,诚意、正心、修身、齐家、治国、平天下的观念应该是不变的信条,著书立说应该是一件庄重而严肃的事情,应该是战胜自我,洁净心灵,悟透人生的过程。伟大的时代召唤着与其相适应的理论成果和人格性情,我衷心希望更多的博士们经过自身矢志不渝的追求,走在时代的前列,成为社会发展的动力源。

刘宪权*

* 荷兰艾柔莫斯大学法学博士,现任华东政法大学法律学院院长、教授、博士生导师、刑法学研究中心主任,兼任国际刑法学研究会中国分会常务理事、中国刑法学研究会副会长、上海市刑法学研究会会长。

序

铁军博士的博士论文《刑民实体关系论》纳入《华东政法大学刑法学博士文库》即将付梓出版,他邀我作序,作为他的博士生导师,我由衷高兴、欣然应允。

中国特色社会主义法律体系的形成,表征着法治的完善,意味着全面落实依法治国方略进入了新的历史阶段。刑法是公法的代表,民法是私法的核心,同属整个法律体系中两大不同法律部门,与其他法律规范共同建构起人们生活的基本规则。基于整体法秩序统一性的原理,将刑法孤立于其他法规范之外进行闭门式研究是无法想象的,也是根本行不通的。实际上,刑法与其他法领域之间存在着一定的关联性。以刑法与民法之间的关联为例,财产犯罪最能体现。一方面,刑法中任何犯罪,特别是财产犯罪,都可以用民事侵权行为理论来解释,即使是杀人行为也不例外;另一方面,刑法中对某一概念的界定离不开从民法的角度来诠释和理解。当然,基于规范设立目的和主旨的不同,刑法与民法之间也存在重大区别,也正是如此,我们常会得出“刑法注重行为、民法注重关系”这样的结论。

正是由于刑法与其他法领域之间存在着这种界分中有关联、关联中有融合的现象,长期以来,刑法与其他法律部门之间的关系,尤其是其与民法之间的关系问题,始终是理论上经久不衰的研究课题,引起了众多学者的浓厚兴趣。特别是在司法实践中,在刑民交织、刑民交错、刑民交叉现象日益增多的情形下,对其加以整体研究更具现实意义。因此,当2006年年底,铁军博士刚入学不久就表示将以刑法与民法关系问题作为博士论文的选题,并讲述了自己的初步撰写思路时,我毫不犹豫地表示同意,要求他立足理论上的困惑与司法实践中的难点,对这一富有挑战性的课题加以体系性思考和探索,并安排了一些与此相关的分课题先行调研。经过艰苦的努力、踏实的调研,在陆陆续续推出《民事赔偿的刑法意义》、《不当得利与侵

犯财产类犯罪界限之分析》等一些阶段性调研成果的基础上,2008年年底,铁军博士将最终研究成果交我审阅,我感到非常满意,也消除了我最初的些许担忧。综观全文,从总体架构上看,论文在梳理刑法与民法关系历史演进的基础上,紧紧围绕刑法与民法之间的关联、分界、融合角度加以展开,既表现出主题的鲜明、逻辑的缜密,也体现出研究路径的新颖和视角的独特。从内容和论证上看,论文对刑法与民法各自所具有的独立品格,相互间共通之处、存在的交错、规范效应,以及未来的趋向进行了论述。在这些论述中,不仅有纵向角度的梳理,也有横向角度的比较;不仅有宏观上的把握,也有微观上的操作;不仅有域内的司法实践,也有域外的经验考察;不仅有在前人基础上的完善,也有一些开创性的见解。所有这些都充分展现了铁军博士良好的理论基本功、丰富的司法实践经验和严谨的研究态度。正是如此,在2009年年中博士论文答辩时,答辩委员会委员一致确认成果为“优秀”。

需要指出的是,基于这一课题的宏观性和挑战性,文中个别论点的周密性需进一步加强、一些论证尚需进一步深入,如在刑法对民法的保障属性分析上,刑法的确是调整社会关系的最后一道屏障,但这实际上是针对立法层面上而非针对司法层面上而言的,尽管文中对此有所阐述,但司法层面上该如何运作并未展开详细论述。但瑕不掩瑜,我非常乐意向各位读者推荐此书,期冀借该书的出版促使更多理论和实务界同仁关注这一领域研究,也希望铁军博士以此为基点,“博学之,审问之,慎思之,明辨之,笃行之”。

是为序。

刘宪权

2012年6月

目 录

引 言 /1

第一章 刑法与民法关系初论 /5

第一节 刑法与民法关系的历史演进 / 5

- 一、古代法律中的刑民不分 / 5
- 二、近代法律中的刑民分立 / 16
- 三、当代法律中的刑民融合趋势 / 22

第二节 对有关刑法与民法关系学说的述评 / 30

- 一、国外有关刑民关系的聚讼——以大陆法系国家学说为视角 / 30
- 二、我国有关刑民关系研究的进路及观点 / 38
- 三、观点的评述——刑法与民法相关性和独立性的并存 / 43

第二章 刑法与民法之间的关联 /47

第一节 刑法对民法的保障属性 / 47

- 一、刑法对民法保障属性的依据 / 48
- 二、刑法对民法保障属性的立法表现 / 51
- 三、刑法对民法保障属性的启示 / 65

第二节 刑法与民法之间的交错 / 73

- 一、刑法与民法交错的表现 / 74
- 二、处理刑法与民法交错应注意的几个问题 / 84

第三节 刑法与民法之间的规范效应及例外 / 91

- 一、民法对刑法规范效应的体现 / 92
- 二、刑法对民法规范效应的体现 / 121
- 三、刑法与民法相互间规范效应的例外 / 136

第三章 刑法与民法之间的分界 / 153

第一节 中外理论上有关刑法与民法区分观点的述评 / 153

- 一、我国内地以及台湾地区学者研究的主要观点 / 153
- 二、国外学者研究的主要观点 / 156

第二节 刑法与民法特性之比较分析 / 161

- 一、刑法的义务性与民法的权利性 / 161
- 二、刑法的主观性与民法的客观性 / 164
- 三、刑法的封闭性与民法的开放性 / 169
- 四、刑法的第二次性与民法的第一次性 / 173
- 五、刑法的实质性与民法的形式性 / 175
- 六、刑法的惩罚性和民法的矫正性 / 178

第三节 犯罪与民事不法的区分 / 181

- 一、历史维度上的犯罪与民事不法区分 / 181
- 二、犯罪概念与犯罪本质视野中的犯罪与民事不法区分 / 186
- 三、对相关界分犯罪与民事不法标准的评价 / 190
- 四、我国刑事司法中的犯罪与民事不法区分 / 195

第四章 刑法与民法之间的融合 / 207

第一节 民事赔偿的刑法意义 / 207

- 一、民事赔偿机能的历史流变 / 208
- 二、民事赔偿刑法意义在域外理论和立法中的表现 / 211
- 三、民事赔偿在我国刑法中的意义 / 220

第二节 被害人过错的刑法意义 / 233

- 一、民法中受害人过错的意义——过失相抵 / 233
- 二、国内外刑事立法和司法对被害人过错的态度 / 235
- 三、理论上有关被害人过错影响行为人刑事责任根据的述评 / 240
- 四、刑法中被害人过错的界定 / 242

参考文献 / 245

后 记 / 265

引言

刑法与民法作为两大基本部门法,两者之间的关系问题始终为法学领域重点关注的课题,同时也为一大富有挑战性的基本难题。从英国功利主义大师边沁(Bentham)有关刑法与民法界限的论述,^①到大陆法系国家理论上有关刑法从属性说与独立性说之争、刑法与民法之间的对话,^②再至国内学者有关刑民分界、刑民交叉和刑法在现代法律体系中的地位与特征等问题的论述,无不透视着理论和实践上从不同视角对刑法与民法之间关系孜孜不倦地探究和追寻。

一、研究的缘起

(一) 部门法研究路径的反思

在我国,部门法的分类细分对促进各法学学科研究的精细化起到了非常重要的作用,但与此同时应充分看到,这也造成了各部门法独自发展、各自为政、自给自足、画地为牢,甚至相互矛盾或冲突的流弊。整体上观察,在我国,各部门法之间缺乏有效的交流、沟通、对话和互动。具体到刑法与民法这两大现代国家核心部门法,它们彼此之间同样欠缺有效沟通和对话。在司法实践中,我们常常会看到这样的现象:对某一问题的判断和评价,基于刑法与民法不同的学科背景、立场,会作出不同的判断和评价,甚至会得出完全截然相反的结论。最为典型的是:对某一案件的定性,刑法学者认为构成犯罪,需要进行刑事法上的评价;而民法学者则认为,这仅是民事法调整的范畴,尚未达到刑事法调整的必要。面对这样的境况,不得

① 相关论述可参见[英]吉米·边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版;[英]吉米·边沁:《论一般法律》,毛国权译,上海三联书店2008年版。

② 典型的如[日]佐伯志仁、道垣内弘人:《刑法与民法的对话》,有斐阁2001年版。

不引起我们的深思,即在精细化研究的同时,是否需要跳出刑法与民法各自的藩篱,打破刑法与民法学科之间的壁垒,采取开放式结构,进行相关体系性的思考和开展刑法视野中的民法和民法视野中的刑法这样交互式的研究。从维护整体法秩序以及学科自身发展、进步来看,显然是有必要的。实际上,不仅法学各学科之间需要相互吸收营养,而且法学学科也要吸收其他学科的营养。这正如波斯纳(Posner)所言,法律是一个独立的学科,却不是一个自给自足的学科;为了满足社会发展的需要,它必须不断地从其他学科中汲取知识来充实法律学科的发展。^①所幸刑法学界已有一些学者认识到此点。如储槐植教授就主张,我国刑法学研究应当突破单向、片面、孤立和静态思维模式,确立由在刑法之中研究刑法、在刑法之外研究刑法和在刑法之上研究刑法组成的多方位立体思维。^②其中,在刑法之外研究刑法,则要研究刑法的外部关系和内部关系对刑法的存在样态和运作方式的影响。另有学者指出,刑法学作为一门科学,并不是“自足的”,刑法学的生命力应在于其研究的开放性。要使刑法学这门“古老的学科”焕发年轻的活力,就应提倡刑法学研究的“开放性思维”。这种开放性思维体现在三个方面:刑法学研究领域的广泛性、刑法学研究方法的多样性和刑法学研究视野的开阔性。^③基于此,选择刑法与民法实体上的关系作为主题,对刑法与民法实体关系展开体系性思考,不失为一种新的、不可或缺的研究路径。

(二) 理论和实践上的困惑——最直接的动因

困惑的出现是对刑法与民法实体上关系加以探究的最直接动因。在理论和实践中,都存在一些涉及刑法与民法实体关系方面的困惑。具体而言,在理论上,诸如刑法与民法作为两大基本部门法,它们之间究竟是独立关系还是依附关系?各自究竟具有何种独立的品格?两者之间是否存在共通之处以及存在哪些共通之处?相互之间是否存在交错的情形和现象?

① [美]理查德·A. 波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第532—544页。

② 储槐植:《刑法研究的思路》,载《中外法学》1991年第1期。

③ 苏彩霞:《提倡刑法学研究的“开放性思维”》,载《法学杂志》2003年第4期。

是否具有相互规范的效应?在当代两者之间出现了何种新的趋向?而在实践中,最为现实的问题是该如何界分犯罪与民事不法?该如何处理所面临的大量刑民交叉案件中的实体问题?对刑法与民法中同一概念和术语能否采取同一解释?刑法与民法之间的冲突问题该如何处理?民事赔偿能否影响定罪或量刑?民法中的过失相抵或公司人格否认法理能否为刑法所借鉴等。就两者之间关系的这些理论上和实践上的困惑和难题都亟须得到阐释和解决。这些理论和实践上存在的困惑和难题促使我们必须对刑法与民法实体关系进行深层次的思考,以寻求解决之道。

二、研究的方法和本书的基本架构

就研究方法而言,本书注重运用比较方法和例证法。

作为一种科学方法,比较法学的比较方法是指一方面以法律为其对象、另一方面以比较为其内容的思维方法。^①基于本书主旨是对刑法与民法实体上的关系进行研究,因此在方法论上运用比较的方法就成必然,也最显特色。应该说,对刑法与民法相关问题进行多维度的比较始终贯穿于本书的始终。不仅有对刑法与民法进行宏观上的比较,如对刑法与民法各自的特性和独立品格的比较;而且有对刑法与民法微观上的比较,如犯罪与民事不法的区分、同一术语在刑法与民法中的不同解释。不仅有从历史角度纵向比较观察刑法与民法之间的关系,也有从不同国家和地区的角度横向比较观察刑法与民法之间的关系。不仅有理论上不同观点的比较,也有实务上不同操作模式的比较等。通过运用比较的方法,明晰刑法与民法之间的区别与联系,更有助于问题的解决。实际上,在多元刑法方法论中,比较方法具有十分重要的作用。大陆法系对许多重要犯罪的思考总是结合民法等其他部门法的判断进行,但是又不局限于其他部门法思维所得出的结论。^②

^① [德]K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,法律出版社2003年版,第3页。

^② 周光权:《刑法学的西方经验与中国现实》,载《政法论坛》2006年第2期。

理论来源于实践,又反作用于实践,为实践服务。对刑法与民法实体关系的研究最终是要落实到为司法实践服务,解决实践中存在的困惑和难题。换言之,对本课题的研究具有极强的实践性。基于此,本书注重理论与实践的有机结合,充分运用例证的方法。在论证某一问题时,注重分析司法实践中已有的涉及刑法与民法关系的典型案例,归纳出规则后作为立论的依据,以便增强本书的实践性。

就本书架构而言,除引言外,共分刑法与民法关系初论、刑法与民法之间的关联、刑法与民法之间的分界、刑法与民法之间的融合四章。在刑法与民法关系初论一章,主要通过分析刑法与民法关系的历史演进以及述评理论上有关刑法与民法关系的学说,以便对两者之间的分界、关联、融合关系有一个初步的映像。在刑法与民法之间的关联一章,主要通过探讨刑法对民法的保障属性、刑法与民法之间的交错、刑法与民法之间的规范效应,阐明两者之间的关联。在刑法与民法之间的分界一章,主要通过对中外理论上有关刑法与民法区分观点的述评、刑法与民法特性之比较分析、犯罪与民事不法的区分等进行探讨,以便从宏观和微观上厘清刑法与民法之间的界限,阐明两者各自的独立性。而在刑法与民法之间的融合一章,主要通过对民事赔偿的刑法意义和被害人过错的刑法意义进行探讨,阐明两者之间在功能上互补、制度上相互借鉴的融合和接近趋势。

第一章

刑法与民法关系初论

在对刑法与民法之间关系进行具体探讨前,梳理两者之间关系的历史脉络和理论上已有的有关学说尤显必要。前者能为我们展示一幅纵向上刑法与民法关系的历史画卷,而后者提供给我们的则是栩栩如生的画面。因此,在此章,重点探讨刑法与民法关系的历史演进以及对理论上有关刑法与民法关系的学说展开述评,以便对刑法与民法之间的关系有一基本的把握和了解。

第一节 刑法与民法关系的历史演进

法作为调整人们行为的一种规范,不是从来就有的,而是人类文明发展到一定程度的产物。刑法与民法作为法的重要部门,也是逐步演变和进化而来的,存在一个逐步发展的轨迹。因此,对刑法与民法关系进行研究,就有必要对两者之间关系的历史演进展开考察。总体而言,从历史的维度纵览中外刑法与民法之间关系,展现在我们面前的是从古代“刑民不分”到近代“刑民分立”再到当代的“刑民融合”这样的一种景象。

一、古代法律中的刑民不分

中国和古罗马作为世界两大文明古国,是中华法系和大陆法系的代表。考察两大文明古国法律史中的刑民关系,都体现为刑民不分。但在不分的共性之中,也体现出不同的路径选择。在古代中国,公法文化发达,强调身份本位、义务本位,在观念上强化服从与顺民,法律呈现出刑法化的特

点。而在古罗马,则体现为私法文化的发达,被称为民法的巨人、刑法的侏儒。这正如日本学者滋贺秀三在论及欧洲与中国在法文化的对极性时所指出的那样:纵观世界历史,可说欧洲的法文化本身是极具独特性的。而与此相对,持有完全不同且最有对极性的法文化的历史社会似乎就是中国了。这一点大概已为大多数人所肯定。在欧洲,主要是以私法作为法的基底和根干;在中国,虽然拥有从古代就相当发达的文明的漫长历史,却始终没有从自己的传统中生长出私法的体系。中国所谓的法,一方面就是刑法,另一方面则是官僚制统治机构的组织法,由行政以执行规则及针对违反规则行为的罚则构成。^①当然也必须指出的是,与中国古代法不同的是,尽管古罗马法律总体上也体现为刑民不分,但其已孕育着刑民有别的基础。

(一) 中国古代法律的刑法化

中国是一个发达的成文法国家,在传统中国法制长廊里,展现的是立法频仍的景象。对于中国古代的法律,代表性的观点和看法是“礼法结合、诸法合体、民刑不分、以刑为主”。对这种代表性的观点,并非没有学者反对。^②实际上,从刑民关系的角度看待这种争论,那就是首先要回答传统中国法制中究竟有无民法。如果有,是刑民不分,还是刑民有分,抑或不分之中又有分这样的问题。从20世纪初至今,法学界对中国古代有无民法的问题就一直争论不休,聚讼不断,说法不一。在近代法学界,就有肯定说(梅仲协先生持该种观点)、否定说(梁启超、王伯琦先生持该种观点)、民刑合一说(持此说者众多,杨鸿烈、戴炎辉、胡长清、杨幼炯、徐道邻、张镜影、林咏荣及浅井虎夫等皆持该立场)和民法与礼合一说(陈顾远、史尚宽以及

① [日]滋贺秀三:《中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材》,载《比较法研究》1988年第3期。

② 杨一凡先生曾对从20世纪30、40年代老一辈法学家陈顾远、丁元普、程树德到当代法学家张晋藩等反对论者的观点进行了梳理。其在对中国古代的各种法律形式、大量有代表性法律的内容和体例结构进行了比较研究后,认为从先秦到明清,历朝都存在多种法律形式,每一种法律形式都有其特定的功能。民、刑有分,刑事法律与各类非刑事法律有别,这些立法原则古今一以贯之。律典是刑法典,其内容属于刑事法律的范畴,决非是刑事、行政、军事、民事等法律规范的诸法合编。律典与其他形式的法律,是分工协调、诸法并用、相辅相成的关系。从各种形式的法律的内容或体例结构看,所谓“诸法合体、民刑不分”说都不能成立。参见杨一凡:《中华法系研究中的一个重大误区——“诸法合体、民刑不分”说质疑》,载《中国社会科学》2002年第6期。此外,对张晋藩先生的“诸法合体、民刑有分”的主张,可参见张晋藩:《中华法制文明的演进》,中国政法大学出版社1999年版。

潘维和先生等持该论)等四种观点。^①自 20 世纪 80 年代以来,这一问题在中国又重受关注。举其要者,如持肯定论者的张晋藩先生指出:在丰富而又悠久的中国古代法律史中,虽无现代民法的概念,但却存在着财产关系与人身关系和相应的法律调整……有人甚至断言,中国古代没有民法,只有刑法,显然这是不符合中国法律历史的实际的。^②

詹学农先生从法律渊源角度来辨析中国古代的民法规则,说法如下:其一,礼是中国古代民法的渊源之一,但只有那些具备民事法律规范的形式和结构的部分才是民法的渊源。其二,对律例中的户婚、田宅、钱债事项不能一概视为民法,其中,只有一小部分具备规定民事制裁手段,而且具有民事性质,符合民事法律规范结构的部分才是民法。此外,即使附有刑罚的规范,只要体现民法的精神和原则,也可看作民法渊源。其三,研究中国古代民法问题,不能仅仅关注国家法,必须同时探讨习惯法。^③李志敏先生指出:问题不在于是否使用了民法这个词,而要剖析法律的性质是不是民法。从民法的实质意义上说,不能否认,在中华古代法系中也有民法。要而言之,中国古代民法的渊源是礼、法律、经义、习惯;内容是户婚、田宅、钱债诸事,特点是宗法性和伦理性,以诸法合体为规范结构的表现形态,并且指出不分之中又有分的意味,从而表明问题的复杂所在。^④此外,李显冬先生认为:既然中国古代曾有辉煌的国际和国内贸易是不争的事实,且调整这些社会关系的大量的行为规则和裁判规则的存在亦不容置疑,那么,只要转换思路,从实质意义上的民法渊源的角度来看问题,就不但可以发现中国古代固有民法的实在体系,而且能够概括出其特有的调整模式。这无疑对目前我国民法典的编纂同样具有重要的现实意义。^⑤当然,持否定论

① 具体详细的论点、理由及评述可参见俞江:《关于“古代中国有无民法”问题的再思考》,载《现代法学》2001 年第 6 期;俞江:《近代法学家关于“中国古代有无民法”的讨论》,载俞江:《近代中国的法律与学术》,北京大学出版社 2008 年版,第 113—122 页。

② 张晋藩:《清代民法综论》,中国政法大学出版社 1998 年版,第 1 页。

③ 詹学农:《中国古代民法渊源的鉴别问题》,载《比较法研究》1998 年第 2 期。

④ 李志敏:《中国古代民法》,法律出版社 1988 年版,第 1 页。

⑤ 李显冬:《从〈大清律例〉到〈民法典〉的转型——兼论中国古代固有民法的开放性体系》,中国人民公安大学出版社 2003 年版,第 11 页。