

教育部人文社会科学重点研究基地
中国政法大学法律史学研究院

主办

中华法系

第九卷

朱勇 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

教育部人文社会科学重点研究基地
中国政法大学法律史学研究院 主办

中华法系

第九卷

主编：朱勇

副主编：张中秋 林乾

编委：陈煜（常务）

徐世虹 黄源盛

刘广安 单纯



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中华法系. 第9卷 / 朱勇主编. —北京: 法律出版社, 2017. 4

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0673 - 9

I. ①中… II. ①朱… III. ①法律体系—研究—中国
IV. ①D909.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 047894 号

中华法系(第九卷)
ZHONGHUA FAXI(DI JIU JUAN)

朱 勇 主 编

策划编辑 黄琳佳
责任编辑 黄琳佳
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 杜 进
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 A5
印张 12.25
字数 303千
版本 2017年4月第1版
印次 2017年4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)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 0673 - 9

定价: 48.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

学术研究

张晋藩:为往圣继绝学	(3)
刘广安:中国传统律典的协调适用原则	(8)
单 纯:论传统牧令书中的行政伦理	(21)
顾 元:省思与重构:比较视野下中国司法文明史研究的范式 与进路	(45)
黄宇昕:论“铸刑书”之争的法哲学意义	(70)
陈 煜:中国传统司法机构述论	(96)
张 杰:中国古代刑事庭审证据调查相关问题探讨	(123)
孙晓丹:出土简牍所见秦代刑徒减免刑的种类及其立法意图	(138)
李 萌:唐宋告身的法律规制	(154)
苗春刚:清末民国人口买卖法律规制研究	(177)
杨怡悦:战后中国与斯里兰卡调解制度比较研究	(195)
殷秀峰:法律政策学视角下的民族政策法制化研究	(212)
曹 斌 毛 妮:美国梦的意识形态分析 ——兼论中国梦的“中国性”	(226)

学术聚焦

- 李 青:明朝巡按御史制度管窥 (243)
- 何 平:明清时期巡按御史监察职能的兴衰 (254)

法治人物

- 李 鸣:一秉于礼 严刑致安
——曾国藩法律思想探微 (267)
- 王小康:钱穆法政思想述要 (282)

学术新人

- 田 源:刑事附带民事诉讼死亡赔偿金问题研究
——以元代烧埋银制度为借鉴 (307)
- 陈尚龙:南京国民政府时期诉愿制度研究 (322)

学术动态

- [德]李雅瑞:德国汉学与中国法治国家的建构:中国学中的
法律研究 (341)
- [挪威]尼尔·克里斯蒂:纠纷的财产化
——作为中国法的基础 (362)

学术研究

【编者按】 本卷《中华法系》“学术研究”专栏部分刊载有十三篇研究论文，前五篇论文主要讨论治法律史学的方法，以及古代法律史学材料中体现出的法律思想和原则，带有较强的历史哲学的意味。第六篇至第十一篇，则主要研究历史上的法律制度，有通史性质的法律史，也有断代性质的法律史学，侧重于法的本体的讨论。第十二、十三两篇，则离传统法律史学有一定的距离，一篇讨论民族政策的法制化，一篇讨论美国梦的意识形态问题并兼论中国梦的“中国性”，有着很强的现实意义，虽关注现实问题，但是其思想方法，都是从法律史学的角度展开的，具有较强的可读性，所以亦收入本卷。总体而言，本卷所收论文具有多样化的色彩。

为往圣继绝学^{*}

张晋藩^{**}

【内容摘要】 中国古代典籍中有许多法律史内容,有的篇章甚至就是法律史论文。这些法律史学精华,是我们祖先流传下来的“绝学”,我们应当为往圣继绝学,学以致用。这些绝学中有大量可供现代法治借鉴的经验,如民本主义、综合治理、人法兼治等思想和精神,这是我们的宝贵财富。

【关键词】 法律史 往圣 绝学

各位老师、各位同学,大家上午好!借这个颁奖的机会,我今天就以宋代著名哲学家张载的“为往圣继绝学”这句格言为题,来谈一谈治学的方法与价值。

张载是北宋时期主张“理在气中”的带有唯物主义倾向的哲学家、思想家,他说过四句非常有名的话,就是大家熟悉的“为天地立心,为生民立命,为往圣继绝学,为万世开太平”,他用这四句来表达治学理念和价值追求。简单讲,所谓“为天地立心”,就是说首先要树立一种高尚的精神,“为生民立命”,就是要引导人们重视自己的价值,“为往圣继绝学”,就是要传承并接续优秀的历史文化,而“为

^{*} 本文为作者在第六届张晋藩法律史学基金会征文大赛颁奖活动上的讲话,由陈煜记录并整理。

^{**} 作者系中国政法大学终身教授,中国政法大学法律史学研究院博士生导师。

万世开太平”,就是要学以致用,治学服务于社会,要为全人类造福。这气魄很大,充满着改革的精神和理想。我们来着重谈一谈“为往圣继绝学”这句话。

“为往圣继绝学”,也就是“继往圣之绝学”,在张载那个时代,“绝学”的主要内容是“六经”,“六经”所包含的信息非常丰富,在清代,章学诚就说过“六经皆史”,意思是说六经中含史学内容或者六经本身就是史学之作。这个“史”之中,也有法制史。这样看来,继绝学中也带有继古圣先贤中的法制史学问在内。

比如《尚书》,其“商书”中的“盘庚”上、中、下三篇,就可从法制史的角度来解读,从中我们可知:第一,中国古代的政治结构是“亲贵合一”;第二,盘庚的言行表明了商王至高无上的权威。而“周书”中的法制史内容就更多了,“康诰”一篇表达了“明德慎罚”的法律思想,是西周建国后的一种新的治国理政的方略;“酒诰”主要是讲周王吸取了商人的亡国教训,告诫臣下不要沉湎于酒、耽于嬉戏,但是对于殷商遗民饮酒就不一定要处罚,此篇开启了后世“因俗立法”“因族立法”之先河;“吕刑”篇则谈到了大量的立法司法措施及其原则。

至于《周礼》,因官叙事,其结构和范式被后世吸取,开启了《唐六典》、明清会典之先河,它以行政法为主,是一部诸法合体的法规大全,《周礼》所载并非全是周朝制度,但确实是很值得一提的法制史著作。

诸子百家的作品当然毫无疑问亦属绝学,里面还有丰富的法制史内容。早在公元前7世纪,管子就提出了“以法治国”的主张,这在世界法制史上是绝无仅有的,管子认为以法治国,要求做到“政不二门”,这体现出中国古代法文化的先进性。“以法治国”这种主张提出之后,“以法治世”“法为治具”的思想一直延续下去,后来结合儒家思想,形成了治理的传统,古代始终以法治世、以德化民,推行“霸道杂之”“外儒内法”“礼法结合”的治国方略。

前若干年,山东地区的法史学者,曾经倡导开展“齐法家”研究,他们认为,除了我们通常所知道的“三晋法家”外,其实齐国也存在深厚的法家文化,虽然目前这方面的研究很不够,但我觉得很有价值。有些法家,比如慎子等,也长期被人忽略,可以说,对于先秦诸子的法律思想,还存在很大的研究空间。

而孔夫子,从某种意义上来说,也是法史学者,他说“殷因于夏礼,所损益可知也;周因于殷礼,所损益可知也。其或继周者,虽百世,可知也”。其实讲的就是法制的传承和变迁的问题。这个礼的规范与法的规范有时是重合的,故讲三代礼的传统,某些方面就等于是法的传统。孔子又说:“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。”就是说一味用政令来治理百姓,用刑法来整顿他们,老百姓只求能免于犯罪受惩罚,却没有廉耻之心;而用道德加以引导,用礼义来加以教化,百姓就不仅会有羞耻之心,而且心悦诚服。这就是孔子的德化论,如果以德化民,那么百姓内在会反省,外在的表现就自然合规矩。孔子并不反对司法,但同时又提出,司法要有一个主宰,必须要用礼乐来主宰,他说:“礼乐不兴,则刑罚不中;刑罚不中,则民无所措手足。”所谓“中”,就是公平,不偏不倚。要想公平,首先得有道德,这个道德既包括法律本身是良好的,又包括司法之人是有道德的,受礼乐教化,一秉至公。此外,孔子虽然当过司法官,但是并不热衷于将所有纠纷都用司法方式来解决,他说:“为政,必也使无讼乎!”因此,孔子的法律思想倾向很明显,就是德主刑辅。

至于法家的法律思想和实践之丰富,毋庸置疑。他们不仅提出了犀利的理论,奠定了中国法理学的基础,同时又是实际的履行者,还是政治改革家。虽然关于法家的研究表面上很多,但是真正有厚度、有深度的作品,还是很缺乏。即便就韩非子一个人好好研究一下,也能写出很厚的书,这个有待于以后的努力。

以上我们只是举了些例子,我想说明的是中国古圣先贤传下来

的经史子集绝学中,有大量的法制史内容等着我们去发掘,这个领域是大有可为的。

那么进行法史学研究,有什么现实的意义呢?我想治学的目的是传承中国优秀法文化,彰显中国法制文明的地位。迄今还有学者否认中国法制文明的价值,说这话的同志大多是对中国法的历史没有涉及或者涉及不多的,更多还是受“西方中心论”影响所致,他们对于祖宗传下来的优秀法文化视而不见,只知道西方提出了“法无明文规定不为罪”的法治主张,殊不知,这样的主张中国早于西方一千多年就已经提出了。就法典而言,从云梦秦简中,我们就可以看到成熟的法典形态,这比西方蛮族法典的出现也要早一千年。

张载、章学诚等并不单是坐而论道,而是主张经世致用,用学术改造社会,造福民生。我们从事法制史学的研究,也要发挥这样的作用,要发挥其历史借鉴意义。中国法制史学是一个宏大的智库,有取之不尽的有益于当代法制建设的资源,需要我们进一步发掘。

那么法制史学能为当代提供哪些借鉴呢,我简要提出以下几点:

首先是民本的思想。《尚书》中就提到“民为邦本,本固邦宁”的论述,在几千年前就能提出如此思想,这表明我们祖先很早就具备了高度的理性思维能力。民本在法律上又有诸多体现:一是得民心。《尚书》“康诰”周公谈到为什么殷商会覆灭,原因就是失去了民心。当时商朝的军队很强大,人数很多,多到无以复加的地步,但是在和周的军队打的时候,却不堪一击,且临阵倒戈,这就是民心所向。正所谓“人无于水监,当于民监”,后历代统治者大都会吸取商亡的教训,注意得民心,得民心者得天下,说的就是这个道理。二是立民生。这是说法律要保障老百姓基本的生存和生产条件,要给老百姓创造好的环境。所以翻开古代的法典,我们可以看到大量的土地立法、赋税立法、环境立法,都是立民生的反映。三是重民命。《易经》有云“天之大德曰生”,人的生命是最宝贵的。所以法律上也特别重视死刑案件的处理,到南北朝时死刑案件的决定权已经收归朝

廷。康熙皇帝曾经提到,他感到最不愉快的时刻,就是每年秋审要勾决人犯之时。乾隆皇帝在临勾之前,还要求有五复奏。这都是重民命的体现。重民命,也是为了稳定社会秩序,死刑案件的处理方式,常常影响社会的安定。这些都是古代治国理政的宝贵经验。

其次是综合治理的经验。周公在灭商之后,对于如何治理天下,曾经有过深入的思考。提出了一种综合治理的方案,后来逐渐演变为一套“礼乐政刑,综合为治”的举措,《礼记》认为这些措施终极的目标是一致的,是为了达成善治,正所谓“礼乐政刑,其极一也”。这个方案经过了后人不断完善,最终形成了“德礼为本,刑罚为用”的治理思想,成为一个传统,一直到近代。

最后是治法与治人并重,也就是法吏并重的措施。这就要求先得立善法,然后择良人来司法。王安石提到“立善法于天下者,天下治”。王夫之也全面地阐述过良法与良吏结合的重要性。至于法家,则对良法善治提出过更多系统的论述,这些到今天看来,依旧带有“警世恒言”的味道。比如慎到说:“法之患,莫大于公不行。”就是说以私害法,使法不行,比无法还危险。这是多么具有现实意义的话!商鞅说,“法之不行,自上犯之”,“法之能行,自上守之”。这也强调领导干部要带头守法,在今天同样具有现实教育意义。韩非更是总结:“国无常强无常弱,奉法者强则国强,奉法者弱则国弱。”法治兴则国兴,法治危则国危。这些结论都具有超越时空的价值。

所以,我们为往圣继绝学,既要读这些绝学,又要努力用绝学作经世之用。如果能够科学地进行分析和总结,那么完全会发挥其应有的作用。我记得印度曾经有过一句格言,大意是说山林起火,一只鸟飞到水池边,将羽毛沾湿然后去灭火,有人问片羽汲水,又有何益?那只鸟说,山林哺育了我,我这样做是回报。

那么同样,我们的祖先哺育了我们,我们中华子孙也应该有所回报。我们拿什么回报祖先呢?就用祖先传下来的知识,继往圣之绝学,为现代法治建设服务,这是对祖先最好的回报。

中国传统律典的协调适用原则

刘广安*

【内容摘要】 在中国法律传统中,特例与通例的协调适用原则、法典正文与暂行法令的协调适用原则、正条规定与比附例案的协调适用原则、新律与旧律的协调适用原则,是律典中的四项重要原则。分析总结这些原则,有助于深化学界对中国传统法典的适用方式和特点的认识。

【关键词】 律典 适用原则 适用方式

《大清律例》中,关于法律体系协调适用的原则主要有四项,联系《唐律疏议》的相关原则,进行分析总结,有助于深化学界对中国传统法典的适用方式和特点的认识。

一、特例与通例的协调适用原则

“特例”即特别规定,“通例”即普通规定。这项原则就是特别规定优先于普通规定的原则。该原则见于《大清律例》第35条“本条别有罪名”,具体内容是:

“凡本条自有罪名与名例罪不同者,依本条科断。本条虽有罪名,其(心)有所规避罪重者(又不拘泥于本条),自从(所规避之)重(罪)论。其本应罪重而犯时不知者,依凡人论。(谓如叔侄别处生

* 作者系中国政法大学法律史学研究院教授,博士生导师。

长素不相识，侄打叔伤，官司推问始知是叔，止依凡人斗法。又如别处窃盗偷得大祀神御之物，如此之类，并是犯时不知，止依凡论，同常盗之律。）本应轻者听从本法。（谓如父不识子，殴打之后方始得知，止依打子之法，不可以凡殴论。）”

薛允升在《读律存疑》中指出：“此仍明律，其小注系顺治三年增修。”本条规定近仿《大明律》，远源于《唐律疏议》。对照辨析，《唐律疏议》的有关规定更为详备。《唐律疏议》第49条：“诸本条别有制，与例不同者，依本条。”疏议曰：“例云：共犯罪以造意为首，随从者减一等。斗讼律：同谋共殴伤人，各以下手重者为重罪，元谋减一等，从者又减一等。又例云：九品以上犯流以下，听赎。又断狱律：品官任流外及杂任，与本司及监临犯杖罪以下，依决罚例。如此之类，并是与例不同，各依本条科断。”

即当条虽有罪名，所为重者自从重。

疏议曰：“依诈伪律：诈自复除，徒二年。若丁多以免课、役，即从户婚律脱口法，一口徒一年，二口加一等，罪止徒三年。又诈伪律：诈增减功过年限因而得官者，徒一年。若因诈得赐，赃重，即从诈欺官私以取财物，准盗论，罪止流三千里之类。”

其本应重而犯时不知者，依凡论；本应轻者，听从本。

疏议曰：“假有叔侄，别处生长，素未相识，侄打叔伤，官司推问始知，听依凡人斗法。又如别处行盗，盗得大祀神御之物，如此之类，并是犯时不知，得依凡论，悉同常盗断。其本应轻者，或有父不识子，主不识奴，殴打之后，然始知悉，须依打子及奴本法，不可以凡斗而论，是名本应轻者，听从本。”

蒲坚先生对唐律的这项原则作了明确的定义：“唐律规定之法律适用原则。所谓‘本条别有制’是指《名例律》以外各篇的律条就某种犯罪另有具体规定，‘与例不同’即与《名例律》的原则规定不同，此时应依各该‘本条’的具体规定处断。这是因为《名例律》作为‘总则篇’不可能概括所有的具体问题。”

同时,蒲坚先生也对这项原则的具体内容作了解析:“根据律文规定,‘本条别有制’有三种情况:一是条例抵触。即本条之规定,与《名例律》之规定相矛盾。凡属此类情况,当依本条,而不得从《名例律》:‘诸本条别有制,与例不同者,依本条。’二是罪名重叠。即一个行为该当二罪,二罪名之构成要件内容重叠。易言之,同一行为,既可科以此种罪名,又可科以另一种罪名。凡属此类情况,只以其中最重之罪名科之:‘即当条虽有罪名,所为重者自从重。’三是事实错误。指因对事实认识错误而导致之犯罪行为。与过失犯不同,过失犯系主观无故意而误犯,事实错误则系主观有故意但错认客体而犯者。误认客体有两种情况,一种是误认之客体比主观所欲犯者重,另一种是误认之客体比主观所欲犯者轻。律文规定:凡属前一种情况,即依主观所欲犯者科断;凡属后一种情况即依所欲犯之客体科断:‘其本应重而犯时不知者,依凡论;本应轻者,听从本。’从上可见,唐律之这条原则,对于保持全律之协调和统一具有重要作用。”〔1〕解析部分引用了刘俊文的相关论述。〔2〕

钱大群先生对唐律的这项原则也有简明的解释:“此条是关于法律适用几个专条的第二条,中心是各篇律条的特别规定与《名例》原则内容不一的解决办法。其要点是,第一,如某罪本罪律条所作的特别规定与《名例》内容不同的,依各条之特别规定办。第二,犯罪有适用之罪名,但由于主体本身具有的不同条件而成为重罪的,依重罪处置。第三,对所犯对象身份不明时轻重的依从:其一,所犯虽应重处,但实施犯罪行为时不知情的,以一般人相犯论处;其二,所犯之罪应轻处的,依原来的轻法论处。从《律疏》本身的编写看,某些内容,《例》非但与本条所制不同,而且矛盾,这一点值得注意与

〔1〕 蒲坚编:《中国法制史大辞典》,北京大学出版社2015年版,第41页。

〔2〕 参见刘俊文:《唐律疏议笺解》(上),中华书局1996年版,第484~485页。

思考。”〔1〕

戴炎辉先生对此项原则已有过详细的论述,所著《唐律通论》第十八章即专论“法条之适用”。该章“前言”指出:“名例四九条规定法条之适用。第一项系关于名例(通则)与本条(分则)之抵触,第二项关于二罪从重,第三项关于事实之错误。”在“名例之特例”的“概说”部分指出:“名例系通例规定(通则),各本条固须依据名例,但因特殊情形,各本条自有规定者,显然不从此通例,当依本条规定。此乃特别规定优先于普通规定之原则。又各本条内,亦有适用范围较窄之通例,此时别条若有制者,亦不适用通例。”〔2〕该书对唐律中特别规定与普通规定相互关系的概括论述和具体辨析,是后人认识唐律相关原则的权威依据。

二、法典正文与暂行法令的协调适用原则

这一原则是要求法官完整引用法典条文作为定罪量刑的依据,不得引用暂行法令代替法典正文的原则,体现了帝制中国时代法典权威主义的精神。见于《大清律例》第415条“断罪引律令”。律文是:“凡(官司)断罪,皆须具引律例。违者,(如不具引)笞三十。若(律有)数事共(一)条,官司止引所犯(本)罪者,听。(所犯之罪止合一事,听其摘引一事以断之。)其特旨断罪,临时处治不为定律者,不得引比为律。若辄引(比)致(断)罪有出入者,以故失论。(故行引比者,以故出入人全罪,及所增减坐之。失于引比者,以失出入人罪,减等坐之。)”

此条律文后,有四项相关条例。依次是:“(一)督抚审拟案件,务须详核情罪,画一具题,不许轻重两引。承问各官徇私枉法,颠倒是非,故出故入,情弊显然,及将死罪人犯错拟军、流,军、流人犯错

〔1〕 钱大群撰:《唐律疏义新注》,南京师范大学出版社2007年版,第209页。

〔2〕 戴炎辉:《唐律通论》,元照出版有限公司2010年版,第435页。

拟死罪者,仍行指名参处。至于拟罪稍轻,引律稍有未协,遗错过失等项,察明果非徇私,及军、流以下等罪错拟者,免其参究,即行改正。(二)承问各官审明定案,务须援引一定律例。若先引一例,复云不便照此例治罪,更引重例及加情罪可恶字样,坐人罪者,以故人人罪论。(三)例载比照光棍条款,仍照例斟酌定拟外,其余情罪相仿,尚非实在光棍者,不得一概照光棍例定拟。(四)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。”

薛允升在该律文后注明:“此仍明律,顺治三年,添入小注。”在“承问各官审明定案”条例后注明:“此条系雍正初年例,乾隆五年改定。谨按:与断罪无正条例文及处分则例参看。不引本律定拟,妄行援引别条,见断罪不当。”在“例在比照光棍条款”例后注明:“此条系乾隆二年议复兵部右侍郎吴应箕条奏定例。谨按:光棍罪名极重,而例无专条比照定拟,恐有冤滥,是以特立此条。似应改为,例内载明照光棍例定拟者,准其援照定拟外,尚非实在光棍,下添例内,亦无明文。”在“除正律正例而外”条例后注明:“此条系乾隆三年刑部议复御史王柯条奏定例。谨按:此即律内特旨断罪,临时处治,不为定律者,不得辄引之意。”^[1]

这一原则来源于《唐律疏议》第484条“断罪不具引律令格式”:
“诸断皆须具引律、令、格、式正文,违者笞三十。若数事共条,止引所犯者,听。”疏议曰:“犯罪之人,皆有条制。断狱之法,须凭正文。若不具引,或致乖谬。违而不具引者,笞三十。‘若数事共条’,谓依《名例律》:‘二罪以上俱发,以重者论。即以赃致罪,频犯者并累科。’假有人虽犯二罪,并不因赃,而断事官人止引‘二罪俱发以重者

[1] 胡星桥等:《读例存疑点注》(下册),中国人民公安大学出版社1994年版,第870页。